



Roj: **SAP B 9661/2015 - ECLI:ES:APB:2015:9661**

Id Cendoj: **08019370102015100674**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **23/10/2015**

Nº de Recurso: **169/2015**

Nº de Resolución: **838/2015**

Procedimiento: **Apelación penal**

Ponente: **MONTSERRAT COMAS DE ARGEMIR CENDRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMA

Rollo Apelación núm. 169/15

Procedimiento Abreviado núm. 29/15

Juzgado de lo Penal núm. 27 de Barcelona

SENTENCIA No.

Ilmas e Ilmo Magistradas/o

Sra. MONTSERRAT COMAS ARGEMIR CENDRA

Sra. CARMEN SÁNCHEZ ALBORNOZ BERNABÉ

Sr. JOSÉ ANTONIO LAGARES MORILLO

En la ciudad de Barcelona, a Veintitrés de Octubre de dos mil quince.

VISTO, en grado de apelación, ante la SECCIÓN DÉCIMA de esta Audiencia Provincial en el presente rollo, procedente del Juzgado de lo Penal y en el Procedimiento Abreviado arriba referenciados, seguido por un delito de Prudencio , que penden ante este Tribunal en virtud del recurso de Apelación presentado por la representación procesal del acusado Prudencio contra la sentencia dictada en los mismos el día 4-5-2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: Que debo condenar y condeno al acusado don Prudencio como autor criminalmente responsable de un delito de atentado a agente de la autoridad, previsto y penado en los artículos 550 y 551.1 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a LA PENA DE UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debo condenar y condeno al acusado don Prudencio como autor penalmente responsable de una falta de lesiones, prevista y penada en el artículo 617.1 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a LA PENA DE CUARENTA Y CINCO DÍAS DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE CUATRO EUROS, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada cuota diaria de multa no satisfecha.

Que debo condenar y condeno al acusado a indemnizar a don Simón en la cantidad de 30 euros por la lesión causada.

Dicha cantidad indemnizatoria devengará los intereses moratorios procesales previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .



SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, se ha presentado escrito de impugnación por el MINISTERIO FISCAL y por el la representación procesal de FERROCARRILS GENERALITAT DE CATALUNYA solicitando la confirmación de la Sentencia y se elevaron los autos originales a esta Audiencia Provincial recibéndose el día 1-7-2015 , tramitándose el recurso conforme a Derecho, habiéndose señalado para la deliberación, votación y fallo el día 29-9-2015 sin haberse celebrado vista pública al no haberla solicitado la parte ni estimarla necesaria el Tribunal.

VISTO, siendo Ponente la Sra. MONTSERRAT COMAS ARGEMIR CENDRA, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

HECHOS PROBADOS

SE ACEPTA el relato de hechos probados que se contienen en la Sentencia recurrida y que es del tenor literal siguiente: Sobre las 09:20 horas del día 11 de febrero de 2014 el acusado don Prudencio , mayor de edad en cuanto nacido el día NUM000 de 1995, nacional de Rumanía con documento de identidad de dicho país número NUM001 y cuyos antecedentes penales no constan, se encontraba viajando sin título de transporte en un tren de los Ferrocarriles de la Generalitat de Catalunya cuando, entre las estaciones de Masaquefa y Piera, fue requerido por el interventor don Simón , quien se encontraba debidamente identificado y uniformado, para que exhibiera el mencionado título de transporte. Como el acusado manifestó que no llevaba billete le requirió esta vez para que se identificara a fin de formular la correspondiente denuncia administrativa momento en que el acusado, con ánimo de menoscabar el principio de autoridad así como la integridad física del Sr. Simón , se puso de pie y, encarándose con el Sr. Simón a la vista de los demás viajeros, le agarró agresivamente por el cuello y le asestó un empujón. Como consecuencia de la agresión descrita don Simón sufrió una lesión consistente en compresión cervical, la cual requirió para su curación de una primera asistencia facultativa así como del transcurso de un único día durante el cual la víctima no estuvo incapacitada para sus ocupaciones habituales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos de derecho relativos a la valoración de la prueba, la calificación por falta de lesiones y responsabilidad civil. No se acepta el resto de fundamentos de derecho.

SEGUNDO.- Por la defensa del apelante se fundamenta el recurso de apelación en los siguientes motivos jurídicos: a) indebida aplicación de los artículos 550 , 551.1 y 24 CP y b) infracción del principio acusatorio. Solicita la revocación de la sentencia recurrida y su substitución por otra absolutoria para el mismo del delito de atentado y de la falta de lesiones.

El primer motivo jurídico debe ser estimado. Plantea el apelante que los hechos carecen de tipicidad en el delito de resistencia dado que los vigilantes de los Ferrocarriles de la Generalitat carecen de la cualidad de agentes de la autoridad a efectos de la aplicación del tipo penal del art. 550 y 551 del CP .

Reproducimos lo que ya dijimos en el Rollo de Apelación nº 2/2014, en el juicio de faltas nº 93/2013 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Rubí, cuya ponente fue la Magistrada Sra. Sánchez Albornoz:

El apartado 38.3 de la Ley 4/2006, en el nuevo redactado introducido por la Ley 10/2011 de la Generalitat de Catalunya, establece "Los empleados del titular de la infraestructura, de las empresas ferroviarias y de las empresas operadoras que prestan el servicio tienen, en los actos de servicio y en los motivados por estos, la consideración de agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, especialmente las de vigilancia inmediata de la observancia, por los usuarios y por terceros en general, de las reglas que establecen las leyes y los reglamentos y las condiciones generales de utilización. Dichos empleados deben ejercer las funciones inspectoras correspondientes y deben dar cuenta de las infracciones detectadas a los órganos administrativos competentes, los cuales deben supervisar, en todo caso, la inspección, la tramitación de las denuncias presentadas y la imposición de las sanciones correspondientes, si procede"

Dicha Ley 10/2011, de 29 de diciembre, de simplificación y mejora de la regulación normativa también introdujo un precepto similar en relación a los vigilantes de seguridad o personal de la seguridad privada, cuando prestan servicios para garantizar la seguridad de las infraestructuras y los servicios de transporte público de Catalunya por cuenta de la Administración o de entidades del sector público o empresas operadoras y siempre que el desarrollo de las fusiones se deriven del servicio contratado por la Administración o ente público de acuerdo con la legislación de contratación pública.

Ambos preceptos - artículo 161 y DA 7, ley 10/2011 - son contrarios al principio de legalidad penal, por hacer una interpretación extensiva y contra reo del concepto de la autoridad y agente de la autoridad, que forma



parte de la definición del sujeto pasivo del delito, regulado en la actualidad por el artículo 24 CP, y el concepto de agentes de autoridad que está definido en el artículo 7 de la LO 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Los artículos 550 a 556 y 634 CP, no se configuran como leyes penales en blanco, a diferencia de otros tipos penales que requieren su complementación por leyes extrapenales- véase delitos relativos a la protección de la flora, artículo 334 CP -, por lo tanto el concepto de agente de la autoridad - elemento que debe reunir el sujeto pasivo de la infracción- debe venir dado por el bloque de desarrollo de Código Penal, y por tanto esa norma, por afectar a la definición de un tipo penal y en consecuencia a la imposición de una pena, debe tener carácter de Ley Orgánica.

Así recordar que la STC 235/2001, resolutoria de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Generalitat de Catalunya, relativa a las competencias en determinada materia de seguridad pública, en su fundamentación jurídica, define el término policía con dos acepciones, distinguiendo entre policía administrativa y policía gubernativa: "Por una parte, este término - policía- se usa en la doctrina administrativista para denominar un ámbito genérico de la actividad de la Administración, caracterizada por la utilización de técnicas de limitación de los derechos e intereses de los particulares, que, a su vez, pueden manifestarse en una plural tipología de actos, bien de sentido netamente jurídico o incluso de carácter material. En tal sentido se habla de actividad de policía, o de policía administrativa. Es, pues, un concepto objetivo.

Pero al propio tiempo el término policía alude a una realidad mucho más concreta, como es la de un determinado tipo de órganos: los de la policía gubernativa, lo que remite a un concepto subjetivo; aunque también tiene obviamente una vertiente objetiva, que alude a la actividad de esos órganos.

Pues bien, en el ámbito del art. 149.1.29 CE, ambos conceptos han de ser contemplados en su aspecto objetivo". Dicho precepto constitucional atribuye al Estado la competencia exclusiva, "sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una Ley Orgánica".

En esta Sentencia la mayoría de los Magistrados del TC, al analizar las actuaciones de carácter ejecutivo que se contemplan en los preceptos de la Ley 3/1996 que fueron impugnados, afirman que se inscriben en mayor medida en las actividades de seguridad pública en el sentido objetivo de policía administrativa que en el sentido subjetivo de actuación policial. El resultado de este deslinde conceptual es que la competencia sobre la materia corresponderá al Estado, con exclusión de cualquier tipo de concurrencia de otros cuerpos de policía en estas funciones de carácter ejecutivo vinculadas a la seguridad pública (entre otras, por ejemplo, la potestad sancionadora). Con este planteamiento, que incorpora un concepto nuevo en el Derecho positivo español, como es el de policía gubernativa, el Tribunal Constitucional se aparta de la doctrina sentada en un caso similar, en la STC 175/1999 relativa al control sobre actividades de comercio, reparación y desguace de vehículos de motor y compraventa de joyas y metales preciosos, actividades que en aquella ocasión fueron encuadradas en la materia «servicios policiales» y, por tanto, de ejecución concurrente con los Cuerpos de Policía de las CCAA

Pero lógicamente definir quiénes deben ser equiparados a los agentes de la autoridad, sigue siendo una competencia exclusiva del Estado, pues el artículo 149.1.20 CE, considera competencia exclusiva del Estado "la seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica".

Por su parte el entonces vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña - Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña-, disponía en su art. 13.1 que "la Generalidad podrá crear una Policía Autónoma en el marco del presente Estatuto y, en aquello que no esté específicamente regulado en el mismo, en el de la Ley orgánica prevista en el art. 149.1.29 de la Constitución " Las funciones de dicha policía autónoma se regulaban en el art. 13.2 y se concretaban en la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público, la vigilancia y protección de los edificios e instalaciones de la Generalidad y en las demás funciones previstas en la Ley Orgánica a que hace referencia el apartado 1 de este artículo. El vigente Estatuto de Catalunya - Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, establece en su artículo 163 las competencias en materia de seguridad privada, que son de mera ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias:, entre otras en d) La coordinación de los servicios de seguridad e investigación privadas con la Policía de la Generalitat y las Policías Locales de Cataluña. Pero esta coordinación no permite la equiparación a la policía autonomía Mossos d'Esquadra, que están regulados en el artículo 164 del vigente Estatuto, y en su punto 1 establece: "Corresponde a la Generalitat, en materia de seguridad pública, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal:

1. La planificación y regulación del sistema de seguridad pública de Cataluña y la ordenación de las policías locales.



2. La creación y la organización de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra.

3. El control y la vigilancia del tráfico.

Por lo tanto, la Ley 10/2011, de 29 de diciembre, cuando añade el artículo 161 a la Ley 4/2006, y equipara al personal de seguridad privada a los agentes de la autoridad, lo es en el sentido objetivo de policía administrativa pero no en el subjetivo de actuación policial, pues no puede ampliar el concepto de agentes de autoridad - parte subjetiva del tipo penal- que dan los artículos 24, 550 a 556 y 634 del CP y la LO 2/86 FCSE, pues conforme al artículo 149.1.6 CE, la legislación penal es competencia exclusiva del Estado.

En consecuencia cuando la Ley 4/2006 establece en su art. 1 "El objeto de la presente ley es regular las infraestructuras y los servicios de transporte ferroviario en el marco competencial vigente de la Generalidad". Y añade en su art. 2 "La presente ley se aplica a los servicios de transporte ferroviario y las infraestructuras que integran el Sistema Ferroviario de Cataluña, sin perjuicio de las competencias que correspondan a la Administración general del Estado", no alcanza dicha Ley 4/2006 a la posibilidad de redefinir el artículo 2 y 7 de la LO 2/86 de FCSE, ni de los artículos 24, 550 a 556 y 634 del CP, pues como establece la STC referida, corresponden a las CCAA con policía propia: todas las facultades que por su especificidad, inherencia o complementariedad, sean propias de las funciones o servicios policiales competencialmente asumidos con arreglo a sus EA y la LOFCS, y corresponden al Estado los servicios policiales reservados a las FYCSE y las restantes potestades o facultades administrativas relevantes para la seguridad pública, que no sean propias ni inherentes de las funciones o servicios policiales definidos por la LO 2/86 de FCSE.

En consecuencia la norma tiene un ámbito de aplicación administrativa, lo que conlleva la estimación del recurso en este punto, pues el denunciante no es agente de la autoridad en el ámbito subjetivo policial - función de policía- y por ello carece de entidad para recibir la protección penal que los artículos 550 a 556 y 634 CP otorga a los miembros de los Mossos d'Esquadra, que sin son auténticos policías, por mandato constitucional y del Estatuto de Autonomía de Catalunya.

TERCERO.- El segundo motivo jurídico debe ser desestimado. No hay afectación alguna en el principio acusatorio al haber sido objeto de modificación en el plenario el "error material" contenido en los escritos de acusación respecto a la fecha de los hechos que ocurrieron el 11-2-2014. No existe indefensión alguna para el acusado, dado que la denuncia se presentó por el perjudicado en fecha 12-2-2014 por los hechos ocurridos el día anterior (f. 4) y sobre ellos fue preguntado en calidad de imputado el hoy apelante el día 7-6-2014 (f. 71). El contenido de los escritos de acusación se ajusta a los hechos denunciados en el atestado y ratificados por el denunciante en sede judicial (f. 26) y la prueba practicada en el plenario ha sido acerca de los mismos. Es obvio pues que las referencias a las fechas de 11-2-2012 y 11-2-2011 es un error material de transcripción subsanado en el plenario.

En consecuencia procede mantener la condena por la falta de lesiones acordada en la sentencia, al ser los hechos subsumibles en el art. 617 CP, sin que dicha calificación quede afectada por la reforma del CP operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, al no haber quedado despenalizada dicha conducta sino subsumida como subtipo atenuado -delito leve de lesiones- del art. 147 CP, sometido a denuncia previa del perjudicado, extremo que concurre en el presente caso. Todo ello, tras haber examinado las actuaciones y constatar que dicha falta penal no ha prescrito, a pesar de no ir acompañada por conexidad de la condena por el delito de atentado - que se ha dejado sin efecto-, dado que desde que se denunciaron los hechos el 12-2-2014 (f. 3) no ha habido ninguna interrupción en el dictado de las resoluciones judiciales superior a seis meses, habiéndose celebrado el juicio el 4-5-2015 y dictado la sentencia el mismo día.

CUARTO.- Las costas de la apelación deben declararse de oficio, al no apreciarse temeridad ni mala fe procesal en la interposición de este recurso.

Vistos los preceptos legales citados así como los de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS:

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Prudencio, contra la Sentencia de fecha 4-5-2015 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 27 de Barcelona, en Procedimiento Abreviado arriba referenciado, y, en consecuencia REVOCAMOS PARCIALMENTE la misma. Dejamos sin efecto la condena por el delito de atentado y CONFIRMAMOS la condena por una falta de lesiones, a la pena y responsabilidad civil señalada en dicha resolución; declarando de oficio las costas de la apelación.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno y devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, de lo que yo la Secretaria Judicial doy fe.

PUBLICACIÓN.- Leída por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente ha sido publicada la anterior Sentencia el día de la fecha. Doy fe.

-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ