

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066336

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 860/2022, de 2 de noviembre de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3105/2020

SUMARIO:**Lesiones. Tratamiento médico o quirúrgico. Tipos agravados. Cumplimiento de un deber. Actuación policial.**

La aplicación del artículo 147 del delito de lesiones, que menoscaben integridad corporal, salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, exige que el tratamiento sea prescrito por un médico (excluye los prescritos por otros profesionales). De manera reiterada esta Sala ha considerado que el tratamiento médico o quirúrgico al que se refiere el legislador constituye un concepto normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser delimitado mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, y debe ser requerido objetivamente para alcanzar la sanidad, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o por la propia víctima. Demanda una cierta continuidad del tratamiento por el propio facultativo o una prescripción para que se realice ese tratamiento por otro profesional sanitario. Como requisito excluyente, el tipo delictivo de lesiones no se integra por la asistencia dispensada para efectuar simples vigilancias o seguimientos facultativos. El tratamiento médico consiste en la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa; y el tratamiento quirúrgico es aquel que, por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza, cualquiera que sea su importancia: cirugía mayor o menor. Es irrelevante si el tratamiento prescrito se siguió o no por el lesionado; o si fue ejecutado por médicos o se encomendó a otros profesionales. En este caso el tratamiento fisioterapéutico paliativo del dolor (no curativo) no fue prescrito por médico, por lo que no puede considerarse tratamiento con finalidad curativa capaz de colmar la tipicidad del delito de lesiones

La modalidad agravada del delito de lesiones del artículo 148.1, se configura como un delito de peligro concreto, en el que la peligrosidad del elemento utilizado para perpetrar la agresión viene determinada por sus características y su aprovechamiento por parte del agresor. La defensa policial puede integrar objetivamente el concepto de instrumento peligrosos, pero en este caso, dada la forma en que se utilizó y el resultado producido revelan que no se generó un riesgo superior al que colma el tipo básico. Por lo menos no el suficiente para justificar la agravación penológica.

Cumplimiento de un deber y requisitos como eximente, como eximente incompleta y como atenuante. Se previene como requisito necesario que ese ejercicio sea legítimo, de tal modo que solo en esa condición podrá operar la circunstancia eximente y requiere un juicio de ponderación acerca de las circunstancias previas a la conducta que de otro modo pudiera considerarse antijurídica y punible,

La aplicación de esta causa de justificación en los supuestos de recurso al uso de la fuerza por los miembros de las fuerzas de seguridad en el ejercicio de sus funciones, estima necesario que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo; que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos o privados cuya protección les viene legalmente encomendada; que la medida de fuerza utilizada sea proporcionada, y que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo, que justifique que sobre el mismo se haga recaer el acto de fuerza.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.7, 21.1, 130, 131, 135, 147 y 148.

Constitución española, art. 104.

PONENTE:

Doña Ana Maria Ferrer Garcia.

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
Don ANA MARIA FERRER GARCIA
Don VICENTE MAGRO SERVET
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 860/2022

Fecha de sentencia: 02/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3105/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/06/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3105/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 860/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación num. 3105/20 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por el Ministerio Fiscal y por D. Nemesio representado por el procurador D. Rafael Ros Fernández bajo la dirección letrada de D. José M^a Fuster-Fabra Torellas contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 12 de mayo de 2020 (Sec. 3^a PA 70/19). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y D. Rodrigo, D. Rosendo, D^a Debora y D. Sabino representados por el procurador D. Albert Rambla Fábregas bajo la dirección letrada de D^a Núria Monfort Soria, ejerciendo la acusación particular.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción num. 4 de Barcelona incoó Procedimiento Abreviado num. 70/2019, por delito lesiones y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 12 de mayo de 2020, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: " PRIMERO.- El 15 de mayo de 2011, varios grupos de personas decidieron acampar en la Plaza de Catalunya de Barcelona, como un acto de protesta pacífica, promovido de forma espontánea por el movimiento ciudadano conocido como el movimiento de "los indignados". El 26 de mayo se organizó un operativo entre Mossos d'Esquadra y Guardia Urbana para colaborar en el plan de limpieza y al parecer también de desmantelamiento de dicha acampada que tendría lugar al día siguiente, 27 de mayo. La operación se inició sobre las 7:30 horas y la función de los Mossos d'Esquadra y la Guardia Urbana era permitir que los camiones de limpieza del Ayuntamiento pudieran entrar y salir de la plaza. El jefe del operativo por parte de Mossos era el agente con n° de identificación profesional NUM003, Sr. Juan Francisco, y el jefe del operativo por parte de la Guardia Urbana era el Intendente Mayor con número de identificación profesional NUM000.

Segundo.

Durante el operativo y desde primera hora de la mañana fueron llegando varias personas a la Plaza para apoyar a las que estaban acampadas en su interior, congregándose cada vez más gente en los alrededores de la Plaza, haciendo los agentes policiales un cordón policial para que nadie accediera a la plaza.

Tercero.

Por parte de los Mossos d'Esquadra intervinieron los equipos de la BRIMO para perimetrar la Plaza y de ARRO (Área Regional de Recursos Operativos de Mossos) para controlar el acceso de los camiones, al principio en el acceso Muntanya-Bessós. El acusado Nemesio, era subinspector y responsable de ARRO y durante el operativo se estuvo moviendo por distintos lugares de la Plaza y su perímetro.

Cuarto.

Algunas de las personas que se fueron congregando en los alrededores de la Plaza se sentaron de forma pacífica, bloqueando en algunas ocasiones el acceso de los camiones de limpieza del Ayuntamiento. A las 9:22 horas, el jefe de los Mossos autorizó a ARRO el uso de la fuerza necesaria para que los camiones de limpieza pudieran salir de la Plaza. La Guardia Urbana no autorizó en ningún momento el uso de la fuerza.

Quinto.

Debora, de 24 años en la fecha de los hechos, a las 8:30 horas estaba sentada hablando con unas amigas enfrente de un cordón policial en los accesos a la Plaza enfrente de FNAC. El ambiente en ese momento en esa zona era tranquilo, Debora no estaba insultando, ni agrediendo ni arrojando nada a los agentes, sino que estaba sentada pacíficamente hablando con sus amigas, cuando de repente y sin necesidad de uso de la fuerza alguna el acusado Nemesio se acercó a ella por detrás, le cogió por los pelos y le golpeó dos veces con su defensa en el muslo y en la pierna.

Sexto.

Rosendo, se encontraba sentado antes de las 9:22 horas en el acceso a la Plaza por la parte de la Ronda de Sant Pere, encontrándose sentado de forma pacífica, al igual que los que estaban junto a él, sin estar cogido a ninguna persona, ni insultar ni agredir a los agentes, teniendo sus manos en alto en señal de "som gent de pau". Ningún agente le dijo que se levantara ni ningún agente intentó apartarle del lugar donde estaba sentado, cuando de repente el acusado Nemesio se dirigió hacia él y le golpeó con su defensa en las piernas y en la cabeza, no siendo necesario el uso de la fuerza.

Séptimo.

Rodrigo llegó a la Plaza sobre las 9:00 buscando a su hija que estaba acampada y como no le dejaron acceder a la Plaza, se sentó justo al lado de Sabino, no conociéndose de nada. Ambos estaban sentados en la Ronda Universitat enfrente de un cordón policial, encontrándose sentados de forma pacífica, al igual que los que estaban junto a ellos, sin estar cogidos, ni insultar ni agredir a los agentes, teniendo sus manos en alto en señal de "som gent de pau" y cantando. Ningún agente les dijo que se levantaran ni ningún agente intentó apartarles del lugar donde estaban sentados, cuando de repente el acusado Nemesio se dirigió hacia Rodrigo y le golpeó con su defensa en las piernas y en la cabeza. Asimismo, el acusado Nemesio golpeó a Sabino en las piernas, brazos, pecho, antebrazo, hombros. En ninguno de estos casos era necesario ni proporcionado ni estaba justificado el uso de las defensas, siendo recriminado el acusado por las personas que estaban allí por haber usado la defensa.

Octavo.

Debora sufrió hematoma en glúteo y muslo derecho, que precisaron para su curación antiinflamatorios, tardando en curar 12 días que no la impidieron ejercer sus actividades habituales. Rodrigo sufrió dos equimosis en región dorsal, equimosis en las dos extremidades superiores y en el pie derecho. En la muñeca izquierda sufrió dos escoriaciones y un edema que afectaba a la funcionalidad de, la articulación, precisando para ello un tratamiento de inmovilización. Tardaron en curar las sesiones 10 días, siendo 6 de ellos incapacitante para ejercer sus actividades habituales.

Rosendo sufrió heridas contusas en el cuero cabelludo, labio inferior, codo derecho sin alteración funcional y erosión y eritema en el gemelo derecho sin alteraciones funcionales. Precisó puntos de sutura para la curación de las lesiones y posterior retirada de los mismos, así como antiinflamatorios, tardando en curar 7 días que no le impidieron ejercer sus actividades habituales.

Sabino sufrió hematoma en el hombro derecho, cara externa de, la muñeca derecha, tercio medio del muslo derecho y tercio inferior del muslo izquierdo, precisando para su antiinflamatorios, tardando en curar 7 días que no le impidieron ejercer sus actividades habituales.

Noveno.

Nemesio estuvo sobre las 8:45 horas en el lateral de la plaza de Catalunya, siendo golpeado por agentes que no han podido ser identificados, no habiéndose acreditado que Nemesio fuera uno de ellos. Nemesio sufrió erosiones en la cara dorsal de la mano derecha, en el hombro derecho y en el brazo derecho así como hematomas en el muslo derecho, en la región lateral izquierda del abdomen y en la cara externa del gemelo izquierdo, que precisaron puntos de sutura y su posterior retirada, tardando en curar las lesiones 7 días sin estar incapacitado para el ejercicio de sus actividades habituales.

Décimo.

La duración total de este procedimiento ha sido de 9 años. La querella que ha dado lugar a este juicio se acumuló a las diligencias previas el 1 de diciembre de 2011, acordándose el 1 de marzo de 2012 el sobreseimiento de la causa y habiéndose practicado las declaraciones a los 53 querellantes" los 49 informes de sanidad, estando ya evacuados los informes de los Mossos d'Esquadra y Guardia Urbana, habiéndose visionado múltiples grabaciones de vídeos y habiéndose imputado a cinco personas. La imputación del acusado se ordena en el año 2013. No es hasta el 2 de noviembre de 2016 cuando se dicta auto acordando la continuación de las actuaciones por el trámite de procedimiento abreviado, habiendo estado la causa parada desde julio de 2014 hasta enero de 2016, sin causa imputable al acusado que lo justifique. Una vez dictado el auto acordando la continuación de las actuaciones por el trámite de procedimiento abreviado, el 2 de noviembre de 2016, no se dicta auto decretando la apertura de juicio oral hasta enero de 2019, sin causa imputable al acusado que lo justifique. La causa se remitió a

esta Audiencia provincial para enjuiciamiento el 30 de enero de 2019 señalándose y celebrándose el juicio el 17, 18 y 27 de febrero de 2020".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a D. Nemesio como autor de DOS DELITOS DE LESIONES, ya definidos, de los artículos 147.1 y 148 CP. concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena por cada delito, de UN AÑO Y DOS MESES DE PRISIÓN CON INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE TODO EL TIEMPO DE LA CONDENA ASÍ COMO A LA PENA ACCESORIA DE SUSPENSIÓN DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

LE ABSOLVEMOS DE LAS DOS FALTAS DE LESIONES RELATIVAS A Debora Y Sabino.

En concepto de responsabilidad civil, Nemesio deberá indemnizar:

- A Rodrigo, en la cantidad de 520 euros, -A Rosendo, en la cantidad de 280 euros,
- A Debora, en la cantidad de 480 euros,
- A Sabino, en la cantidad de 280 euros,

Más los intereses legales, respondiendo SUBSIDIARIAMENTE DEL PAGO DE ESTAS CANTIDADES LA GENERALITAT DE CATALUNYA.

ABSOLVEMOS A Nemesio los hechos denunciados por Alfredo.

Condenamos a Nemesio al pago de 4/5 de las costas procesales causadas, incluyendo el pago de las costas de la acusación particular. Se declaran de oficio la 1/5 parte de las costas.

Para el cumplimiento de la pena que se impone, se declara de aplicación y se debe computar todo el tiempo que el acusado hubiere estado privado de libertad por esta causa, siempre que no se le hubiere computado en ninguna otra.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación a resolver por el Tribunal Supremo dentro del plazo legalmente previsto".

Tercero.

Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal y la representación de D. Nemesio, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Al amparo del nº 2 del artículo 849 de LECRIM, designándose a los efectos previstos en el artículo párrafo 2º de la citada ley, los folios 1439 a 1441.

2º.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECRIM por indebida aplicación de los artículos 147 y 148.1 del CP. y consiguiente indebida inaplicación del artículo 617.1 del CP.

3º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la CE por motivación arbitraria e irrazonable de la sentencia.

El recurso interpuesto por D. Nemesio se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Al amparo del número 1º del artículo 849 LECRIM, por aplicación indebida de precepto penal de carácter sustantivo en relación con el artículo 147 CP.

2º.- Al amparo del número 1º del artículo 849 LECRIM, por aplicación indebida de precepto penal de carácter sustantivo en relación con el artículo 147 del CP, siendo en su caso de aplicación la falta de lesiones artículo 617 CP en su redacción anterior a la reforma operada por la 1/2015 de 30 de marzo.

3º.- Al amparo del número 1º del artículo 849 LECRIM, por aplicación indebida de precepto penal de carácter sustantivo al entender aplicable la eximente del artículo 20.7 CP de actuar en cumplimiento de un deber. Y subsidiariamente entender infringido el artículo 21.1 CP en relación con el artículo 20.7 CP, y la atenuante analógica del artículo 21.7 CP en relación con a la circunstancia eximente del art. 20.7 CP.

4º.- Al amparo del número 1º del artículo 849 LECRIM, por aplicación indebida de precepto penal de carácter sustantivo en relación con la agravante de uso de instrumento peligroso del artículo 148.1 del CP.

5º.- Al amparo del número 1º del artículo 849 LECRIM, por inaplicación de precepto penal de carácter sustantivo en relación con los artículos 130 a 135 del CP relativos a la prescripción en relación con el artículo 131 del CP.

6º.- Al amparo 1º del artículo 849 DE LA LECRIM, por indebida aplicación de los artículos 123 y 124 del CP.

7º.- Al amparo de lo dispuesto en el número 2º del artículo 849 de la LECRIM, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que no constan contradichos por otros elementos probatorios

8º.- Por infracción de precepto constitucional de acuerdo con el contenido del 852 LECRIM y el artículo 5.4 LOPJ en relación a la vulneración de los siguientes derechos fundamentales.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, D. Nemesio se adhirió íntegramente al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal; el Ministerio Fiscal impugnó los motivos 1º, 3º, 4º y 6º y apoyó los motivos 2º, 5º, 7º y 8º del recurso D. Nemesio; la Acusación Particular impugnó el recurso interpuesto por la representación de D. Nemesio. La Sala admitió a trámite los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 29 de junio de 2022. Con fecha 20 de julio de 2022 se dictó auto de prórroga del plazo para dictar sentencia por 30 días hábiles más, habiéndose prolongado la deliberación hasta la fecha del redactado de esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona que condenó a Nemesio como autor de dos delitos de lesiones del artículo 148 CP, recurren aquel y el Ministerio Fiscal. Por razones metodológicas comenzaremos por el recurso interpuesto por la Acusación Pública, cuya estimación, que ya avanzamos, deja vacíos de contenido algunos de los motivos planteados por el condenado.

Recurso del Ministerio Fiscal.

Segundo.

Plantea un primer motivo que, a través del cauce que habilita el artículo 849.2 LECRIM, denuncia error en la apreciación de la prueba. Designa a los efectos previstos en el mencionado precepto como documento el informe elaborado por dos forenses, incorporado a los folios 1439 a 1441 de la causa, relativo a las lesiones sufridas por Rodrigo, y el folio 731 que documenta el parte de asistencia médica de aquel, previo al informe anterior.

1. Solicita el recurrente una modificación del relato de hechos probados en el apartado relativo a la entidad de las lesiones de aquel sufrió, precisando que, por el contrario de lo que en el mismo se dice, las lesiones el Sr. Rodrigo precisaron solo una primera asistencia facultativa para su curación.

Explica que la sentencia recurrida tras describir las lesiones que padeció el Sr. Rodrigo concreta que las mismas precisaron para su curación "un tratamiento de inmovilización. Tardaron en curar 10 días, siendo 6 de ellos incapacitantes para ejercer sus actividades habituales".

Considera el Fiscal que es una afirmación inexacta, ya que el "tratamiento de inmovilización" en el que la Sala de instancia fundamenta su decisión para considerar que las lesiones del Sr. Rodrigo deben ser calificadas como un delito y no de la correlativa falta tal como solicitaba el Ministerio Público, no fue prescrito por ningún médico. Se trató, sostiene, de una simple inmovilización que la fisioterapeuta a la que éste asistió por su propia iniciativa valoró como apropiada.

Nos incumbe en definitiva determinar si el tratamiento inmovilizador que el relato de hecho menciona, integra el concepto normativo de tratamiento médico a efectos del artículo 147 CP o si, por el contrario, la decisión que condujo a tal consideración por parte del Tribunal de instancia fue fruto de una errónea valoración de la prueba practicada. Cuestión en la que incide no solo el primero de los motivos formalizados por el Fiscal, sino también y supeditado a aquel, el siguiente que por la vía de infracción de ley que faculta el artículo 849, pero en este caso nº 1, denuncia la indebida aplicación de los artículos 147 y 148 CP. 1 y correlativa inaplicación del artículo 617 CP (redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015).

2. A fin de determinar la procedencia del cauce casacional a través del que Fiscal canaliza su reclamación es necesario recordar que el motivo de infracción de ley del artículo 849.2 LECRM, de contornos muy limitados, da vía a una de las escasas posibilidades de modificación en casación del relato de hechos probados de una sentencia.

La finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECRIM consiste precisamente en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico con la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas

auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia. Error que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2 de la LECRIM, la doctrina de esta Sala 2ª (entre otras muchas la STS 209/2012 de 23 de marzo; 128/2013 de 28 de febrero; STS 656/2013 de 28 de junio; la 475/2014 de 3 de junio o la 908/2014 de 30 de diciembre; o la 215/2016 de 15 de marzo) ha consolidado la exigencia de los siguientes requisitos: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECRIM; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificar.

De manera excepcional esta Sala ha atribuido a los informes periciales la capacidad de modificar el apartado fáctico de una sentencia cuando el tribunal haya estimado el dictamen único o dictámenes coincidentes como base exclusiva de los hechos declarados probados, pero los haya incorporado a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que su sentido originario quede alterado relevantemente; o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes de las comprendidas en los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen.

3. En nuestra STS 518/2016, de 15 junio, condensábamos la doctrina de la Sala sobre el elemento del tipo penal que es objeto de debate. Recordábamos con cita de las SSTS 732/2014, de 5 de noviembre; 546/2014, de 9 de julio; 463/2014, de 28 de mayo; 389/2014, de 12 de mayo; 180/2014, de 6 marzo o 34/2014, de 6 de febrero, que de manera reiterada esta Sala ha considerado que el tratamiento médico o quirúrgico al que se refiere el legislador en el artículo 147.1 CP, constituye un concepto normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser delimitado mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que otorguen la seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere, siempre a partir de la expresión típica del artículo incorpora: "1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico".

Un primer acercamiento permite detectar que el precepto indica que el tratamiento médico o quirúrgico debe ser requerido objetivamente para alcanzar la sanidad, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o por la propia víctima. Además debe trascender de la primera asistencia facultativa como acto médico o quirúrgico separado, lo que demanda una cierta continuidad del tratamiento por el propio facultativo o una prescripción para que se realice ese tratamiento por otro profesional sanitario. Como requisito excluyente, el tipo delictivo de lesiones no se integra por la asistencia dispensada para efectuar simples vigilancias o seguimientos facultativos.

Por ello nuestra jurisprudencia ha definido el tratamiento médico o quirúrgico, a los efectos penales, de forma sintética como "toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico". Y de forma más descriptiva, como el procedimiento que se utiliza para curar una enfermedad o para reducir sus efectos, tanto si se realiza por el médico que presta la asistencia inicial como si se encomienda a auxiliares sanitarios, quedando al margen el simple diagnóstico y la pura vigilancia o prevención médica.

En sentido estricto, concluye la citada STS 518/2016, que hemos tomado de guía en esta exposición, el tratamiento médico consiste en la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa; y el tratamiento quirúrgico es aquel que, por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza, cualquiera que sea su importancia: cirugía mayor o menor, incluyendo distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria ex ante, exploración quirúrgica, recuperación ex post, etc.).

En el mismo sentido se han pronunciado otras sentencias más recientes como las SSTS 533/2019, de 5 de noviembre o la 739/2021, de 30 de septiembre.

En definitiva la jurisprudencia ha entendido que es preciso que el tratamiento sea prescrito por un médico como necesario para la curación, lo que excluye los casos en los que un determinado tratamiento sea prescrito por otros profesionales. Es irrelevante si el tratamiento prescrito se siguió o no por el lesionado; o si fue ejecutado por médicos o se encomendó a otros profesionales. También lo es si se prescribió efectivamente o si, con posterioridad, un médico certifica su necesidad para la sanidad. Lo decisivo es que un médico establezca que un determinado tratamiento era objetivamente necesario para la sanidad, dadas las características de las lesiones. Ordinariamente ello se alcanza mediante la correspondiente prueba pericial, salvo en aquellos casos excepcionales en los que la naturaleza de las lesiones permita al profano establecer la necesidad del tratamiento sin discusión alguna.

4. En relación al particular que nos ocupa la sentencia declara probado que "Rodrigo sufrió dos equimosis en región dorsal, equimosis en las dos extremidades superiores y en el pie derecho. En la muñeca izquierda sufrió dos escoriaciones y un edema que afectaba a la funcionalidad de la articulación, precisando para ello un tratamiento de inmovilización. Tardaron en curar las sesiones 10 días, siendo 6 de ellos incapacitante para ejercer sus actividades habituales".

En este caso el informe médico que obra en la causa consistente en el parte de asistencia emitido por el centro sanitario donde el lesionado recibió la primera asistencia, incorporado al folio 731 de las actuaciones, concreta como lesiones apreciadas en el mismo "dos equimosis en zona a nivel de espalda, 1 equimosis en zona en cada una de las extremidades superiores, 2 equimosis en pie derecho. 1 excoriación de 3 cm a nivel de muñeca izq". No habla expresamente ni siquiera sugiere la necesidad de tratamiento alguno de fisioterapia.

Por su parte el informe pericial de las médicos forenses, que fue ratificado en el plenario, excluyó, tras analizar la documentación de carácter médico que fue aportada (entre la que se encontraba el mencionado informe fechado en mayo de 2011 y la factura correspondiente al tratamiento de fisioterapia que en junio de ese año se aplicó al Sr. Rodrigo), que tal tratamiento fisioterapéutico hubiera sido médicamente prescrito ni tuviera una finalidad curativa. No se ha aportado ningún elemento de prueba que acredite directamente que la fisioterapia en cuestión fuera prescrita por un médico. Ningún informe que así lo recoja ni tampoco una pericial que pudiera contradecir el criterio de las forenses.

La sentencia recurrida analiza cumplidamente el informe pericial de las doctoras que afirman, a partir de la documentación médica aportada, que las lesiones que el Sr. Rodrigo padeció no necesitaron un tratamiento médico con finalidad curativa, y que el fisioterapéutico que se le aplicó no tuvo ese carácter, sino simplemente paliativo. Sin embargo se aparta del mismo en atención a lo manifestado por el propio lesionado y por la fisioterapeuta que lo atendió. A la vista de las explicaciones que ésta proporcionó respecto al tratamiento que dispensó al Sr. Rodrigo en junio de 2011, concluye su necesidad.

No dudamos de la realidad del tratamiento, e incluso de su conveniencia a los fines de paliar el dolor. Tampoco de su idoneidad para integrar el concepto normativo de tratamiento médico a efectos del artículo 147 CP siempre que hubiera sido prescrito por un médico. Pero la falta de constancia de este último presupuesto emerge como obstáculo para que el en este caso pueda ser considerado como tratamiento con finalidad curativa capaz de colmar la tipicidad del delito de lesiones.

El testimonio de la fisioterapeuta que aplicó el tratamiento, por más que sea medio de prueba hábil para acreditar la realidad del mismo, no es idóneo para desvirtuar el criterio científico expresado y ratificado en el Juicio por las dos médicos forenses, pues carece de la preceptiva titulación médica, o al menos no consta que la tenga, para prescribir la necesidad de un tratamiento curativo. Tampoco la entidad de las lesiones nos permite de manera natural e indubitada concluir esa necesidad, sobre todo si con ello contradecimos la única pericial médica que se ha practicado y que le niega tal carácter.

Todo ello nos coloca ante un supuesto de errónea valoración de una prueba pericial, única de las practicadas sobre la materia, asimilada al documento a efectos del artículo 849.2 LECRIM, que tiene una directa incidencia en el fallo, en cuanto que afecta a la calificación jurídica de los hechos, por lo que el motivo va a ser estimado.

5. La estimación del motivo que acabamos de analizar, con la consiguiente supresión del relato fáctico de la referencia a la necesidad curativa del tantas veces mencionado tratamiento fisioterapéutico, arrastra el éxito del siguiente de los formalizados por vía del artículo 849. 1 LECRIM. Una vez acotada la descripción de las lesiones que padeció el Sr. Rodrigo a los términos descritos en el informe pericial de las forenses, la calificación jurídica necesariamente ha de ser la de una falta del artículo 617 CP vigente a la fecha de los hechos (versión anterior a la LO 1/2015), si bien en aplicación de la Disposición Transitoria 4ª de la LO 1/15 el pronunciamiento de condena habrá de quedar limitado a la responsabilidad civil y costas.

En atención a ello, el recurso del Fiscal va a ser estimado, sin necesidad de entrar a valorar el tercero de los motivos que el mismo plantea y que ha quedado vacío de contenido.

Recurso de D. Nemesio.

Segundo.

Formaliza un primer motivo que se enuncia por infracción de ley del nº 1 del artículo 849 LECRIM, por aplicación indebida de precepto penal de carácter sustantivo en relación con el artículo 147 CP.

Sostiene el recurrente que en su comportamiento no existió dolo ya que actuó en cumplimiento de un deber encomendado ante la actitud de desobediencia y resistencia pasiva que ponía en riesgo los servicios públicos.

Suscita la misma cuestión que plantea en el motivo tercero en el que, también por la vía que faculta el artículo 849.1 LECRIM, denuncia la indebida inaplicación de la eximente del artículo 20.7 CP de actuar en cumplimiento de un deber; subsidiariamente de una eximente incompleta por aplicación del artículo 21.1 CP en relación con aquel, o finalmente de una atenuante analógica del 21.7 CP, también en conexión con aquel, por lo abordaremos ambos motivos conjuntamente.

Conviene ahora hacer la salvedad de que el análisis se enfocará partiendo de la estimación del recurso formulado por el Ministerio Fiscal en relación al delito de lesiones sobre la persona del Sr. Rodrigo, que necesariamente arrastra la estimación del segundo de los motivos ahora planteados y que incide sobre la misma cuestión y con idéntico alcance.

1. Los hechos enjuiciados ocurrieron en el marco de la ocupación que a partir del 15 de mayo de 2011 se produjo de la Plaza de Cataluña de Barcelona por parte de miembros del movimiento ciudadano conocido como "los indignados". En concreto cuando el 26 de mayo de ese año se organizó un operativo entre Mossos D'Esquadra y Guardia Urbana para colaborar en el plan de limpieza y desmantelamiento de dicha acampada que tendría lugar al día siguiente, 27 de mayo.

Alega el recurso que la sentencia destaca el carácter pacífico de los congregados y de quienes en la mañana del día 26 se unieron a ellos para reforzar su postura. Sostiene que el carácter prolongado de la ocupación que se planteó como indefinida, obligaba a la Administración a devolver el espacio al disfrute colectivo poniendo fin a una situación que tacha de ilícita. Que aunque la sentencia destaca el carácter pacífico de los congregados, los ciudadanos que fueron llegando a los alrededores de la plaza para apoyar a los del interior tuvieron una actitud reivindicativa, bloqueando camiones, llegándose a producir altercados violentos y actos de desobediencia activa y pasiva cuando los camiones de limpieza pretendieron entrar en la plaza.

Añade que cuando se produjo la autorización del uso de las defensas para los Mossos a las 9:22 h, en ese momento los camiones de limpieza se encontraban bloqueados por efecto de los concentrados y de quienes habían acudido en su auxilio, siendo la medida de fuerza necesaria para mantener las líneas policiales hasta la llegada de los refuerzos una hora más tarde. Que hubo actos de resistencia pasiva que impedían que los camiones salieran bloqueando su paso, ya que por cada persona que era retirada en su lugar se colocaban otras que hacían imposible el cometido de los agentes policiales. También se produjeron actos violentos de quienes subían a los camiones y golpeaban a los policías.

Entiende que el uso de la violencia fue proporcionado y necesario. Que la orden genérica a los agentes de poder hacer uso de la fuerza -sus defensas- no entraba dentro de las competencias del acusado, sino de sus mandos superiores, inicialmente imputados en las actuaciones, si bien finalmente quedaron fuera del procedimiento. Y concluye que la actuación del recurrente en relación a las lesiones que se le atribuyen, y en particular las irrogadas a los Sres. Rodrigo y Rosendo, fue necesaria y proporcional dada la situación que se estaba viviendo y en todo caso ejercida en el ámbito de las funciones propias de su cargo. Que aquellos acudieron a los accesos a la Plaza de Cataluña a prestar apoyo a otros concentrados colocándose pacíficamente frente al cordón policial, a la vez que reforzaban los actos de bloqueo a los camiones de limpieza e incumplían las órdenes policiales. Que los allí congregados conocían las indicaciones policiales para que no obstaculizaran las labores de limpieza y pudieron advertir las cargas policiales para con otras personas. Los golpes, sostiene, se produjeron después de que se hubiera cursado la orden de actuar a las 9:22, y así se especifica en relación a los Sres. Rodrigo y Sabino.

Prosigue señalando que se trataba de una ocupación ilegal del espacio público sin que los concentrados mostraran la menor intención de deponer su actitud. Achaca a la sentencia recurrida concluir que la única posibilidad de actuación de los agentes era la persuasión.

A criterio del recurrente no se aprecia exceso en el uso de la fuerza, por lo que debe entenderse que su acción estuvo legitimada y como tal amparada por la eximente de cumplimiento de un deber, lo que excluye la existencia de infracción penal y la existencia de "dolo lesional".

Que la sentencia al descartar la aplicación de la eximente del artículo 21.7 CP tanto en su versión completa como en la incompleta, está considerando los hechos como totalmente ajenos a la condición de agente de la policía del recurrente. A la vez que obvia que el movimiento 15-M tenía la decidida voluntad de ocupar indefinidamente la plaza, y en ese contexto, el uso de la fuerza era la única alternativa que aceptaban los concentrados y las personas que estaban alrededor obstruyendo la acción policial para abandonar su posición. Invoca distintas resoluciones de esta Sala y enfatiza que desde antiguo, y se remonta a la STS de 14 de mayo de 1998, nuestra jurisprudencia ha entendido que la negativa a la aplicación de la eximente tanto completa como incompleta, solo es posible cuando la conducta del funcionario actuante no tiene relación alguna con el ejercicio de su cargo, y eso no puede afirmarse en el presente caso, en el que el uso de la violencia fue necesario y proporcional.

2.- La eximente de obrar amparado en el cumplimiento de un deber del artículo 20.7 CP cuya aplicación postula el recurso, supone la exclusión de la antijuridicidad del comportamiento del funcionario policial concernido

por el hecho en principio típico y antijurídico que el mismo protagoniza, que sin embargo resulta justificado por ser acorde al ordenamiento que autoriza en determinadas situaciones la realización de tales actos.

Se trata de una circunstancia que en opinión mayoritaria de la doctrina surge de la necesidad de dotar de cohesión al ordenamiento jurídico observado en su conjunto. Si es el Derecho el que instaura un deber jurídico cuyo cumplimiento determina la realización de un tipo penal, es lógico que en tales supuestos quede excluida la antijuridicidad del comportamiento. Aunque no faltan autores que entienden que si lo que es lícito para un sector no penal del Derecho no puede a la vez castigarse por el Derecho penal no es solo por la unidad del ordenamiento jurídico, sino también por la función de última ratio del Derecho Penal dentro de conjunto unitario del ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, esta eximente opera a modo de cláusula de cierre del sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda 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 (SSTS 1810/2002, de 5 de noviembre; 277/2004, de 5 de marzo; 793/2005, de 20 de junio).

Ahora bien, 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. Así se previene como requisito necesario que ese ejercicio sea legítimo, de tal modo que solo en esa condición podrá operar la circunstancia eximente (STS 1810/2002, de 5 de noviembre).

Como sintetiza la STS 949/2013, de 19 de diciembre, la doctrina de esta Sala en relación con la aplicación de esta causa de justificación en los supuestos de recurso al uso de la fuerza por los miembros de las fuerzas de seguridad en el ejercicio de sus funciones, estima necesario que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo; que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos o privados cuya protección les viene legalmente encomendada; que la medida de fuerza utilizada sea proporcionada, es decir la idónea en relación con los medios disponibles y la gravedad de la infracción que pretende evitar el agente mediante su utilización, actuando sin extralimitación alguna; y que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo, que justifique que sobre el mismo se haga recaer el acto de fuerza.

El artículo 20.7 CP incorpora como requisito necesario que ese ejercicio del derecho o el cumplimiento del deber sean legítimos, de tal modo que solo sobre ese presupuesto podrá operar la circunstancia eximente. La determinación de tal legitimidad requiere un juicio de ponderación acerca de las circunstancias previas a la conducta que de otro modo pudiera considerarse antijurídica y punible, como son que el agente esté facultado para ejercer el oficio o el cargo según el cual actúe; de otras coetáneas a la conducta de ejercicio de esos derechos o funciones como son que la actuación sea proporcionada a la práctica a que el ejercicio del derecho o función esté encaminada y que, en el caso de una actuación de violencia interpersonal, venga de alguna manera determinada por una conducta de resistencia o peligrosidad por parte del sujeto pasivo.

A los cuerpos y fuerzas de seguridad, tanto los dependientes del Estado como los que lo son de las Comunidades Autónomas, el artículo 104 CE les impone como misión "proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana". En cumplimiento de esa encomienda constitucional y legal el funcionario policial puede aparecer habilitado para el ejercicio de su cometido con utilización de instrumentos coactivos y de fuerza. El recurso a la violencia, precisamente por tratarse de una actuación acorde al ordenamiento, estará justificada en la medida en que se acomode a la previsión normativa. Esta justificación requiere que se actúe dentro de los límites establecidos en el propio ordenamiento jurídico.

Los agentes de la autoridad tienen no sólo la facultad sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva, incluso utilizando medios violentos. Si bien como acota el apartado d) del artículo 5-2 de la L.O. 2/86, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad "solamente deberán utilizar las armas en las 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", esto es, cuando actúen "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".

Sobre las anteriores exigencias es preciso realizar una ponderación de intereses en conflicto, una comparación de males, entre los causados por el empleo de la fuerza y los que se derivan de la pasividad policial, para así poder delimitar la actuación más acorde con el ordenamiento jurídico, pues éste se resiente tanto cuando no se actúa debiendo haberse actuado como cuando se actúa con desproporción.

Como diría la STS 871/1998, de 19 de junio, en relación al presupuesto que descansa en la necesidad y racional imprescindibilidad del comportamiento violento y el uso de la fuerza de cara al cumplimiento de la misión que los agentes han de desempeñar, debe distinguirse "entre una necesidad en abstracto de violencia y una necesidad en concreto, esta última equivalente a la determinación de la idoneidad del medio utilizado para el cumplimiento del deber". Distinción entre ambas clases de necesidad que, como concretaría la mencionada

resolución " se refleja en sus efectos, de tal modo que si no existe una necesidad abstracta de recurrir a la fuerza no puede operar la eximente ni como completa ni como incompleta, mientras que la necesidad concreta, cuando se rebase la racional legitimidad del medio utilizado aún permite la eficacia de la eximente degradada a efectos sólo atenuantes; ... en el caso de exceso en el uso de la fuerza, cuando hay total falta de necesidad para su utilización, la extralimitación manifiesta impide la aplicación de la exención en forma tanto completa como incompleta (S. de 15-3-90). La reacción de las fuerzas del orden ha de ser sola la racionalmente necesaria y proporcionada para el cumplimiento de sus funciones, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso (SS. 25-3-92 y 2-7-93)".

Así lo sintetiza la 608/2019, de 11 diciembre, que condensa la doctrina de esta Sala sobre la circunstancia que nos ocupa, en la que se apoya también la sentencia de instancia, "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)".

3. En el presente caso, el cauce de infracción de ley que canaliza la queja del recurrente nos vincula indefectiblemente al relato de hechos probados de la sentencia recurrida. La discrepancia que habilita el artículo 849.1 LECRIM nada tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Solo cabe cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia, a partir de la secuencia histórica que la Sala sentenciadora ha declarado probada.

El relato de hechos que en este caso nos vincula explica que el 26 de mayo de 2011 se montó un operativo policial entre Mossos d'Esquadra y Guardia Urbana con el objeto de colaborar en el desarrollo de un plan de limpieza de la Plaza de Cataluña en la que llevaban acampados varios grupos de personas del movimiento conocido como "los indignados" desde el día 15 de ese mismo mes. Y "al parecer también de desmantelamiento de dicha acampada que tendría lugar al día siguiente, 27 de mayo".

Prosigue explicando que durante el operativo y desde primera hora de la mañana fueron llegando varias personas a la Plaza para apoyar a las que estaban acampadas, congregándose cada vez más gente en los alrededores ante lo que los agentes policiales formaron un cordón policial para que nadie accediera a la plaza.

Por parte de los Mossos d'Esquadra intervinieron los equipos de la BRIMO para perimetrar la Plaza y de ARRO (Área Regional de Recursos Operativos de Mossos) para controlar el acceso de los camiones, al principio en el acceso Muntanya-Bessós. El ahora recurrente Nemesio era subinspector y responsable de ARRO y durante el operativo se estuvo moviendo por distintos lugares de la Plaza y su perímetro. Como quiera que algunas de las personas que se fueron congregando en los alrededores de la Plaza se sentaron de forma pacífica, bloqueando el acceso de los camiones de limpieza del Ayuntamiento, a las 9:22 horas el jefe de los Mossos autorizó a ARRO el uso de la fuerza necesaria para que los camiones de limpieza pudieran salir de la Plaza.

A partir de esos datos se profundiza en la actuación que el recurrente tuvo para con cada uno de los lesionados. Descartado el caso de Alfredo, al no haber considerado acreditada la Sala sentenciadora la intervención del recurrente en la causación de las lesiones que el mismo sufrió, hemos de explorar las circunstancias fácticas que rodean los hechos que involucran a los restantes lesionados que han intervenido en el proceso, pues aun cuando en relación a tres de ellos la condena impuesta al recurrente por efecto de la sucesión normativa producida a razón de la entrada en vigor de la LO1/2015 de reforma del Código Penal, haya quedado concretada en la responsabilidad civil, una eventual apreciación de la eximente que se reclama como completa, y solo en ese caso, tendría también proyección en aquel pronunciamiento, que habría de quedar excluido. Estimación que queda descartada pues en todos los casos el relato fáctico excluye radicalmente que la fuerza desplegada por el acusado en ese momento fuera necesaria.

En relación a Debora afirma el factum "a las 8:30 horas estaba sentada hablando con unas amigas enfrente de un cordón policial en los accesos a la Plaza enfrente de FNAC. El ambiente en ese momento en esa zona era tranquilo, Debora no estaba insultando, ni agrediendo ni arrojando nada a los agentes, sino que estaba sentada pacíficamente hablando con sus amigas, cuando de repente y sin necesidad de uso de la fuerza alguna el acusado Nemesio se acercó a ella por detrás, le cogió por los pelos y le golpeó dos veces con su defensa en el muslo y en la pierna".

Respecto a Rodrigo y Sabino, explica el relato que nos vincula que el primero llegó alrededor de la 9:00 h. y se sentó junto al Sr. Sabino, al que no conocía. Y prosigue "Ambos estaban sentados en la Ronda Universitat enfrente de un cordón policial, encontrándose sentados de forma pacífica, al igual que los que estaban junto a ellos,

sin estar cogidos, ni insultar ni agredir a los agentes, teniendo sus manos en alto en señal de "som gent de pau" y cantando. Ningún agente les dijo que se levantaran ni ningún agente intentó apartarles del lugar donde estaban sentados, cuando de repente el acusado Nemesio se dirigió hacia Rodrigo y le golpeó con su defensa en las piernas y en la cabeza. Asimismo, el acusado Nemesio golpeó a Sabino en las piernas, brazos, pecho, antebrazo, hombros. En ninguno de estos casos era necesario ni proporcionado ni estaba justificado el uso de las defensas, siendo recriminado el acusado por las personas que estaban allí por haber usado la defensa".

Con esa base fáctica, la eximente completa, única que en su caso podría proyectar efectos en la condena de índole civil que se impone al recurrente, carece de asidero.

4. Resta por analizar el comportamiento del recurrente Sr. Nemesio para con Rosendo, única sobre la que, dada la estimación del recurso del Fiscal, coincidente con el segundo de los planteados en el que ahora nos ocupa, subsiste la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de lesiones.

Especifica el relato de hechos probados de la sentencia recurrida que el Sr. Rosendo "se encontraba sentado antes de las 9:22 horas en el acceso a la Plaza por la parte de la Ronda de Sant Pere, encontrándose sentado de forma pacífica, al igual que los que estaban junto a él, sin estar cogido a ninguna persona, ni insultar ni agredir a los agentes, teniendo sus manos en alto en señal de "som gent de pau". Ningún agente le dijo que se levantara ni ningún agente intentó apartarle del lugar donde estaba sentado, cuando de repente el acusado Nemesio se dirigió hacia él y le golpeó con su defensa en las piernas y en la cabeza, no siendo necesario el uso de la fuerza".

En la fundamentación jurídica la sentencia, a partir de una exhaustiva y detallada valoración del material probatorio acopiado en las distintas sesiones del juicio oral, explica por qué alcanza las conclusiones fácticas descritas. En cada uno de los casos facilita una cumplida explicación que da soporte a su relato, valorando grabaciones videográficas, declaraciones testificales, incluidas las de otros agentes de los Mossos o de la Guardia Urbana, para concluir que las intervenciones analizadas fueron no solo consecuencia de una extralimitación en el uso de la fuerza, sino que la empleada fue absolutamente innecesaria desde una perspectiva ex ante.

Una violencia que en el caso de Rosendo, como ocurriera también en el caso de Debora, se ejerció incluso antes de que fuera oficialmente autorizado por los superiores del acusado el uso de la defensa reglamentaria que el mismo, sin embargo empleó con contundencia. Y en el caso de los otros dos lesionados, aunque cronológicamente posterior a esa autorización, no se apreció comportamiento alguno que justificara en ese momento y entorno el uso de la violencia, simplemente el recurso a técnicas de resistencia pasiva. No descarta la sentencia que se llegaran a producir comportamientos y altercados que justificaran el recurso a la violencia por los agentes, pero no en el entorno en el que se produjeron las agresiones descritas, por lo que la aplicación de la eximente solicitada, incluso en la versión incompleta o como simple atenuante queda descartada.

La STS 4/2005, de 19 de enero, contempla un supuesto de ciertas similitudes con el que ahora nos ocupa en cuanto surge en el contexto de un enfrentamiento verbal entre el agente y varias personas que se concentran con ocasión de mostrar su apoyo a quien iba a ser detenido, lo que obligó a formar un cordón policial que permitió materializar aquella. Una vez que la detención se llevó a efecto y el furgón con el detenido abandonó el lugar, en el ambiente crispación generado se produjo un encuentro de varios de los agentes con algunas de las personas que habían acudido al lugar, en el que, a pesar del acaloramiento verbal, no hubo intentos de agresiones hacia los policías, miembros de la Ertzaintza en aquel caso. En ese contexto, uno de los agentes hizo uso del bastón policial que portaba golpeando con él a una de las personas concentradas que en ese momento no intentaba agredir ni estaba en una actitud amenazante hacia los agentes. Pues bien, sobre esa secuencia fáctica afirmó la sentencia que citamos "No existe, en primer lugar, indebida inaplicación del artículo 20.7º, que se refiere a la eximente de quien obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo, no sólo porque no se cuenta con la base fáctica exigible para ello, en la narración que contiene la Sentencia recurrida, como es de todo punto indispensable en el análisis de un motivo como el presente, sino porque, además, examinando las pruebas disponibles, no concurren los elementos precisos para considerar la conducta del recurrente amparada en dicha circunstancia de exención de la responsabilidad criminal, ni siquiera incompleta, pues se echa en falta el requisito básico e 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".

"Necesidad en abstracto" siempre inexcusable para la consideración de la merma o exclusión de la responsabilidad y que aquí no aparece. Antes al contrario, el relato histórico refiere expresamente cómo cuando se producen los hechos el grupo de manifestantes entre los que se encontraba el lesionado "...no intentaba agredir ni estaba en una actitud amenazante hacia los agentes".

En este caso, a partir de la secuencia fáctica y en los términos que razonó el Tribunal sentenciador, centrándonos en el supuesto que lleva aparejado una condena penal, en la intervención policial que el recurrente protagonizó sobre la persona del Sr. Rosendo no se aprecia necesidad del uso de la fuerza, ni una situación de peligro que hubiera podido inducir a error acerca de la misma. Pues como razona la sentencia impugnada, aun

cuando la acción de los concentrados estuviera obstaculizando la salida de los camiones de la limpieza, a la hora en que ocurren los hechos y en el sector en el que los mismos se desarrollaron, el comportamiento de aquellos no era agitado ni se produjeron actos de agresión a los agentes ni altercados singulares, lo que dejaba espacio razonable para proseguir con las técnicas de disuasión en tanto por quien correspondiera no se diera otra orden. No olvidemos que los hechos se desarrollan en el contexto de una concentración pacífica que duraba ya varios días y en distintos puntos de la geografía española.

Como explica la sentencia recurrida para apartarse del criterio mayoritario de esta Sala en la STS 608/2019, de 11 de diciembre, que rechazando la eximente completa o incompleta que ahora nos ocupa, apreció una circunstancia analógica de atenuación, "la situación es muy diferente a la que relata el Tribunal Supremo en la sentencia referida. En nuestro caso, en los hechos juzgados no hubo enfrentamientos con la policía, las líneas policiales no se hicieron para contener a la gente sino para controlar que nadie saliera de la Plaza o entrara pero no hubo ningún intento de superar esas líneas y abordar la Plaza, no hubo ningún incidente (en los hechos juzgados) que justificaran cargas policiales con defensas contra personas sentada...".

Todo apunta a un actuar precipitadamente agresivo por parte de quien, como Jefe de los ARRO, cuerpo especialmente destinado a intervenir en situaciones de conflicto, precisamente por razón del cargo que ostenta ha de estar acostumbrado a soportar situaciones de presión y a quien incumbe un particular esfuerzo de contención. No identificamos motivos en los que anclar una disminución de la culpabilidad en este caso tampoco por vía de una atenuante analógica.

Tercero.

Descartada la apreciación de las causas de justificación alegadas, la virtualidad de los hechos probados que nos vinculan para sustentar la calificación de los mismos en lo que a la actuación del recurrente sobre la persona del Sr. Rosendo como un delito de lesiones del artículo 147.1 CP resulta incontrovertida, al colmar los presupuestos de tipicidad tanto objetiva como subjetiva que tal precepto exige.

Fueron lesiones consecuencia de golpes propinados consciente y voluntariamente, que requirieron para su curación de puntos de sutura, conclusión que el recurso no combate, cuya idoneidad para integrar el concepto normativo de tratamiento quirúrgico que el precepto aplicado requiere ha sido reiteradamente proclamada por la esta Sala.

Enlazamos ahora con el cuarto motivo de recurso que también por el cauce de infracción de ley que viabiliza el artículo 849.1 LECRIM denuncia la indebida aplicación de la aplicación del artículo 148.1 por la utilización de medio peligroso.

Alega el recurso que en la lista de lo que la jurisprudencia de esta Sala ha identificado como instrumentos peligrosos no tienen cabida las defensas que utilizan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Y en apoyo de su postura cita las SSTs 1496/2000 de 30 septiembre; Sentencia núm. 1077/98 de 17 de octubre, Sentencia 782/03 de 31 de mayo, y alguna más procedente de Audiencias Provinciales.

1. El artículo 148 CP dispone que "las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

"1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado".

Se trata de una figura compleja, integrada por un delito básico con resultado naturalístico lesivo (artículo 147.1 del C. Penal) y por un tipo de peligro concreto, el generado por el uso del instrumento dotado de potencialidad lesiva idónea para irrogar lesiones claramente superiores a las producidas (STS 687/2018, de 20 de diciembre). Es necesario que además de la lesión causada se haya creado un peligro complementario para el bien jurídico protegido. Precisamente, el fundamento de la agravación penológica en supuestos de lesiones producidas 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 339/2001 de 7 de marzo; 1203/2005, de 19 de octubre; 1114/07, de 26 de diciembre; 1339/2011 de 5 de diciembre; 981/13, de 23 de diciembre; 529/2014 de 24 de junio; 680/2014 de 6 de marzo; 608/2019, de 11 de diciembre; o 261/2020, de 28 de mayo).

La razón de ser de esta modalidad agravada no está en la relación causal entre el empleo de hechos, métodos o formas, y las materiales lesiones producidas, sino en el incremento del riesgo que para la integridad física representa su empleo, tanto si se traduce en una más grave lesión directamente derivada de su utilización, como si el riesgo de mayor daño se mantiene como mera potencialidad.

Se configura en definitiva 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 , citada a su vez por la STS 608/2019, de 11 de diciembre).

Como dijo la STS 1267/2003, de 8 de octubre "la jurisprudencia de esta Sala ha marcado pautas interpretativas advirtiendo que, en cada caso, se deberá tener en cuenta el mecanismo de producción utilizado, el riesgo de causación de lesiones graves e incluso la antijuricidad objetiva de la acción. No podemos, en nuestro sistema, prescindir de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, que son necesarios para llegar a una solución ajustada según los casos, a la gravedad intrínseca del objeto empleado en la causación de la lesión".

La potencialidad lesiva de las defensas que portan los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala, buena prueba de ello es la STS 608/2019, de 11 de diciembre, en la que, tal y como la sentencia recurrida recoge, se afirma "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)".

Precisamente las SSTs 1077/98, de 17 de octubre o 782/03, de 31 de mayo, son las citadas por el recurrente, y tanto estas como la también invocada STS 1496/2000 de 30 de septiembre, no cuestionan la idoneidad objetiva de la defensa policial para integrar la modalidad agravada ahora recogida en el artículo 148.1, sino al modo en que resulta empleada. Por ejemplo, la última de las resoluciones aludidas, excluye la aplicación de la facultad agravatoria en el hecho de que "sólo se produjo un golpe aunque éste tuviera, según se ha dicho, consecuencias finales de suma gravedad".

En este caso la Sala sentenciadora no desprecia este aspecto argumentando que su utilización no estaba justificada ni amparada en el error, sino porque además se empleó respecto de cada perjudicado, en varias ocasiones propinando más de un golpe, estando los destinatarios de los golpes sentados en el suelo y el agente de pie y no discriminando las partes del cuerpo impactadas con la defensa, golpeando incluso la zona de la cabeza, labios, hombros... contraviniendo incluso la normativa de uso de estas armas". El motivo se desestima.

Tal extremo enlaza con otro aspecto de la tipicidad aplicada, cual es el carácter facultativo de la agravación penológica apreciada.

2. En lo que respecta a la opción penológica que contempla el artículo 148 CP, esta Sala ha precisado (entre otras, STS 610/2017) que, a diferencia de lo que sucede en las lesiones contempladas en los artículos 149 y ss CP, la agravación recogida en el artículo 148 CP no se ha configurado por el legislador como imperativa, sino potestativa para el juzgador en función de las circunstancias del caso concreto, "atendiendo al resultado causado o riesgo producido", reza el texto legal.

Explicó la STS 546/2014, de 9 de julio, "la aplicación penológica de este precepto no es imperativa, sino que es potestativa del juzgador, ya que se indica que "podrán ser castigadas", ello debe conllevar que la agravación no dependa solo ni principalmente de sus características propias, que en cualquier caso han de ser capaces de causar daños graves, sino fundamentalmente de la forma en que han sido utilizados en el caso concreto. Se requiere así una doble valoración. De un lado, deben tenerse en cuenta la composición, la forma y demás características del arma, instrumento, objeto o medio empleado o las peculiaridades del método o forma de la agresión, que deben tener una capacidad lesiva relevante, y de otro, debe valorarse la forma en que tal objeto o instrumento ha sido utilizado, reveladora de su peligrosidad en el caso concreto".

En el caso que nos ocupa, limitada la aplicación del artículo 148 CP a las lesiones que sufrió el Sr. Rosendo, por más que la acción desarrollada por el agente careciera de justificación, la entidad del resultado producido, unas lesiones que aun cuando necesidades de puntos de sutura no generaron ningún día de incapacidad, sugiere que el uso que hizo de la defensa, si bien es revelador de un propósito de lesionar, no generó un excesivo riesgo. No parece, en atención al resultado producido, que el modo en que fue empleada, por la contundencia o la reiteración en las zonas más sensible, generara un riesgo superior al que colma el tipo básico. Por lo menos no el suficiente para justificar la agravación penológica. En este aspecto el motivo va a ser estimado.

Cuarto.

El siguiente motivo de recurso, también a través del artículo 849.1 LECRIM, denuncia la indebida aplicación de los artículos 130 a 135 en relación con el 131, todos ellos del CP.

Alega el recurrente que las lesiones sufridas por "el Sr. Rodrigo estarían prescritos de ser considerados como falta y le sería de aplicación la Disposición Transitoria 4ª de la LO 1/2015".

Ya hemos dicho al estimar el recurso interpuesto por el Fiscal que los hechos concernientes a las lesiones de Rodrigo serían constitutivas de una falta del artículo 617 CP según redacción vigente a la fecha en que los mismos se produjeron, por lo que, por efecto de la disposición Transitoria 4ª de la LO1/2015, solo habrán de dar lugar a pronunciamientos de índole civil y costas. Ahora bien, ello no implica que la infracción este prescrita.

La sentencia recurrida en su fundamento de derecho primero apartado 2 contiene una cumplida explicación del enrevesado itinerario procesal por el que transitó la causa, rechazando sin embargo la prescripción que había sido opuesta en relación a las lesiones de Debora, pronunciamiento que ahora no se cuestiona, y las de Rodrigo. En los términos que se exponen y que el recurso no contradice, el Sr. Rodrigo presentó inicialmente una denuncia por lesiones a los pocos días después de ocurrir los hechos, en concreto el 28 de mayo de 2011. Y aunque esta denuncia individual acabó siendo sobreseída, todas las actuaciones se acumularon en una misma causa. Entre ellas la querrela que junto con otras 55 personas presentó el 1 de diciembre de 2011 Rodrigo por hechos conexos, cuya admisión dejó tácitamente sin efecto aquel sobreseimiento, procediéndose a una tramitación conjunta que incluyó en su objeto las lesiones de aquel y que desembocó en el enjuiciamiento al que da respuesta la sentencia recurrida. La tramitación conjunta de hechos conexos reconduce el plazo de prescripción hacia el correspondiente a la más grave de las infracciones (artículo 131.5 CP). Perviviendo en este caso la consideración de delito del artículo 147 CP en alguna de las infracciones conjuntamente enjuiciadas, ha de estarse al plazo de cinco años que corresponde con su plazo de prescripción.

Siendo así, al igual que no se consideró prescrita la falta cometida sobre Debora, tampoco lo está la que afecta al Sr. Rodrigo.

El motivo decae.

Quinto.

El séptimo motivo de recurso invoca de nuevo el artículo 849.1 LECRIM, en este caso para denunciar la indebida aplicación de los artículos 123 y 124 CP.

La STS 676/2014 de 15 de octubre condensa la doctrina de esta Sala sobre la distribución de las costas cuando hay varios delitos y/o varios acusados. Según la misma la distribución de las costas en tales supuestos admite dos sistemas: reparto por delitos o por acusados.

La jurisprudencia se ha decantado por la fórmula basada en una fragmentación de las costas según el número de delitos enjuiciados (hechos punibles y no calificaciones diferentes). Dentro de cada delito se divide entre los acusados como partícipes de cada uno para declarar de oficio la parte correspondiente a los absueltos y condenar a su respectiva fracción a los condenados.

En este caso tiene razón el recurso. Nemesio fue acusado en conclusiones definitivas en total por seis hechos punibles, cinco en relación a las lesiones de la Sra. Debora y los Sres. Rodrigo, Rosendo, Sabino, Alfredo y, y además por un delito contra la integridad moral en relación a este último.

Fue absuelto de dos de ellos, en concreto las lesiones de Alfredo y del delito contra la integridad moral por el que se formuló igualmente acusación, la condena en costas debió ser la de cuatro sextas partes.

La absolución por efecto de la transitoria 4 de la LO 1/2015, lo es a partir de un pronunciamiento de culpabilidad en relación a los hechos que con la legislación anterior integraban un comportamiento constitutivo de falta, que por efecto de la nueva legislación quedaron despenalizadas o sometidas al régimen de denuncia previa. Solo a partir de ese previo pronunciamiento de tipicidad y culpabilidad exento de pena por efecto de la sucesión normativa, cabe mantener una responsabilidad civil dimanante del mismo, única sobre la que cabe pronunciamiento en el proceso penal. Lo hemos avanzado al analizar la posible concurrencia de una eximente del artículo 20.7 CP.

La mencionada disposición es una norma de carácter transitorio y basada en razones de seguridad jurídica y economía procesal, que en ningún caso puede suponer para el acusado un pronunciamiento de condena distinto del que procedería en la vía civil. Eso sí, siempre supeditado a la constatación de los presupuestos que de conformidad con la legislación derogada habrían dado lugar a una responsabilidad penal de la que, a su vez, surge la civil. Pues en otro caso no perdurarían los presupuestos que justifican la intervención de los tribunales penales.

En esa lógica encaja la previsión de que además de los pronunciamientos concernientes a la responsabilidad civil, recaiga también el relativo a las costas, en todo caso "ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", afirma textualmente la Disposición que nos ocupa.

El motivo se estima con el indicado alcance.

Sexto.

El siguiente motivo de recurso denuncia, al amparo del artículo 849.2 LECRIM, error en la apreciación de la prueba. La técnica desarrollada no se ajusta a los estrechos contornos del cauce casacional empleado, a los que nos hemos referido al dar respuesta al recurso del Fiscal. No se identifican documentos que encajen en los perfiles con los que una reiterada jurisprudencia de esta Sala ha delimitado el concepto de documento literosuficiente, cualidad que no concurre en los vídeos, fotografías o informes policiales a los que el motivo alude.

Las alegaciones del recurrente se desarrollan por senderos más propios de un motivo de presunción de inocencia, como el que se plantea en octavo y último lugar, con apoyo de los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ, y en el que reproducen en síntesis los extremos ampliamente expuestos en el anterior, por lo que daremos respuesta los dos motivos de manera conjunta.

El recurso considera errónea la valoración de la prueba acerca de la identificación del Sr. Nemesio como el autor de los golpes que recibieron Rodrigo y Rosendo porque a su entender pudieron ser propinados por otros agentes. Se dice que los vídeos que se reprodujeron en la vista presentaban una serie de saltos que sugerían que pudieran estar cortados y además permitían detectar la presencia de varios agentes, por lo que entiende que no son concluyentes, como tampoco singulariza su autoría el empleo de un modelo de reloj, que sostiene era utilizado también por otros compañeros.

Denuncia igualmente que el Tribunal sentenciador se haya apartado del Informe pericial fisionómico realizado por la Unidad Central de Fotografía y Audiovisuales PC-231/14-FS, Sabadell, de fecha 10 de julio de 2014, obrante a los folios 2586-2621, que entendió que a consecuencia de la baja calidad que presentan las imágenes, no concurrían el número de características necesarias para confeccionar un informe de este tipo. La baja definición, la incorrecta iluminación, y la posición de la cámara respecto a la persona no les permite observar los elementos faciales necesarios para llevar a cabo la comparativa en relación a la agresión perpetrada sobre el Sr. Rosendo, no así en relación al Sr. Rodrigo.

También tacha de errónea la valoración probatoria en lo que a la dinámica de los hechos se refiere. Argumenta que se desarrollaron cuando se obstruía la actuación policial con la consecuente puesta en peligro de los servicios públicos. Que la sentencia obvia que hubo actos de violencia, y los hechos pacíficos eran de resistencia pasiva y desobediencia. Remarca que la orden de uso de la fuerza se dio a las 9:12 horas y no a las 9:22 como se declara probado y que hubo avisos previos por megafonía a los allí sentados en el suelo de que se iba a proceder a intervenir policialmente si no se dejaba espacio para que salieran los camiones. Para avalar esa alegación reproduce una serie de comunicaciones entre los efectivos policiales que, en su opinión, así lo constatan.

Resalta que hubo contradicciones y discordancias respecto a la situación en la que se encontraban los perjudicados, obviando que los mismos se encontraban en actitud de resistencia pasiva. Por último destaca que se ha valorado como dato relevante que el parte de asistencia por lesiones del Sr. Rosendo fue anterior a las 9:22, cuando en realidad consta en el mismo que fue activado a las 9,30 h. y que el Sr Rodrigo tardó varias horas en demandar asistencia por sus lesiones.

1. De manera reiterada hemos señalado que la invocación de la garantía constitucional de presunción de inocencia permite a este Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe 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.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración que hizo el Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales. Tampoco a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración de aquel por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

2. En el caso que nos ocupa la sentencia condensa un importante esfuerzo argumentativo en relación a la prueba que sirve de base para construir la secuencia fáctica que integra el relato de hechos probados. En lo que afecta a la intervención en los hechos que se atribuye al ahora recurrente, que el recurso cuestiona en relación a las lesiones de los Sr. Rodrigo y Rosendo, ninguna queja consta que se efectuara a lo largo del proceso respecto a una posible alteración de las grabaciones videográficas reproducidas en el juicio. Estando las cintas incorporadas a la causa, muy bien pudieron las partes hacer constar sus dudas al respecto en el momento que las mismas pudieran ser descartadas a través de la correspondiente pericial, sin que sea admisible la sombra de sospecha que sin un soporte firme sugiere ahora el recurso.

2.1 Por lo demás, en lo que a la identificación del acusado respecto a su intervención con relación al Sr Rodrigo, explica la sentencia de manera detallada el iter que sigue hasta entender indubitadamente que Nemesio es la persona que protagonizó la agresión. Desde el momento en que el propio acusado se identifica a sí mismo en el vídeo, comprobando que porta un reloj negro en la muñeca, explica la sentencia que el Tribunal realizó un seguimiento de las imágenes hacia atrás que permite, sin perder de vista al agente que se ha reconocido y que porta un elemento claro de singularización en su muñeca izquierda, seguir su trayectoria hasta observar, aclara la sentencia "a la perfección" que es él quien golpea a Rodrigo y Sabino que son las personas que están sentadas en el suelo. Es decir, comprueba el Tribunal como la grabación recoge directamente la agresión por parte de quien a través del seguimiento por distintas imágenes aparece plenamente identificado. La solvencia de la actividad de cargo y la racionalidad del proceso valorativo desarrollado por el Tribunal de instancia quedan fuera de duda.

2.2 En el caso del Sr. Rosendo la identificación del acusado se alcanza a través de una serie de datos coincidentes, que se unen al reconocimiento que el lesionado efectúa del mismo como su agresor en el acto del juicio. De un lado la reproducción de la grabación de vídeo que recoge el momento en el que un agente que porta un reloj negro como el anteriormente identificado en la muñeca del acusado, golpea a una señora y se la lleva del lugar (Vídeo B 11 D). El testimonio del Sr. Rosendo que afirma que precisamente el agente que golpeó a esa señora regresa posteriormente y le golpea, extremo que aparece corroborado por las imágenes que reproduce el vídeo B11 A en el que así se refleja. Concluye el Tribunal que se trata del acusado.

Explica la sentencia que en este caso las imágenes no son tan claras como las que han permitido la identificación de Nemesio en la agresión a Debora, agresión esta última que el recurso no cuestiona. Sin embargo el Tribunal disipa cualquier atisbo de duda, no sólo por el efecto identificativo que el reloj en su muñeca supone, sino, entre otras cosas, por algunos de los datos contenidos en el informe policial que recoge el análisis morfológico del fotograma 12 extraído del vídeo B11 D (folio 2616) cotejándolo con la fotografía indubitada del acusado numerada como dos (folio 2596). Se detectan 9 coincidencias, en aspectos tan destacados morfológicamente como la forma y punta de la nariz, la forma de la barbilla y los pómulos, precisamente rasgos coincidentes con los que el lesionado facilitó ya desde su declaración en fase de instrucción como propios del agente que le golpeó, del que dijo tenía "la barbilla prominente, la nariz delgada y afilada y la cara huesuda".

Ciertamente la citada pericial no concluyó la identificación del acusado, pero la sentencia recurrida explica cumplidamente por qué ello no es óbice a efectos probatorios, a través de un esfuerzo argumentativo que excluye cualquier posibilidad de éxito por vía del artículo 849.2 por apartamiento de la conclusión pericial. Por su claridad expositiva transcribimos el fragmento que así lo analiza "Los peritos autores del informe, agentes con TIP NUM001 y NUM002, se ratificaron en el plenario explicando que la identificación no está en función de la cantidad de coincidencias sino de la calidad, reconociendo no obstante que en la comparativa a la que nos estamos refiriendo hay nueve elementos de identificación y ninguno de exclusión. Explicaron que de todas formas no hay un número prefijado para determinar la coincidencia, y que en este caso no podían concluir que fueran la misma persona porque no vieron más cantidad de elementos locales del rostro. Sin embargo, debemos hacer tres precisiones necesarias para apartarnos de dicha pericial. En primer lugar, los peritos advirtieron que no obstante la imposibilidad que tuvieron de concluir que fueran la misma persona, se puede llegar a esa conclusión mediante un reconocimiento, es decir, que el hecho de no poseer ellos un mayor detalle de los elementos del rostro como por ejemplo las aletas de la nariz, no impide que esa persona pueda ser reconocida en las imágenes por otra persona que haya tenido previamente contacto con ella, como en el que caso que nos ocupa, Y de hecho, en el propio informe pericial, tampoco pueden concluir viendo el vídeo de "carga policial" que quien golpea a Debora sea el acusado, y hemos considerado acreditado que sí por otras vías como por ejemplo el reportaje fotográfico. Por lo que nos podemos apartar de las conclusiones de un informe pericial siempre de forma razonable y razonada. En segundo lugar, dichos peritos declararon que en otros estudios han llegado a considerar que eran la misma persona con menor cantidad de coincidencias. Y en tercer lugar, existen elementos que permiten concluir que el agente de dichas imágenes es el acusado, como su reconocimiento por el testigo Sr. Rosendo al que ya nos hemos referido".

Respecto a la trascendencia del reloj negro como dato identificativo explica la sentencia "no hemos visto en esos vídeos (especialmente al inicio del B11 D que aparecen de cerca varios agentes que actuaron en el lugar) que los demás agentes, que también algunos de ellos golpean y mucho, llevaran relojes, aunque sí algunos portaban guantes, uno lleva una especie de pulsera amarilla... pero reloj negro en la muñeca izquierda solamente observamos uno, que es quien se lleva a la señora. El reloj se aprecia perfectamente en el minuto 2:18 del último vídeo referido. Por tanto, consideramos acreditado que era el mismo agente, ya que el testigo así lo afirma explicando además que se fijó perfectamente porque lo vio venir de cara muy excitado tras dejar a la señora y que pensó "ahora me toca a mí". Coincide además que en las imágenes se corrobora lo manifestado por el testigo ya que el agente se lleva a la señora y se ve que vuelve al lugar en el que están el testigo y otras personas sentados en el minuto 2:47".

La prueba de indicios ha sido admitida tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000, 117/2000, 111/2008, 109/2009, 126/2011, 128/2011, 175/2012 y 15/2014) como por la jurisprudencia de esta Sala de casación (SSTS 1085/2000, de 26 de junio; 1364/2000, de 8 de septiembre; 24/2001, de 18 de enero; 813/2008, de 2 de diciembre; 19/2009, de 7 de enero; 139/2009, de 24 de febrero; 322/2010, de 5 de abril; 208/2012, de 16 de marzo; 690/2013, de 24 de

julio; 481/2014, de 3 de junio; 43/2015, de 28 de enero; 45/2017, de 8 de marzo; o 639/2019 de 19 de diciembre, entre otras), como idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, sometida a la concurrencia de una serie de presupuestos. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el control a través del recurso de casación se debe proyectar en la verificación de la existencia de varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente inculpativa, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuerzan entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

En este caso el Tribunal ha construido su conclusión probatoria acerca de la identificación del acusado sobre indicios plurales, todos ellos plenamente acreditados. Indicios unívocos y concluyentes, engarzados a través de una lógica inferencia que descarta espacios de incertidumbre.

En lo que afecta a prueba que sustenta la identificación del acusado, el recurso no puede prosperar.

3. En lo que respecta a desarrollo de los hechos la sentencia va analizando los incidentes a partir del relato de cada uno de los lesionados. Debora, Rodrigo, Sabino o Rosendo pusieron voz a sus respectivas experiencias conformando un relato que la Sala sentenciadora entendió creíble en sí mismo y en cuanto refrendado por datos externos como los que objetivaron los distintos informes médicos, otras testificales, reportajes fotográficos o grabaciones de vídeo.

Analizó igualmente la declaración de los testigos Sr. Juan Francisco, con número de identificación profesional NUM003, jefe del operativo del dispositivo y responsable de los Mossos d'Esquadra, y el testigo Intendente Mayor de Guardia Urbana con n° de identificación profesional NUM000 respecto a cuál fue el objetivo del dispositivo. Explicaron estos que ese día simplemente pretendían la realización de labores de limpieza, y como el ambiente cada vez fue adquiriendo mayores dosis de violencia entre los concentrados, el responsable máximo del dispositivo de los Mossos d'Esquadra autorizó a las 9:22 horas el uso de las defensas, es decir, la fuerza necesaria para que los camiones pudieran salir, previo avisos por megafonía. Orden que no rigió para la Guardia Urbana, pues el testigo Intendente Mayor de este cuerpo declaró que no modificó sus instrucciones, de esta manera los operativos de la Guardia Urbana no fueron autorizados a emplear las defensas, por lo que debieron seguir utilizando técnicas pasivas. Y aclara la sentencia que el relato de ambos testigos coincide con los informes sobre dicha actuación, elaborados por Mossos d'Esquadra (folios 1044 a 1084, precisamente en el que el recurso se apoya) y por Guardia Urbana (folios 991 a 996).

De ello se deduce que la determinación del punto horario en el que se autorizó el uso de las defensas lo alcanzó el Tribunal a partir de la prueba testifical indicada, con el refrendo de los datos que objetivaron los informes policiales aportados.

El recurso cuestiona ese dato retrotrayendo temporalmente la citada autorización 10 minutos, en concreto a las 9:12. Sin embargo los datos que incorpora no fisuran la solvencia del criterio valorativo expuesto por el Tribunal. Ciertamente es que se recoge un intercambio de comunicaciones que van alertando del caldeamiento del ambiente, y que van aproximando el uso de determinados medios disuasorios que incluyan la fuerza, siempre con la indicación de que habrá de ser la mínima necesaria. Sin embargo, el recurso reproduce una sucesión de conversaciones extraídas del informe policial que el Tribunal tomó en consideración, entre las que consta a las "9.22 h. Se inicia la intervención por parte de los efectivos ARRO. Se sufre agresión por parte de los concentrados hacia la línea policial que hace la intervención, con lanzamientos de agua, botellas, escupitajos, empujones, puntapiés y puñetazos. Con la intervención se logra ganar espacio para que accedan los camiones de limpieza bloqueados en la ronda Universidad. Se consigue que entren los camiones vacíos al interior de la plaza. Se monta un cordón con los equipos ARRO hasta Ronda Universitat para intentar permitir la salida de los camiones" De ahí que la conclusión extraída por el Tribunal encuentre pleno sustento como exenta de cualquier atisbo de error o arbitrariedad.

No desprecia el Tribunal el que en determinados puntos de la concentración se estuvieran observando comportamientos violentos contra los agentes que estos hubieran de repeler o neutralizar. Pero a la hora de analizar la concreta actuación enjuiciada, su afirmación respecto a lo injustificada por innecesaria de la violencia que el acusado desplegó con el empleo de la defensa, no solo se cifra en el horario de los hechos, sino especialmente en las circunstancias de su intervención en un escenario conformado probatoriamente a través del testimonio de quienes recibieron la agresión, avalado por las reproducciones fotográficas y videográficas analizadas, y por otras testificales. De ahí que carezca de trascendencia el posible error del Tribunal al trasladar el dato horario respecto al parte de asistencia del Sr. Rosendo. Se afirma respecto al mismo en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida que fue golpeado "antes de las 9:22 horas, sencillamente porque el parte de asistencia médica es anterior a esa hora", mientras que, como indica el recurso, en el parte médico de urgencias incorporado al folio 436 se recoge "hora de activación 9:30 h". Con independencia de que resulta lógico pensar que desde que recibió el impacto hasta que alcanzó el puesto de urgencias y pudo ser atendido transcurrieran varios minutos, no es la mera ubicación cronológica en los márgenes de la autorización para el uso de las defensas la clave para determinar si la violencia que el acusado desplegó estuvo o no justificada. Y en este caso, la secuencia fáctica que narra lo ocurrido,

conformada, como hemos dicho, describe a través del testimonio del afectado y la correspondiente grabación videográfica, asienta como exenta de arbitrariedad la inferencia del Tribunal.

Otro tanto cabe señalar de los hechos en relación al Sr. Rodrigo y el Sr. Sabino, que la sentencia ubica como producidos después de las 9:22 h, concluyendo lo innecesario de la intervención violenta también en este caso a partir de los datos aportados por los testigos y la documental videográfica incorporada.

El alegado error en la valoración de la prueba y la vulneración de la presunción de inocencia quedan descartadas.

Los motivos conjuntamente analizados se desestiman.

Séptimo.

La estimación parcial del recurso determina la declaración de oficio de las constas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM .

F A L L O

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

ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 12 de mayo de 2020 (Sec. 3ª PA 70/19).

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Nemesio contra la citada resolución, y en su virtud casamos y anulamos dicha sentencia, dictándose a continuación otra de acuerdo con lo que acabamos de exponer.

Se declaran de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la citada Audiencia Provincial a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 3105/2020

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el procedimiento abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción 4 de Barcelona con el num. 70/19 y seguido ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona y en cuyo procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 12 de mayo de 2020, y que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como queda expresado al margen.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se acepta el relato de hechos probados de la sentencia recurrida salvo el segundo párrafo del apartado octavo que se sustituye por el siguiente: " Rodrigo sufrió dos equimosis en región dorsal, equimosis en las dos extremidades superiores y en el pie derecho. En la muñeca izquierda sufrió dos escoriaciones y un edema que afectaba a la funcionalidad de, la articulación. Recibió un tratamiento de inmovilización, que no consta fuera prescrito por un médico. Tardaron en curar las sesiones 10 días, siendo 6 de ellos incapacitante para ejercer sus actividades habituales".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1. De acuerdo con la sentencia que antecede, procede la absolución de Nemesio respecto al delito de lesiones del artículo 147 y 148 .1 CP por el que fue condenado en relación a las sufridas por Rodrigo. Integrando su comportamiento una falta del artículo 617 CP según redacción anterior a la LO 1/2015, por efecto de lo preceptuado en la Disposición Transitoria 4 de la misma, no se emite pronunciamiento alguno de índole penal, solo los relativos a responsabilidad civil y costas. En relación al importe de la responsabilidad civil no se aprecian motivos que justifiquen la modificación de indemnización fijada en la instancia, toda vez que la misma no ha sido cuestionada en los recursos que han sido estimados.

2. En relación al delito de lesiones por el que el recurrente venía condenado por las irrogadas a Rosendo, al no concurrir el presupuesto de agravación del artículo 148.1 CP que fue apreciado en la instancia, el mismo va a ser ahora condenado como autor de un delito de lesiones del artículo 147.1 CP. En orden a la determinación de la pena que corresponde a esta nueva calificación, la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas que fue apreciada en la instancia con el efecto en ella reconocido de rebaja en un grado de la pena prevista, nos reconduce en todo caso a pena de multa, que excluye la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 56. CP.

Dentro de la horquilla penológica así determinada, concretamos la pena en 5 meses de multa. En orden a ponderar la cuantía de la cuota que conforma la misma, habida cuenta que aun cuando no consta exactamente la capacidad económica del condenado, según se desprende de la propia sentencia, el mismo sigue en activo en los Mossos d'Esquadra, lo que presupone un salario fijo, estimamos ponderado fijar la cuota en 60 euros día.

3. En cuanto a las costas, el condenado deberá satisfacer cuatro sextas partes de las causadas en la instancia, dado que la aplicación de la DT 4 de la LO 1/2015 no exime de la condena por este concepto.

FALLO

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

Absolvemos a Nemesio del delito de lesiones del artículo 148 CP en relación con las causadas a Rodrigo, y por aplicación de la Disposición Transitoria 4 de la LO 1/2015, confirmamos la indemnización fijada a su cargo en concepto de responsabilidad civil favor de aquel.

Absolvemos a Nemesio del delito del artículo 147.1 y 148 CP del que fue condenado en relación a las lesiones causadas a Rosendo, y en su lugar le condenamos como autor de un delito de lesiones del artículo 147.1 CP, concurriendo la agravante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de cinco meses de multa, a razón de una cuota diaria de 60 euros, y una responsabilidad subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas. Igualmente le condenamos al pago de cuatro sextas partes de las costas causadas en la instancia.

Se confirma en todo lo que no se oponga a lo ahora modificado, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 12 de mayo de 2020 (Sección 3ª PA 70/19).

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luard Ana María Ferrer García. Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.