



Roj: **STS 3986/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3986**

Id Cendoj: **28079120012023100697**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2023**

Nº de Recurso: **5816/2021**

Nº de Resolución: **714/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 714/2023

Fecha de sentencia: 28/09/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5816/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5816/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 714/2023

Excmos. Sres.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 28 de septiembre de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Damaso**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, de fecha 8 de julio de 2021, que le condenó por delito de homicidio por imprudencia profesional grave, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. Miguel Ángel Monero y bajo la dirección Letrada de D. Javier Selva Prieto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Martorell incoó Diligencias Previas con el nº 389/2014 contra Damaso, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, que con fecha 8 de julio de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO.- De la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, con observancia de los principios de publicidad, oralidad, contradicción, concentración e inmediación, en valoración ponderada, crítica y, en conciencia, de los medios probatorios practicados, resulta probado y así expresamente, se declara que:

I. El acusado Damaso, mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000, prestaba sus servicios como Agente de la Policía Local del Ayuntamiento de Sant Esteve Sesrovires, con número de identificación profesional NUM001, desde el día 18 de junio de 2007, en concreto en el grupo D, Escala Administración especial, con efectos desde el día 25 de junio de 2007, cesando en dichas funciones el 30 de septiembre de 2018.

II. Sobre las 04:30 horas del día 16 de junio de 2014, el acusado, quien se encontraba de servicio, en un vehículo policial logotipado, junto a su compañero, el agente de la Policía Local de Sant Esteve Sesrovires con TIP NUM002, recibió una llamada al teléfono de guardia en el que la vigilante de seguridad de una de las empresas ubicadas en el polígono industrial de la localidad, desde el interior de un lavabo, en el que se habría encerrado por temor, requería la presencia policial ante el posible acceso inconsentido a la empresa, por parte de dos individuos.

III. Una vez en el polígono, el acusado, junto a su compañero de patrulla, advirtieron la presencia del, posteriormente, identificado como Gustavo, caminando por la zona, inmediatamente próximo a la empresa Grupo Antolín, desde donde se habría efectuado la llamada telefónica, quien, tras omitir varios requerimientos policiales efectuados para que detuviera su marcha y se identificara, emprendió una huida a la carrera, siendo perseguido por el acusado que logró darle alcance, tras haber caído al suelo, aquel; tras lo cual, Gustavo comenzó un forcejeo con el acusado, mostrando una fuerte resistencia a su inmovilización, lanzando golpes y patadas que provocaron lesiones en ambos agentes, lo que provocó que el acusado, con esa única finalidad de retención, le inmovilizara por la zona del cuello, mientras su compañero de binomio intentaba su enmanillamiento por delante.

IV. Durante todo el proceso de reducción de Gustavo, el acusado, Damaso, con omisión y desprecio a las elementales técnicas en materia de reducción de personas, en intervenciones policiales técnicas, consustanciales a la profesión por él desempeñada y en las que había sido adiestrado y con la única intención de reducir o contener al Sr. Gustavo, que mostraba una resistencia activa, manipuló el cuello del mismo con las uñas o los dedos, al tiempo que colocaba su brazo o antebrazo alrededor del mismo, ejerciendo fuerte presión, durante un lapso temporal indeterminado, lo que provocó una insuficiencia respiratoria aguda y asfixia, secundaria a dicha compresión extrínseca, sin que las maniobras de reanimación que se desplegaron tanto por los Agentes Policiales, como por los Servicios Sanitarios que se desplazaron al lugar, tuvieran éxito, certificándose el fallecimiento a las 05:58 horas.

V. Gustavo, en el momento de su fallecimiento, presentaba las siguientes lesiones externas, a saber:

- Lesiones de tipo contuso simple, excoriativas localizadas a nivel facial (supraciliar, nasal y mucosa labial inferior), hombro derecho, ambos codos, zona radial de muñeca derecha y ambas rodillas.

- A nivel del cuello: varias lesiones equimóticas negruzcas discoides de 0,5x 0,5 cm, con varias erosiones de 0,5-1 cm asociadas en región posterolateral derecha, cerca de región media occipital. Dos erosiones de similares características en pabellón auricular derecho; dos líneas erosivas paralelas entre sí, de unos 10cm de longitud por 0,4 cm de ancho, en región latero-cervical derecha, a nivel supraclavicular; equimosis en región submandibular izquierda y por debajo de ésta, tres zonas tenues equimóticas redondeadas, laterocervicales izquierdas y dos líneas erosivas de 0,8 y 0,3 cm, en región clavicular izquierda.

- Lesiones de tipo contuso simple, erosivas, lineales, muy superficiales, y de longitud que oscilan entre 1,5 y 2 cm, distribuidas por ambas extremidades superiores, anteriores y posteriores; destacando dos lesiones



erosivas lineales, superficiales, una de 15 cm en cara posterior de antebrazo izquierdo, y otra de 22 cm de similar característica en hombro-escápula izquierda de disposición longitudinal.

- Zonas equimóticas y erosivas en región dorsal.
- Lesión contusa bilateral, figurada (forma una doble línea con separaciones tipo eslabón de una cadena) en región lateral externa de ambos codos, incompleta, dado que solo afecta a parte lateral externa.
- Zonas equimóticas en mano izquierda, en palma y dedos.
- Lesión contusa equimótica circular en ambas muñecas.
- Varias erosiones con despegamiento cutáneo (por maceración plantas de los pies) en ambos pies, en primer dedo pie derecho y 1º y 2º izquierdo.
- Examen ano rectal; zona de congestión, con pequeñas erosiones en mucosa anal, conteniendo una rama seca que protuye, y restos de hierbas que se extrae.

El examen interno del cuerpo de Gustavo reveló:

- Fractura del asta mayor derecha del hioides con infiltrado hemorrágico pericircundante.
- Fractura de asta superior izquierda cartílago tiroideos con infiltrado hemorrágico pericircundante.
- Infiltrados hemorrágicos del músculo esternocleidomastoideo en su inserción clavicular, de tipo bilateral.
- Congestión visceral generalizada, edema pulmonar y petequias subpleurales en ambos pulmones y a nivel epicárdico posterior cardiaco.
- Congestión y dilatación venosa de la zona recto-anal, con discretas zonas erosivas.

V. El fallecido, de 37 años de edad, se encontraba diagnosticado de trastorno de la afectividad bipolar, presentando un grado de discapacidad del 55%, sin necesidad de asistencia de terceras personas, ni problemas de movilidad o desplazamiento, sin patologías cardiacas asociadas y vivía de manera independiente, sin que quede acreditada una estrecha relación con su entorno familiar".

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

"Debemos CONDENAR y CONDENAMOS, al acusado, Damaso , ya circunstanciado, como autor, penalmente, responsable de un delito de homicidio por imprudencia profesional grave, precedentemente, definido, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad civil atenuante de dilaciones indebidas simple, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas procesales e inhabilitación especial para el desempeño de las funciones policiales como miembro del Cuerpo de Policía Local, durante un periodo de TRES AÑOS, con imposición de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular, sin declaración de Responsabilidad Civil a cargo de "Mapfre Seguros de Empresas" y el Ayuntamiento de Sant Esteve Sesrovires, a los cuales se absuelve de los pedimentos en su contra.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la misma cabrá interponer recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, conforme a lo dispuesto en el artículo 846, ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Con fecha 1 de septiembre de 2021 se dictó Auto de aclaración de la anterior sentencia, conteniendo el siguiente Fallo:

"LA SALA, por ante mí, la Secretaria, DIJO: Que debía rectificar y rectificaba la sentencia dictada por este Tribunal en fecha 8 de julio de 2021 por la que se condenaba a Damaso en el sentido de que cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma, en el término de cinco días, ante esta Sección y para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando en esta instancia.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, y personalmente al recurrente, a quien se hará saber que dicho Auto es firme y que contra él no cabe recurso ordinario alguno; únase certificación al Rollo de Sala".

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

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Damaso , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:



Primero.- Se interpone al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por indebida aplicación del art. 142. 1º y 3º del Código Penal.

Segundo.- Se interpone al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por indebida aplicación de los art. 123 y 124 del Código Penal.

Tercero.- Se interpone al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución. Presunción de inocencia.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión o desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 27 de septiembre de 2023, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por Damaso contra la Sentencia 507/2021, de 8 de julio, dictada por la Sec. 2ª de la AP de Barcelona.

SEGUNDO.- 1.- Se interpone al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por indebida aplicación del art. 142. 1 y 3 del Código Penal.

Se apunta por el recurrente que los hechos declarados probados de la Sentencia no consignan cuál habría sido el deber de cuidado profesional infringido por el recurrente y cómo tal infracción creó la situación de riesgo para la vida de Gustavo, bien jurídicamente protegido en el tipo penal aplicado.

Añade el recurrente que "Esta falta de definición, que concierne a los elementos típicos del delito de imprudencia grave profesional (deber o norma exacta infringido), en consonancia con el discurrir de los hechos que la Sentencia describe. Donde es de observar, una conducta de resistencia agresiva y pertinaz a la identificación y detención por parte del Sr. Gustavo. Avoca los hechos probados a un caso fortuito, o todo lo más, a una imprudencia de carácter menos grave. Ya que no se puede establecer, al no hacerlo la Sentencia recurrida, que Damaso omitiera un deber objetivo de cuidado en el ejercicio de su actuación, cuando en la misma empleó las técnicas que le fueron enseñadas en la Escuela de Policía".

Al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no 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. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Pues bien, son hechos probados de la sentencia los siguientes:

Sobre las 04:30 horas del día 16 de junio de 2014, el acusado, quien se encontraba de servicio en un vehículo policial logotipado, junto a su compañero, el agente de la Policía Local de Sant Esteve Sesrovires con TIP NUM002, recibió una llamada al teléfono de guardia en el que la vigilante de seguridad de una de las empresas ubicadas en el polígono industrial de la localidad, desde el interior de un lavabo, en el que se habría encerrado por temor, requería la presencia policial ante el posible acceso in consentido a la empresa, por parte de dos individuos.

Una vez en el polígono, el acusado, junto a su compañero de patrulla, advirtieron la presencia del posteriormente identificado como Gustavo, caminando por la zona, inmediatamente próximo a la empresa Grupo Antolín, desde donde se habría efectuado la llamada telefónica; quien, tras omitir varios requerimientos policiales efectuados para que detuviera su marcha y se identificara, emprendió una huida a la carrera, siendo perseguido por el acusado que logró darle alcance, tras haber caído al suelo, aquel; tras lo cual, Gustavo comenzó un forcejeo con el acusado, mostrando una fuerte resistencia a su inmovilización, lanzando golpes y patadas que provocaron lesiones en ambos agentes, lo que provocó que el acusado, con esa única finalidad de retención, le inmovilizara por la zona del cuello, mientras su compañero de binomio intentaba su enmanillamiento por delante;



IV. Durante todo el proceso de reducción de Gustavo , el acusado, Damaso , con omisión y desprecio a las elementales técnicas en materia de reducción de personas, en intervenciones policiales técnicas, consustanciales a la profesión por el desempeñada y en las que había sido adiestrado y con la única intención de reducir o contener al Sr. Gustavo , que mostraba una resistencia activa, manipuló el cuello del mismo con las uñas o los dedos, al tiempo que colocaba su brazo o antebrazo alrededor del mismo, ejerciendo fuerte presión, durante un lapso temporal indeterminado, lo que provocó una insuficiencia respiratoria aguda y asfixia, secundaria a dicha compresión extrínseca, sin que las maniobras de reanimación que se desplegaron tanto por los Agentes Policiales, como por los Servicios Sanitarios que se desplazaran al lugar, tuvieran éxito, certificándose el fallecimiento a las 05:58 horas.

V. Gustavo , en el momento de su fallecimiento, presentaba las siguientes lesiones externas, a saber:

Lesiones de tipo contuso simple, excoriativas localizadas a nivel facial (supraciliar, nasal y mucosa labial inferior), hombro derecho, ambos codos, zona radial de muñeca derecha y ambas rodillas.

A nivel del cuello: varias lesiones equimóticas negruzcas discoides de 0,5x 0,5 cm, con varias erosiones de 0,5-1 cm asociadas en región posterolateral derecha, cerca de región media occipital, Dos erosiones de similares características en pabellón auricular derecho; dos líneas erosivas paralelas entre sí, de unos 10cm de longitud por 0,4 cm de ancho, en región latero-cervical derecha, a nivel supraclavicular; equimosis en región submandibular izquierda y por debajo de ésta, tres zonas tenues equimóticas redondeadas, laterocervicales izquierdas y dos líneas erosivas de 0,8 y 0,3 cm, en región clavicular izquierda.

Lesiones de tipo contuso simple, erosivas, lineales, muy superficiales, y de longitud que oscilan entre 1,5 y 2 cm, distribuidas por ambas extremidades superiores, anteriores y posteriores; destacando dos lesiones erosivas lineales, superficiales, una de 15 cm en cara posterior de antebrazo izquierdo, y otra de 22 cm de similar característica en hombro-escápula izquierda de disposición longitudinal.

Zonas equimóticas y erosivas en región dorsal.

Lesión contusa bilateral, figurada (forma una doble línea con separaciones tipo eslabón de una cadena) en región lateral externa de ambos codos, incompleta, dado que solo afecta a parte lateral externa.

Zonas equimóticas en mano izquierda, en palma y dedos. Lesión contusa equimótica circular en ambas muñecas.

Fractura del asta mayor derecha del hioides con infiltrado hemorrágico pericircundante.

Fractura de asta superior izquierda cartílago tiroides con infiltrado hemorrágico pericircundante.

Infiltrados hemorrágicos del músculo esternocleidomastoideo en su inserción clavicular, de tipo bilateral.

Congestión. visceral generalizada, edema pulmonar y petequias subpleurales en ambos pulmones y a nivel epicárdico posterior cardíaco.

Congestión y dilatación venosa de la zona recto-anal, con discretas zonas erosivas.

Varias erosiones con despegamiento cutáneo (por maceración plantas de los pies) pies, en primer dedo pie derecho y 1 0 y 20 izquierdo.

Examen ano rectal; zona de congestión, con pequeñas erosiones en mu conteniendo una rama seca que protuye, y restos de hierbas que se extrae.

El examen interno del cuerpo de Gustavo reveló:

Fractura de asta superior izquierda cartílago tiroides con infiltrado hemorrágico pericircundante.

Infiltrados hemorrágicos del músculo esternocleidomastoideo en su inserción clavicular, de tipo bilateral.

Congestión. visceral generalizada, edema pulmonar y petequias subpleurales en ambos pulmones y a nivel epicárdico posterior cardíaco.

Congestión y dilatación venosa de la zona recto-anal, con discretas zonas erosivas.

El fallecido, de 37 años de edad, se encontraba diagnosticado de trastorno de la afectividad bipolar, presentando un grado de discapacidad del 55%, sin necesidad de asistencia de terceras personas, ni problemas de movilidad o desplazamiento, sin patologías cardíacas asociadas y vivía de manera independiente, sin que quede acreditada una estrecha relación con su entorno familiar.

Pues bien, la condena en este caso lo es por homicidio imprudente profesional del art. 142.1 y 3 CP cometido por imprudencia grave. Ello nos lleva al debate doctrinal y jurisprudencial acerca de la diferencia entre esta y



la menos grave y la concurrencia exigible de los deberes de cuidado y diligencia se exigen en cada caso, pero sobre todo descender a la casuística para atender a las particularidades del caso concreto, a fin de comprobar:

- A.- Cuáles fueron las exigencias de acción alternativo, u omisión
- b.- Qué se pueden reclamar a quien se acusa o condena por imprudencia grave
- c.-Cuál fue su acción concreta y
- d.- Qué podría esperarse de su conducta y lo que no debe esperarse
- e.- Así como la condición del autor en el sentido de que se eleva el nivel de exigencia atendida la condición profesional del autor al que se presume una adecuada formación profesional para poder estar en condiciones de responder ante el caso concreto del que se desprende en un caso una acusación o condena por imprudencia grave, como en este caso ocurrió.

Y ante ello, refiere la sentencia recurrida que: "El delito imprudente está configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitido, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.

A estos requisitos ha de sumar, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico)".

En cuanto a la gravedad de la imprudencia añade que "no hay módulos legales que sirvan para medir la intensidad de la imprudencia a los efectos de calificarla como grave o leve, hay que estar a las circunstancias del caso concreto, estableciendo como criterios a tener en cuenta la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, que es el criterio fundamental aunque también demasiado genérico, y la previsibilidad del resultado, elemento, por otra parte, inherente al mismo concepto de deber de cuidado, ya que solo lo que es resultado previsible puede servir para afirmar que alguien ha omitido el deber de cuidado."

Y se completa apuntando que:

"Existió una conducta voluntaria, por parte del Sr. Damaso , consistente en la manipulación del cuello del Sr. Gustavo e inmovilización del mismo con el antebrazo, conducta que ha quedado acreditado fue desplegada, en el marco de 'una actuación policial, inicialmente, legítima y justificada, que tenía como único propósito la detención de Gustavo

... La actuación realizada por el acusado resultaba peligrosa, no permitida y al margen de las técnicas de reducción de detenidos que pudieran contemplarse en los diferentes protocolos policiales, como conjunto de criterios, mecanismos, procedimientos, estrategias o buenas prácticas que se deben realizar en forma estandarizada por parte de los servidores públicos encargados de la función de policía preventiva o investigadora en el ejercicio de las atribuciones que legalmente les son conferidas, que en todo caso irían dirigidas a restringir la movilidad del retenido o detenido a través de las extremidades o zona del torso u hombros, pero ninguno de los cuales, por otro lado, recoge tal y como aseguró el acusado, Sr. Damaso , maniobras de control directo sobre el cuello, buscando la inconsciencia, pese a lo cual existió presión intensa sobre dicha zona del cuerpo, desconociendo el acusado el peligro que se había creado con dicha acción y sin prever el resultado lesivo, e este caso concreto, el fallecimiento del Sr. Gustavo que, en ningún caso se representó.

Dicho resultado, por otro lado, pudo evitarse de haber actuado el acusado con la diligencia exigible a un Agente de la Policía Local que, atendiendo a su cualificación profesional como integrante de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, debía ser, plenamente, conocedor de dichas técnicas ante situaciones a las que, como la del caso de autos, deben enfrentarse las Autoridades Policiales con mayor frecuencia de la deseada y debió valorarse la importancia del bien jurídico que se podría ver afectado que, en el caso de autos, tratándose de la integridad física y en todo caso, la vida va a resultar innegable."

Con ello, a la vista de los hechos probados, la condena por homicidio imprudente grave del art. 142.1 CP y la argumentación jurídica del tribunal llevan a establecer los siguientes elementos básicos de la condena.



1.- El recurrente es agente de la policía local. Profesional cualificado con exigencia de conocimiento de las técnicas de detención o reducción de personas que puedan ejercer una resistencia a una detención y con una preparación exigible acerca de cómo deben actuar y cómo "no deben actuar".

2.- El recurrente no era un particular que actuara con desconocimiento de técnicas de detención. Sabía hasta dónde podría llegar y del riesgo de coger a una persona fuertemente presionada por el cuello durante un tiempo y el riesgo que de ello se deriva de poder causarle la muerte.

3.- Consta en los hechos probados que el recurrente actúa *"con omisión y desprecio a las elementales técnicas en materia de reducción de personas, en intervenciones policiales técnicas, consustanciales a la profesión por el desempeñada y en las que había sido adiestrado y con la única intención de reducir o contener al Sr. Gustavo, que mostraba una resistencia activa, manipuló el cuello del mismo con las uñas o los dedos, al tiempo que colocaba su brazo o antebrazo alrededor del mismo, ejerciendo fuerte presión, durante un lapso temporal indeterminado, lo que provocó una insuficiencia respiratoria aguda y asfixia, secundaria a dicha compresión extrínseca, sin que las maniobras de reanimación que se desplegaron tanto por los Agentes Policiales, como por los Servicios Sanitarios que se desplazaran al lugar, tuvieran éxito, certificándose el fallecimiento a las 05:58 horas."*

4.- Existió la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad.

5.- Consta probado que el recurrente *colocaba su brazo o antebrazo alrededor del mismo, ejerciendo fuerte presión, durante un lapso temporal indeterminado, lo que provocó una insuficiencia respiratoria aguda y asfixia, secundaria a dicha compresión extrínseca.*

Esta técnica fue descuidada y fuera de lugar con alta previsibilidad de causar la muerte como así ocurrió.

6.- El fallecido no tenía patologías previas que hubieran podido agravar lo ocurrido. La actuación del recurrente fue un exceso en una detención en el que al presionar fuertemente y durante un tiempo suficiente prolongado desencadena la muerte por *insuficiencia respiratoria aguda y asfixia, secundaria a dicha compresión extrínseca.*

Pues bien, interesa en primer lugar matizar la diferencia existente entre la imprudencia grave y la menos grave para ubicar lo actuado en la primera, ya que es condenado por la vía del art. 142.1 CP por imprudencia grave.

A estos efectos interesa destacar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 614/2022 de 22 Jun. 2022, Rec. 3228/2020 donde se trató de un caso de un agente de policía instructor que al realizar pruebas de manejo de armas, incluyó balas reales y efectuó un disparo a una alumna causándole graves lesiones, que le causaron inutilidad. El condenado en este caso incumplió su obligación de percatarse que el cargador estaba puesto y el arma quedó preparada para disparar, y fue cuando apuntó hacia delante donde estaba la alumna dentro de su trayectoria.

Se llevó a cabo la calificación de la imprudencia como grave, atendiendo al carácter profesional de quien estaba realizando la enseñanza que, en lugar de utilizar un arma simulada, o sin cargador, se equivoca de forma grave y utiliza un arma cargada y con balas para hacer actos con posibilidad de ser disparado el arma y alcanzar a alguno de los asistentes.

La actuación del recurrente le obligaba a utilizar una mayor diligencia y cuidado ante la previsibilidad de un acontecimiento desgraciado; además, genera un riesgo evidente y muy grave que dio como consecuencia un resultado grave lesivo para la víctima. Y, por último, existía un elevado deber subjetivo y objetivo de cuidado

Diferencia entre la imprudencia grave y menos grave

En esta sentencia se lleva a cabo un análisis de la diferencia entre ambos tipos de imprudencia para validar, en su caso, cuando se considera grave, y atendiendo a la condición profesional de quien actuó de forma imprudente al exigirse un mayor grado de cuidado y atención.

Se desgrana, así, en la citada sentencia que:

"Pues bien, sobre la diferencia entre la imprudencia grave y menos grave, que es el objeto del motivo hemos señalado de forma reiterada los siguientes pronunciamientos que debemos sistematizar para clarificar la respuesta al ámbito diferencial existente entre ambos tipos de imprudencia.

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 805/2017 de 11 Dic. 2017, Rec. 2019/2016

a.- Evolución histórica de la imprudencia.

Desde el Código Penal de 1848, la imprudencia se venía graduando en tres categorías: imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos y simple o mera imprudencia.



Con la reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, se consideró que la llamada infracción de reglamentos, por concurrir prácticamente en todo hecho culposo, no podía ser utilizada como criterio diferenciador entre delito y falta, antes al contrario, incluso para la falta debía requerirse tal infracción reglamentaria, aun admitiendo la posibilidad de un tipo mínimo de falta en que no concurriera ese elemento; razonamiento que ha de estimarse correcto pues la esencia del injusto imprudente no está fundado sólo en las infracciones de la legislación extrapenal.

La imprudencia temeraria venía definida jurisprudencialmente como la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte indispensable en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno (STS de 15 de octubre de 1991).

En la imprudencia simple se incluía dogmáticamente la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y conforman el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose a la cota exigida habitualmente en la vida social (ver STS de 17 de noviembre de 1992).

El Código Penal de 1995 estableció un nuevo régimen de crimina culposa, utilizando las categorías de imprudencia grave y leve.

La doctrina de esta Sala entendió que imprudencia grave era equivalente a la imprudencia temeraria anterior, mientras que la leve se nutría conceptualmente de la imprudencia simple (STS 1823/2002, de 7 de noviembre), persistiendo la culpa levísima como ilícito civil.

b.- La clave diferencial en el quebrantamiento del deber objetivo de cuidado.

La diferencia radicaba en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, seguía siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia.

Como hemos dicho, la LO 1/2015, contempla la imprudencia grave y menos grave, quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual.

c.- La nueva categoría de la imprudencia menos grave entre la grave y la leve.

La cuestión es pues si los conceptos imprudencia grave y menos grave son o no equivalentes a los anteriores de imprudencia grave y leve y si, por tanto, ha habido una reducción de la intervención penal.

En la doctrina científica, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, se pueden distinguir, fundamentalmente, dos posturas en torno a la elaboración conceptual de la nueva categoría de imprudencia menos grave -y su relación con la grave-.

En primer lugar, la que tiende a identificar la imprudencia menos grave con la antigua leve, y junto a ella la de quienes la construyen como una tipología de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se separaría de esta última, nutriéndose de supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave.

En segundo lugar, la que elabora la nueva imprudencia menos grave como desgajada o separada de la grave, al alimentarse de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa.

d.- La imprudencia menos grave no es la leve anterior.

La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve.

e.- La imprudencia menos grave no se integra en la grave. Es nueva categoría conceptual. La diferencia radica en la intensidad del deber de cuidado.

Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual.

La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad; la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia -la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave-.

La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora.



f.- La imprudencia menos grave está en el límite superior de la leve.

En suma, en una aproximación hermenéutica al concepto de imprudencia menos grave, es precisa una vulneración de cierta significación o entidad de los deberes normativos de cuidado, en particular de los plasmados en los preceptos legales de singular relevancia, sin exclusión de los sociológicos.

Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquellas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos graves.

g.- La imprudencia menos grave participa de un rango inferior en la exigencia del deber de cuidado que la grave.

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso.

h.- La imprudencia grave es la más intolerable infracción del deber de cuidado con la menos grave en un nivel de exigencia inferior.

Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia, pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).

La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad."

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 421/2020 de 22 Jul. 2020, Rec. 1086/2018

a.- No hay una imprudencia en delitos ajenos al tráfico y otra en la circulación.

"No es asumible que a través de la reforma en 2015 de los delitos culposos de homicidio y lesiones (y pensando principalmente en la circulación viaria) se haya llegado oblicuamente a despenalizar un grupo de supuestos de los demás tipos que manejan ese concepto imprudencia grave. Se hace difícil sostener que la locución "imprudencia grave" puede significar una cosa en los arts. 142 y 152 y otra diferente, menos exigente, en los demás tipos penales que manejan ese concepto para discriminar entre lo punible y lo no punible.

Otra cosa es que probablemente el intérprete o aplicador del derecho, de forma inconsciente -o consciente-, al barajar un escalón intermedio también punible -imprudencia menos grave- en el marco de los arts. 142 y 152 pueda llegar de facto a rebajar el estándar de la imprudencia grave, traspasando los casos menos graves de entre los graves, a la negligencia menos grave (en posicionamiento al que también parecería invitar la terminología: aunque debe precisarse que se habla de imprudencia menos grave; no de imprudencia grave, pero menos -permitásenos la expresión-, lo que sugiere una imprudencia inferior a la grave).

Eso obliga en abstracto -aunque la discusión en esos términos puramente lingüísticos arroja pocos frutos- a rellenar la categoría intermedia nutriéndola con los supuestos más graves de lo que antes de 2015 se calificaba como leve.

b.- La imprudencia menos grave es un híbrido entre la grave y la leve.

No es esta opinión unánime entre los comentaristas de la reforma de 2015. Algunos entienden que esa nueva categoría constituye un híbrido que se nutre tanto de los escalones más bajos de la antigua imprudencia grave como de los más altos de la anterior leve.

En cualquier caso, ese debate en términos de categorías tiene algo de bizantino: nos hemos de mover con un mínimo marco conceptual -hay tres grados de imprudencia y el más leve es típico-, pero sobre todo a base de casuística.



...Escurrizado resulta el concepto de imprudencia menos grave: hay que construirlo, según acabamos de sugerir, aunque la cuestión no es pacífica en la doctrina, a base de dividir la antigua categoría de imprudencia leve en dos grupos: las imprudencias más graves de las antiguas leves y las restantes.

El grupo de las imprudencias menos graves es una categoría de fronteras difusas tanto por arriba como por abajo.

Debe abrirse paso como en cuña entre esas dos formas (grave y leve, que se corresponden con las tradicionales temeraria y simple) que gozaban de arraigo y contaban con ciertos criterios unificadores.

c.- La esencia de la imprudencia.

La STS 54/2015, de 11 de febrero Lo que constituye la esencia del delito de imprudencia es "la infracción del deber de cuidado que hace reprochable su comportamiento porque ese cuidado le era exigible. En estos delitos culposos es la falta de atención la que determina ese error de cálculo que ocasionó no tomarse en serio la producción del resultado o la mencionada esperanza equivocada, lo que traslada el título de imputación al ámbito de la imprudencia.

A este respecto la jurisprudencia viene señalando que la imprudencia se configura por la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) una acción u omisión voluntaria no intencional o maliciosa, con ausencia de cualquier dolo directo o eventual;
- b) el factor psicológico o subjetivo consistente en la negligente actuación por falta de previsión del riesgo, elemento no homogeneizable y por tanto susceptible de apreciarse en gradación diferenciadora;
- c) el factor normativo u objetivo representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, concretado en normas reglamentarias o impuesto por las normas socio culturales exigibles al ciudadano medio, según común experiencia;
- d) producción del resultado nocivo; y
- e) adecuada relación causal entre el proceder descuidado desatador del riesgo y el daño o mal sobrevenido, dentro del ámbito de la imputación objetiva (SSTS. 1382/2000 de 24.10, 1841/2000 de 1.12).

d.- La teoría de la imputación objetiva. El resultado lesivo y el comportamiento descuidado.

En efecto esta teoría de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el ámbito de la imprudencia donde es precisamente el resultado lesivo lo que condiciona la relevancia penal de un comportamiento descuidado, que por muy grave que sea, sin la concreción de aquél, queda sustraída del marco de lo punible.

Efectivamente la tradicional estructura del delito imprudente se basa en dos elementos fundamentales:

- 1.- El psicológico o previsibilidad del resultado y
- 2.- El normativo o reprochabilidad, referido al deber de evitar el concreto daño causado.

Sobre esta estructura se requiere: una acción u omisión voluntaria, pero no maliciosa, referida a la acción inicial, puesto que el resultado no ha sido querido ni aceptado; que dicha acción u omisión será racionalmente peligrosa, no permitida, al omitirse el deber de cuidado normalmente exigido por el ordenamiento jurídico, por las costumbres o por las reglas de la convivencia social; finalmente, esta conducta con conocimiento del peligro o sin él, ha de ser causa eficiente del resultado lesivo o dañoso no perseguido, que constituye la parte objetiva del tipo.

Así las cosas, la operación de conexión jurídica entre la conducta imprudente y el resultado no puede realizarse desde una perspectiva exclusivamente naturalística, sino que el resultado será objetivamente imputable a una conducta infractora de la norma de cuidado siempre que, constatada entre ambos la relación de causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, pueda afirmarse que dicho comportamiento descuidado ha producido una situación de riesgo para el bien jurídico protegido suficientemente importante y grave para que se haya materializado en un determinado resultado lesivo.

e.- El riesgo permitido y su alcance en la conducta imprudente.

En STS. 1050/2004 de 27.9, hemos precisado que la esencia de la acción imprudente se encuentra en la infracción del deber de cuidado y el tipo objetivo se configura con la realización de una acción que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado.



En el delito imprudente, por consiguiente, se produce un resultado socialmente dañoso mediante una acción evitable y que supera el riesgo permitido. La tipicidad se determinará mediante la comparación entre la acción realizada y la que era exigida por el deber de cuidado en la situación concreta.

f.- Momento para posicionarnos a la hora de apreciar el grado de imprudencia y el deber de cuidado.

Respecto al momento y fuentes del deber de cuidado, la situación debe ser objeto de un análisis "ex ante" y teniendo en cuenta la situación concreta en la que se desarrolló la acción. La norma de cuidado, al igual que el riesgo permitido, puede estar establecida en la ley, en un reglamento, en disposiciones particulares y, desde luego, basada en la experiencia.

La acción peligrosa tiene que producir un resultado que pueda ser imputado objetivamente a la misma. Así pues, el resultado debe ser evitable conforme a un análisis "ex ante".

Varios son los criterios de imputación del resultado, y como más destacados señalaremos la teoría del incremento del riesgo; conforme a la misma es preciso que el resultado constituya la realización del riesgo generado por la acción y que la conducta del sujeto haya incrementado la probabilidad de producción del resultado comparándola con el peligro que es aceptable dentro del riesgo permitido.

Para la teoría del ámbito de protección de la norma, no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretenden impedir con la indicada norma. En otras palabras, la norma que impone los deberes pretende evitar ciertos resultados, cuando el resultado no es uno de ellos, significa que se encuentra fuera de su ámbito de protección y, consecuentemente, debe negarse la imputación de dicho resultado. Por último la teoría de la evitabilidad, conforme a la cual habrá que preguntarse que hubiera sucedido si el sujeto hubiera actuado conforme a la norma. Si a pesar de ello, es decir, si aunque el sujeto hubiera cumplido con la norma el resultado se hubiera producido igualmente, habrá que negar la imputación objetiva del resultado.

g.- El grado de evitabilidad del peligro en la imprudencia.

En el delito imprudente, el tipo subjetivo lo constituye el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto. Desconocimiento que le es imputable ya que pudo haber previsto el resultado si su comportamiento hubiera sido adecuado al deber de cuidado.

En el caso presente la determinación de la relación de causalidad no ofrece duda alguna al ser evidente el nexo causal entre la acción del acusado y el resultado lesivo producido y en cuanto a la calificación de la culpa, habrá de partirse de que en las infracciones culposas es la intensidad y relevancia de la previsión y diligencias dejadas de observar la que va a determinar la incardinación en una u otra modalidad, y de ahí que en los casos de lesiones imprudentes del artículo 152, la gravedad en la culpa es exigencia del tipo delictivo, convirtiéndose en falta en los casos de levedad en la imprudencia aunque el resultado lesivo fuese de los previstos como delito (art. 621).

h.- La culpa con previsión y el dolo eventual.

Pues bien, la jurisprudencia de esta Sala SSTS. 171/2010 de 10.3, 282/2005 de 25.2, 665/2004 de 30.6 y 966/2003 de 4.7, señala que "el nivel más alto de la imprudencia está en la llamada "culpa con previsión", cuando el sujeto ha previsto el resultado delictivo y pese a ello ha actuado en la confianza de que no habrá de producirse y rechazándolo para el supuesto de que pudiera presentarse.

Aquí está la frontera con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos. En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito".

i.- La exigencia de la diligencia mínima exigible y la imprudencia grave.

Desde otra perspectiva, generalmente se ha entendido que la omisión de la mera diligencia exigible dará lugar a la imprudencia leve, mientras que se calificará como temeraria, o actualmente como grave, cuando la diligencia omitida sea la mínima exigible, la indispensable o elemental, todo ello en función de las circunstancias del caso.

j.- Diferencia entre la imprudencia en atención a los bienes jurídicos en juego y posibilidad de que se produzca el resultado.

De esta forma, la diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado, y por



otro, la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo.

La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en ocasiones en este sentido, afirmando que la gravedad de la imprudencia se determinará en atención, de un lado, a la importancia de los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la conducta del autor y, de otro, a la posibilidad concreta de que se produzca el resultado, (STS nº 2235/2001, de 30 de noviembre).

k.- La imprudencia menos grave como el riesgo inferior a la grave y en el nivel medio de previsión en el resultado lesivo.

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso.

l.- La imprudencia grave y menos grave en las exigencias al riesgo del resultado.

Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia, pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir)."

3.- Tribunal Supremo en la Sentencia 291/2001 de 27 febrero.

"La gravedad de una imprudencia depende, ante todo, de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado que ha dado lugar a la producción de un resultado objetivamente ilícito y establece como criterios a tener en cuenta para determinar la gravedad de la imprudencia los siguientes:

- a) la mayor o menor falta de diligencia mostrada por el agente en la acción u omisión desencadenante del riesgo, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso;
- b) la mayor o menor previsibilidad del evento que constituye el resultado;
- c) el mayor o menor grado de infracción por el agente del deber de cuidado según las normas socio culturales vigentes; calificando ese deber de cuidado como el elemento esencial de la imprudencia que debe ser examinado en cada caso."

A continuación, la sentencia elabora un análisis que afecta al objeto de este recurso por cuanto se fijan criterios para diferenciar uno y otro tipo de imprudencia y ubicar las bases para la apreciación.

Parámetros a tener en cuenta para diferenciar la imprudencia grave y menos grave.

"Así, la diferencia entre la imprudencia grave y menos grave está en la intensidad o relevancia en la infracción de dicho deber de cuidado de manera que la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso.

Mientras tanto, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia, pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir), pero en menor medida de exigencia que en la grave en el nivel de previsibilidad y exigencia de ese deber de cuidado, debiendo acudir a la casuística para contemplar según destaca la Jurisprudencia de esta Sala y la doctrina más cualificada:

- a.- El nivel de exigencia de observancia del deber de cuidado que se exigía a la persona.
- b.- El alcance de la infracción de ese deber de cuidado.
- c.- La intensidad o relevancia de esa infracción.
- d.- El riesgo físico que se derivaba de esa omisión del deber de cuidado.
- e.- El nivel de previsibilidad exigible.
- f.- La condición profesional del responsable.
- g.- La relación de causalidad entre la conducta u omisión desplegada y el resultado lesivo producido.
- h.- El valor del bien jurídico en juego o la entidad del daño que amenaza, el grado de la previsibilidad (objetiva) y también de la previsión (subjetiva) del peligro, o la probabilidad de que el daño se produzca, las medidas



adoptadas para proteger el bien jurídico o el grado de la tolerancia social a la exposición al peligro del bien jurídico protegido.

i.- Desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales.

j.- Desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto.

k.- Cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración.

l.- La peligrosidad de la conducta, que depende, a su vez, de la probabilidad de lesión del bien y la importancia de éste, y la aceptación social del riesgo.

ll.- El grado de peligro en relación con la entidad de los bienes jurídicos y el grado de control o descontrol del peligro.

Con ello, en este caso, tras lo expuesto resulta evidente que la conducta lo fue por imprudencia grave, ya que al recurrente se le exigía un deber de diligencia y previsibilidad extremo ante el riesgo evidente de que el resultado lesivo ocurriera al utilizarse un arma cargada con balas en unas prácticas con alta previsibilidad de que el arma fuera disparada, como así ocurrió.

El riesgo del resultado era máximo al estar el arma cargada y el nivel de previsión en la actividad que desplegó el recurrente era también el máximo que puede existir en una conducta en la que está empleando un arma de fuego cargada cuando debió utilizar un arma simulada, por el elevado riesgo del resultado lesivo que finalmente se produjo.

La imprudencia en este caso tiene que ser calificada como grave y no como menos grave, como propone en este caso el recurrente, por el alto nivel de riesgo y la correspondiente alta exigencia de previsibilidad en el recurrente en el uso y manejo de un arma que no debió ser de fuego, sino simulada en el desarrollo de la actividad que estaban desplegando."

Pues bien, ante el recurso del recurrente hay que señalar que la omisión del deber de cuidado y exceso en la actuación fue evidente. Tanto que acabó con la vida de una persona a consecuencia de ese exceso. Así:

1.- Al recurrente se le exigía un deber de diligencia y previsibilidad extremo ante el riesgo evidente de que el resultado lesivo ocurriera al utilizarse.

2.- Se trataba de un agente de policía al que se exigía mayor prudencia en su actuación y no presionar en una zona del cuerpo donde el exceso y el tiempo, intensidad y temporalidad le podría resultar claro que acabaría con la vida de la persona. Las posibilidades eran elevadas de actuar como actuó y de seguir haciéndolo como lo hizo, y, sin embargo, persistió en su conducta.

3.- Existió una elevada infracción por el agente del deber de cuidado según las normas socio culturales vigentes; calificando ese deber de cuidado como el elemento esencial de la imprudencia que debe ser examinado en cada caso. Y en este caso el hecho probado describir esa infracción del deber de cuidado y actuación con exceso en intensidad y tiempo que determinó, y fue el causante de la muerte.

4.- Existió el nexa causal entre la acción imprudente y el resultado. La relación de causalidad entre la conducta del recurrente y el resultado de muerte se le imputa a este como hecho propio. Su actuar fue por exceso, aunque sin dolo de matar, de ahí que sea imprudente, pero debió adoptar otra conducta distinta en la detención, porque el modus operandi fue imprudente al no adoptar el cuidado de evitar esa forma y fórmula de detención, la intensidad de la misma y la duración, que es lo que desencadena la muerte.

5.- Los hechos probados refieren las maniobras compresivas del cuello para la inmovilización y detención de Gustavo declarando que las mismas provocaron una insuficiencia respiratoria aguda y asfixia secundaria a dicha compresión extrínseca, sin que las maniobras de reanimación que se desplegaron tanto por los Agentes Policiales como por los Servicios sanitarios...tuvieran éxito certificándose el fallecimiento

6.- Fueron las maniobras del recurrente las que determinaron la producción del resultado de muerte, respecto del que resulta imposible negar la causalidad natural.



7.- Se aplica la tesis de la imputación objetiva del resultado de muerte a la conducta del acusado-recurrente, porque las maniobras de reducción física y la presión ejercida y mantenida al colocarse sobre una persona que hace ímprobos esfuerzos para zafarse resistiendo la detención, crearon un riesgo en el ámbito o fin de protección de la norma penal que garantiza la vida humana, siendo la muerte la concreción de tal riesgo.

8.- La acción de reducción "descuidada" del recurrente constituía un peligro jurídicamente desaprobado para la vida de la víctima y su muerte, y constituye la concreción de dicho peligro activado por la conducta lesiva.

9.- Concorre una omisión de la diligencia debida o infracción del deber de cuidado, ya que es patente la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada conforme a dicho deber, que es, en realidad, el requerido en la vida social para la realización de conductas de mayor o menor riesgo.

10.- El marco de la conducta "que debía haber sido realizada" se nos presenta como el "marco comparativo" que escenifica el nivel de exigencia objetivable que, en virtud de la formación que reciben los agentes policiales, les lleva a conocer el alcance de su conducta y los límites de su función a la hora de llevar a cabo una detención. Sobre todo, ese nivel de infracción del deber de cuidado se eleva en tanto en cuanto la condición del autor es la de un profesional. Y en este caso de un agente policial que debe estar instruido acerca de cómo practicar una detención sin riesgo de causar la muerte, deber que se infringe en este caso, ya que los hechos probados describen una actuación tendente a reducirle cogiéndole durante cierto tiempo de una zona en donde si se presiona con fuerza y durante cierto tiempo no es preciso ser agente policial para saber que se le puede causar la muerte a una persona, como así finalmente ocurrió.

11.- Concurren los dos factores de la infracción del deber de cuidado:

a.- Índole intelectual: Atiende a si la acción conforme a un juicio objetivo era de previsible producción. Y la conducta del agente era evidente y notorio en la apreciación intelectual del agente que podría causar la muerte. Como de hecho la causó.

b.- Índole valorativa: Según la cual, sólo es contrario al cuidado aquella acción que no cumple los baremos medios socialmente aceptados. Y resulta evidente que hasta sin ser agente es notoriamente apreciable el alto riesgo de causar la muerte a una persona.

12.- El deber objetivo de cuidado es interno y externo, en cuanto al aspecto intelectual que debe conocer el sujeto el aspecto externo en cuanto a la puesta en práctica del conocimiento adaptado al caso concreto.

13.- No por el hecho de tratarse de una detención está legitimado el exceso en la conducta del agente y la preterición de las más elementales normas de prudencia en el ejercicio de la función policial. Y no se trata de que por existir situaciones extremas se deban olvidar las normas de cuidado en la práctica de una detención y dejar al margen la formación que ha recibido el agente tanto de lo que debe hacer ante una detención, y lo que no.

14.- Es cierto y verdad que la práctica de una detención es una circunstancia complicada y que hasta puede resultar estresante con el riesgo añadido para la vida del agente que le puede llevar a reaccionar de una manera para salvar también su vida cuando el agente detecta el riesgo del ataque de una persona. Pero en este caso concreto el agente pudo y debió detenerse en la prolongación de las maniobras sobre la zona del cuello a sabiendas de que ello podía acabar con la vida del fallecido, como así ocurrió.

15.- Existen dos deberes de cuidado cuya infracción determina la conducta imprudente: el objetivo y el subjetivo.

a.- En su deber objetivo de cuidado al recurrente se le exigía la adopción de las medidas necesarias para no crear un peligro de muerte para el sujeto pasivo de su acción. Pero no las llevó a cabo, sino que fueron las empleadas las causantes, por exceso, de la muerte. Se exigía un ejercicio cuidadoso de la fuerza física, imprescindible para el cumplimiento de sus funciones profesionales.

b.- En la infracción del deber subjetivo de cuidado, la previsibilidad ha de referirse a la capacidad de prever los resultados en concreto, sobre el nivel de cuidado exigible a la persona concreta para imponer el reproche de culpabilidad; en esta referencia, no cabe la comparación con la exigibilidad media, sino ha de hacerse directamente a la persona del sujeto activo con su concreta instrucción, profesión, nivel cultural y a las circunstancias en que se produjeron los hechos e índole de la actividad de riesgo realizada. En este caso, el recurrente es agente policial y los hechos se refieren a una detención en la que interviene con un modus operandi desproporcionado causante de la muerte.

Con ello, infringe objetivamente el deber de cuidado y, también, subjetivamente, porque su culpabilidad era evidente, y además, su condición policial le obligaba a potenciar ambos deberes de cuidado. Y, sin embargo, no lo hizo haciendo palpable su conducta imprudente grave.



16.- La imprudencia fue grave. Concurren los parámetros antes expuestos para su determinación en cuanto a:

- a.- El nivel de exigencia de observancia del deber de cuidado que se exigía a la persona.
- b.- El alcance de la infracción de ese deber de cuidado.
- c.- La intensidad o relevancia de esa infracción.
- d.- El riesgo físico que se derivaba de esa omisión del deber de cuidado.
- e.- El nivel de previsibilidad exigible.
- f.- La condición profesional del responsable.
- g.- La relación de causalidad entre la conducta u omisión desplegada y el resultado lesivo producido.
- h.- El valor del bien jurídico en juego o la entidad del daño que amenaza, el grado de la previsibilidad (objetiva) y también de la previsión (subjetiva) del peligro, o la probabilidad de que el daño se produzca, las medidas adoptadas para proteger el bien jurídico o el grado de la tolerancia social a la exposición al peligro del bien jurídico protegido.
- i.- Desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales.
- j.- Desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto.
- k.- Cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración.
- l.- La peligrosidad de la conducta, que depende, a su vez, de la probabilidad de lesión del bien y la importancia de éste, y la aceptación social del riesgo.
- ll.- El grado de peligro en relación con la entidad de los bienes jurídicos y el grado de control o descontrol del peligro.

Estas circunstancias evidencian que la condición profesional del agente, su forma de actuar en el caso concreto, la alta previsibilidad de causar la muerte por la zona que se oprimía, la consciencia de que la prolongación en el tiempo podría causar la muerte por asfixia como así ocurrió.

17.- Los hechos no describen un caso fortuito como postula el recurrente.

Como apunta la mejor doctrina se pueden considerar como requisitos del caso fortuito:

- 1º. La inevitabilidad e imprevisibilidad del acontecimiento, que deberá dar lugar a una imposibilidad del cumplimiento de la obligación.
- 2º. La existencia de una relación causal entre el suceso o acontecimiento y el incumplimiento o daño producido.
- 3.º La ajenidad del suceso al control del deudor.

En ningún caso puede admitirse que ello se desprende en este caso en la conducta del autor ya que los hechos probados describen una conducta "evitable", donde, sin embargo, el autor continuó con su *modus operandi*, pudiendo haber evitado el desenlace final.

La inevitabilidad en que se basa el caso fortuito es relativa al grado de diligencia que se debe prestar y por ello no cabe hablar de caso fortuito cuando la consecuencia dañosa proviene de la falta de diligencia que es lo que en este caso ha ocurrido.

En cuanto al nexo causal por caso fortuito el caso fortuito requiere que el vínculo de causalidad se produzca entre el acontecimiento y el daño o incumplimiento. En esta relación causal no podrá intervenir directa o indirectamente culpa o dolo por parte del deudor, pues en tal caso el acontecimiento sería evitable. Y el caso fortuito lo es ante un suceso que no pudo preverse o evitarse, lo que no concurre en este caso porque era previsible el resultado con su imprudente proceder.

Con ello, es acertada la conclusividad del tribunal en torno a la concurrencia de la imprudencia grave y la infracción grave del deber objetivo y subjetivo de cuidado del recurrente en una acción de la que se podría



claramente prever el desenlace que se dio por una conducta en exceso de quien tiene formación para actuar de forma distinta y las consecuencias de una actuación del alcance como el que consta en los hechos probados.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por indebida aplicación de los art. 123 y 124 del Código Penal.

Se cuestiona en este motivo la inclusión de las costas devengadas por la Acusación Particular cuya intervención procesal considera superflua e inútil.

En los antecedentes de hecho de la sentencia consta que aunque de modo principal interesó la condena por homicidio doloso, subsidiariamente planteó *"la calificación de profesional grave, previsto en el artículo 142.1 y párrafo 3 del Código Penal, interesando una pena de 4 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 6 años de inhabilitación especial para el ejercicio funcional en relación con las fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Estatales, Autonómicas o de la Administración Local; renunciando a la indemnización que pudiera corresponder a Benedicto e interesando un suma de 120.000 euros a favor de Gustavo; declarando la responsabilidad civil directa y subsidiaria de la entidad Mapfre y el Ayuntamiento de Sant Esteve de Sesrovires; con imposición de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular.*

Es decir, subsidiariamente planteó la condena que, finalmente, es la impuesta ex art. 142.1 CP, pero la circunstancia de que renuncia a la indemnización que le corresponda no exime de la condena en costas de la acusación particular.

Señala la sentencia recurrida en el FD nº 6 que:

"La Acusación Particular ejercida por Benedicto (progenitor paterno), a través de su defensa letrada renunció a la indemnización que le hubiere podido corresponder a consecuencia del fallecimiento de su hijo, Cornelio, por lo que la legitimación para efectuar reclamación indemnizatoria en favor de terceros, que pudieran considerarse víctimas o perjudicados, descansa, exclusivamente, en el Ministerio Fiscal, pese a lo cual, sorprendentemente, interesa el letrado de la Acusación Particular indemnización a favor del testigo Gustavo (tío del fallecido), sin ostentar ni defensa, ni representación del mismo".

Pero que haya renunciado a su propia indemnización y postulado otra para un tío que es denegada por el tribunal no le impide postular y que le sean impuestas las costas de la acusación particular al condenado, ya que no puede entenderse por esta razón indemnizatoria una exclusión del derecho a las costas y su imposición al condenado.

Hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 476/2022 de 18 May. 2022, Rec. 2438/2020 que:

"La doctrina jurisprudencial existente en relación al pago de las costas de la Acusación Particular, es que la regla general es la de imponer su pago al condenado, de acuerdo con el general principio recogido en el artículo citado en el motivo, 123 del Código Penal, y que sólo de forma excepcional, y por tanto motivada, podrá excluirse del pago de las costas de la Acusación Particular al condenado cuando la actuación de éste haya sido manifiestamente superflua o haya formulado peticiones claramente heterogéneas --entre otras STS 1429/2000 de 22 de Septiembre, y las en ella citadas--."

Con ello, no concurre la excepcionalidad para su no imposición en este caso, dada la legitimación obvia de su presencia en el proceso, no siendo excluyente de las costas que postule una indemnización a terceros que es rechazada, ya que ello no es factor relevante para que las costas no se impongan al condenado, incluidas las de la acusación particular, que son las devengadas.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 53/2002 de 21 Ene. 2002, Rec. 2934/2000 señalamos que:

"Pues si las sentencias de esta Sala de 13 Feb. 1996, 13 Feb., 9 Jul. y 26 Nov. 1997, entre otras, establecen que las costas del acusador particular han de incluirse entre las impuestas al condenado, salvo que las pretensiones del mismo sean manifiestamente desproporcionadas, erróneas y heterogéneas en relación con las deducidas por el Ministerio Fiscal, habiéndose abandonado el antiguo criterio de la relevancia, siendo ello así, resulta evidente que en el caso presente no aparecen ninguna de las causas mencionadas para la exclusión de las costas de la acusación particular, pues, como argumenta el Ministerio Público al impugnar el motivo, las costas del acusador particular, al revés que las del acusador popular, implican unos gastos que no debe soportar el perjudicado sino el autor del delito. Excepciones tradicionales y notorias son que la actuación procesal del acusador particular nada aporte a la causa (como v.g. limitarse a reproducir cuanto obra el Fiscal) o la perturba con peticiones



jurídicamente inadmisibles. En el presente caso, el acusador particular sostuvo como única la pena del homicidio intentado, tipo que la sentencia sancionó, mientras el acusador público mantuvo alternativas entre lesiones y homicidio, duda que no padeció el particular. Y, en cuanto a la indemnización, la sentencia concedió 432.000 ptas. más que la pedida por el Fiscal, aún sin llegar a la impetrada por la acusación particular. No cabe, por tanto, entender que ésta ha sido simple imitación del Fiscal y menos que ha perturbado el trámite con súplicas irrazonables.

Por lo demás, este pronunciamiento desestimatorio se robustece con el apoyo de la más reciente jurisprudencia de esta Sala, como la de fecha 12 Feb. 2001, según la cual en materia de imposición de las costas de la acusación particular, con excepción de algunas resoluciones aisladas que se apartan del criterio jurisprudencial consolidado, puede resumirse en los siguientes criterios, conforme a las resoluciones anteriormente citadas: 1) La condena en costas por delitos solo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art. 124 CP 1995).

2) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil (S.T.S. 26 Nov. 1997 , 16 Jul. 1998 , 23 Mar. 1999 y 15 Sep. 1999 , entre otras muchas).

3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia (doctrina jurisprudencial citada).

4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (S.T.S. 16 Jul. 1998 , entre otras).

5) La condena en costas no incluye las de la acción popular (S.T.S. 21 Feb. 1995 y 2 Feb. 1996 , entre otras)."

En este caso las pretensiones no son tan desproporcionadas, erróneas y heterogéneas en relación con las deducidas por el Ministerio Fiscal. Y, en cualquier caso, no existe una razón de excepcionalidad que permita y lleve como consecuencia que las costas de la acusación particular no se impongan al condenado, porque las razones por las que solicitaba la responsabilidad civil y en favor de quién, aunque ello haya sido desestimado no es razón para su exclusión.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Se interpone al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución. Presunción de inocencia.

Cuestiona el recurrente la inexistencia de prueba de cargo suficiente para la condena.

Sin embargo, como ya ha expuesto el Tribunal Supremo en Sentencia 58/2023 de 6 Feb. 2023, Rec. 518/2021 "No es función de un Tribunal de casación revalorar íntegramente una prueba personal, no directamente presenciada, para preguntarse si personalmente participa de la convicción reflejada en la sentencia, o, por el contrario, subsiste alguna duda en el ánimo de sus integrantes... No podemos añadir nada a la cuidada y más que convincente motivación fáctica de la sentencia y, menos aún, al extenso y convincente discurso desplegado por el tribunal".

No puede entenderse que plantear la vulneración de la presunción de inocencia puede circunscribirse a la elección por parte del recurrente de la prueba que tuvo que ser valorada en un sentido o en otro por parte del Tribunal o el Juez de lo Penal, habida cuenta que no puede plantearse el motivo afectante a presunción de inocencia con respecto a la puntualización, o concreción, de cuál tuvo que ser la prueba de descargo que sustituiría a la de cargo en la labor que ha llevado a efecto el Tribunal en su valoración de la prueba, por cuanto el planteamiento de este motivo se circunscribe tan solo a la constatación fehaciente de que no ha habido prueba de cargo suficiente para el dictado de la condena, y no a un proceso de selección por parte del recurrente de cuál tuvo que ser la prueba a reflejar por el Tribunal en la sentencia. Por ello, este motivo no es un proceso de selección del recurrente, sino la constatación de que existe prueba de cargo.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).



En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido.

Señala el tribunal respecto de la prueba practicada, que lo es de cargo para tener por enervada, que el propio acusado reconoce la llamada que reciben del incidente en donde una vigilante de seguridad llama a la policía para comunicar de una situación grave por la que se había encerrado en los lavabos y que *ponía en conocimiento de las Autoridades Policiales que, desde su puesto de control, una garita en el exterior de la empresa, había observado la presencia de dos sombras que, según su percepción, habrían accedido al interior de la empresa y si bien es cierto que no recordaba la intensidad de la información proporcionada al acusado, atendiendo al contenido de su declaración en fase de instrucción, que se le puso de manifiesto, de la decisión de encierro en un recinto cerrado" se infiere una necesidad de protección derivada de una amenaza percibida, con independencia de que dicha percepción fuera o no acertada.*

También declaran dos agentes de los Mossos d'Esquadra sobre la misma llamada recibida de peligro y *ante la detención- de una persona, por atentado, que estaría ofreciendo resistencia activa, con información al respecto de una posible segunda persona que pudiera estar implicado en los hechos y el segundo, paralelamente y procedente de la Sala de Mando, comunicando, por radiofrecuencia, la existencia de una persona encerrada en un lavabo.*

Se reconoce que requirieron al fallecido que se detuviera cuando lo vieron en el complejo y al no hacerlo fueron tras él.

Se refiere, asimismo, la percepción de los forenses de lo que ocurrió tras el informe de autopsia realizado apuntando el tribunal que:

"La objetivación en el cuerpo ya fallecido del Sr. Cornelio de determinadas lesiones de tipo contuso simple, excoriativas, localizadas a nivel facial (suptaciliar, nasal y mucosa labiinferior), ambas rodillas y palma y dedos de la mano izquierda, tal y como se recoge en el Informe d Autopsia preliminar, de 20 de junio de 2014 (f. 39 a 44- 222 a 224), emitido y ratificado en el acto de juicio por las Peritos emisoras del mismo, Doctoras Ariadna y Aurelia , quienes se refirieron a las mismas como lesiones de tipo escoriativo por fricción tangencial, con despegue de epidermis, resulta compatible con el impacto que dijo el acusado sufrió el Sr. Benedicto contra el suelo."

Constan los Informes de Urgencia de Traumatología del Hospital de Sant Joan de Deu, del día de los hechos, (f. 101, 105 y 106) respecto de las consecuencias de la detención y acción ante la resistencia del fallecido.

Relata el tribunal cómo se produjo la reducción del fallecido con la declaración del acusado recurrente y el agente NUM002 . Apunta el tribunal que el recurrente indicó que la forma de actuar sobre el fallecido estaba en los protocolos de actuación en estos casos.

Sin embargo, que se hubiera seguido el protocolo marcado al efecto es negado por el tribunal de instancia, quien señala que:

"Ahora bien, la dinámica que al respecto de las maniobras de inmovilización dijo haber desplegado el acusado y los vestigios físicos observados en la persona de Cornelio , operando como elementos de corroboración objetiva, que como huellas innegables permanecieron en el organismo del mismo, no guardan correlación y a tal efecto resulta relevante y fundamental el contenido de los Informes de Autopsia, preliminares y definitivo (f. 222 a 224,1 533 a 534 y 553), emitidos y ratificados por las Peritos Forenses, Doctoras Ariadna y Aurelia , quienes verificaron, igualmente, los hallazgos advertidos en el Informe de levantamiento de cadáver, de 16 de junio de 2014 (f. 4 a 6), emitido por el Doctor Diego , Médico Forense, de guardia, en el momento de los hechos.

Centrando la cuestión en las lesiones ubicadas en la zona del cuello del Sr. Cornelio , refirieron las Forenses haber detectado dos bloques: un primer grupo, tras el examen externo del cuerpo que, circunscritas a nivel del cuello, consistían en lesiones equimóticas negruzcas (coloración oscura violácea) discoides, redondeadas con erosiones asociadas a nivel de la región postero-lateral del cuello, cerca de la línea media occipital y dos erosiones de similares características en pabellón auricular derecho y a nivel de la zona supraclavicular, dos erosiones longitudinales paralelas entre sí; una pequeña equimosis submandibular izquierda y por debajo, tres zonas, más tenues, redondeadas laterocervicales y dos zonas de erosión en región clavicular izquierda; lesiones, las primeras, compatibles con estigmas ungueales, causadas por las uñas y las equimóticas por presión a nivel de dicha zona.

El examen interno del cuerpo, tras una disección completa del mismo, con la finalidad de traducir las lesiones externas a nivel interno, reveló una fractura del asta mayor derecha del hioides y del asta superior izquierda



del cartílago tiroideos, lesiones bilaterales, ambas, con infiltrado hemorrágico, lo que revelaba la vitalidad, esto es, el carácter reciente de las mismas; lesiones causadas, normal ente, por presión intensa a nivel de dicha zona, que, en todo caso, no fueron causa del fallecimiento; finalmente, hallaron infiltrados hemorrágicos del músculo esternocleidomastoideo en su inserción clavicular, de tipo bilateral, provocados, normalmente, por tracción, o hiperextensión del cuello (hacia atrás) ... se estira de la inserción y produce esa zona de infiltrado... refirieron las Peritos.

El hallazgo, en la zona del cuello, de varias marcas y en diferentes posiciones, implicaba que existía movimiento por parte del afectado, sin que las marcas ungueales permitieran excluir la intervención del brazo o antebrazo sobre el cuello; confirmando las Peritos y concretamente la Doctora S. Gallego que la resistencia que hubiera podido ofrecer el Sr. Cornelio pudo influir en el resultado en cuanto a la necesidad de aplicación de distinta intensidad y tipo de fuerza para lograr la inmovilización, teniendo en consideración que se trataba de una interacción entre dos personas.

Detectaron, posteriormente, una serie de hallazgos, consistentes en congestión visceral, edema pulmonar y petequias subpleurales en ambos pulmones y a nivel epicárdico posterior cardiaco, conjunto de lesiones inespecíficas, vinculadas, todas ellas, a un síndrome asfíctico".

El tribunal llega a la conclusión después de la prueba practicada de que la causa del fallecimiento fue por "una insuficiencia respiratoria aguda, secundaria a compresión extrínseca del cuello; esto es, compresión de la vía aérea y vascular, de una forma sostenida, hasta provocar la muerte o en palabras de la Doctora Sra. Ariadna "compresión de paquetes vásculo-nerviosos que va a impedir que llegue, drene la sangre a nivel del sistema nervioso central o compresión que provoque el cierre de la base de la lengua hacia atrás, con el cierre de la vía aérea consiguiente asfixia"; exigiéndose una compresión, de importancia, a dicho nivel, siendo variable el tiempo precisado, que vendría influido, en todo caso, por la resistencia del sujeto a la hipoxia.

Descartaron con rotundidad las Peritos que las lesiones hubieren sido consecuencia de un impacto o caída, describiendo como muy infrecuentes las lesiones del esqueleto laríngeo por dicha causa, máxime las condiciones en la que se revelaron las lesiones, al margen de la dificultad de rotura del hueso hioides por un agente traumático externo ajeno a una manipulación del mismo, atendida la especial protección de dicho hueso, a nivel de la base de la lengua; como descartaron, igualmente que las roturas de los huesos se hubieren producido con anterioridad a la compresión que provocó la asfixia, dada la vinculación entre ambas acciones, atendido al escaso lapso temporal entre las mismas.

Con dicha información y sin que el visionado, en el acto del Plenario, de las concretas imágenes captadas por los sistemas de videovigilancia del lugar de los hechos, peticionadas por la Acusación Particular, hubiera podido arrojar mayor información a la ya examinada, llega el Tribunal al convencimiento de que el acusado, Sr. Damaso, única persona que, en atención al acervo probatorio desplegado en el acto de Juicio, tuvo contacto con la parte superior del cuerpo del fallecido Sr. Cornelio, (sin acervo probatorio alguno de intervención de terceras personas), contrariamente, a lo sostenido por aquel, inmovilizó a este último, manipulando su cuello con dedos o uñas, con una intensidad de importancia que le llevó a la rotura de los huesos hioides y cartílago tiroideos, y con la colocación del brazo o antebrazo en dicho cuello, ejerciendo una presión sobre el mismo, al tiempo que una tracción hacia atrás, de tal intensidad, que provocó su asfixia y el consiguiente fallecimiento".

Con ello, la prueba practicada evidencia un exceso en la conducta del recurrente, y pese a que reconoció que cumplió el protocolo la realidad fáctica demuestra lo contrario, ya que el resultado del informe forense evidencia la causa de la muerte y se trata de un hecho objetivable determinante de una mala praxis profesional en la detención de una persona, debiendo ser consciente de que la mecánica seguida, y más aún cuando dejó de moverse, debió llevar a reducir la presión para evitar la asfixia, porque esta se produce, obviamente, por la acción del recurrente, no por hechos externos o ajenos a lo que estaba ocurriendo, o por lesiones preexistentes que coadyuvaron a la muerte.

Existió un nexo causal antes referido en el FD nº 2 en relación a la conducta del recurrente y el resultado producido. Existe imputación objetiva, ya que la relación de causalidad entre una acción y un resultado se afirma conforme a la regla conocida como de la equivalencia de condiciones, según la que es causa todo aquello que no pueda suprimirse imaginariamente sin que desaparezca también el efecto (conditio sine qua non). Conforme a ese planteamiento no cabe establecer distinciones entre condiciones esenciales y no esenciales del resultado. Sin embargo, como afirma la mejor doctrina, para una imputación objetiva, a los fines de declarar la responsabilidad del autor, es necesario que la causalidad no sólo exista lógicamente, sino que, además, sea adecuada, en el sentido de que la conducta tienda a producir el resultado según las reglas de experiencia general.

Y en este caso estas reglas, sin necesidad de recurrir a protocolos de actuación reglada determinan que la intensidad y prolongación temporal de la forma en que se sujetó al fallecido tiene elevadas posibilidades



de producir la muerte como finalmente ocurrió. Las conclusiones forenses evidenciaron una compresión, de importancia, a dicho nivel, donde el recurrente actuó sobre el cuerpo del fallecido.

Apela el tribunal al reconocimiento de haber mantenido durante todo el episodio de reducción física de la víctima, su brazo alrededor del cuello, presionando sobre el torso o apoyado en el hombro, así como que continuó haciéndolo cuando cesó la resistencia al pensar que podría estar simulando un desmayo o pérdida de consciencia para poder huir.

Se concluye que la causa de la muerte de Cornelio fue una insuficiencia respiratoria aguda, secundaria a compresión extrínseca del cuello (vías aéreas y vascular) de forma sostenida que impidió la llegada y drenaje de la sangre a nivel del sistema nervioso central, o bien provocara el cierre de la base de la lengua hacia atrás, cerrándola vía aérea. Además, puesto que las doctoras forenses descartaron las hipótesis aventuradas por la Defensa de lesiones ocasionadas por una caída, rotura del hueso hioides por agente externo ajeno a la manipulación del mismo, anteriores roturas de huesos.

Por todo ello, resulta evidente a causa de la muerte y motivada la decisión del tribunal en cuanto a la condena al recurrente por el tipo penal del art. 142.1 CP como se ha desarrollado en el FD nº 2 de la presente resolución.

El recurrente fue consciente con su conducta de la previsión lógica y experimental de la consecuencia que se podía derivar de su acción en el cuello del fallecido, de su intensidad y de su prolongación en el tiempo para ser esta acción medial para conseguir una insuficiencia respiratoria y la muerte con ello. Esta es una deducción a la que puede llegar cualquier persona sin una preparación específica, pero más un agente policial que conoce las técnicas de detención y la no necesidad de llevar a cabo la que se concluyó en este caso en intensidad y tiempo, que es lo que causó la muerte. La imprudencia grave existió y se practicó prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Resta por añadir una cuestión fundamental que no ha sido objeto de recurso, pero que es preciso destacar *obiter dictum*. Nos referimos a un tema que ya se está planteando en muchos órganos judiciales de enjuiciamiento respecto a las peticiones que se están elaborando por muchos letrados y letradas en el trámite de cuestiones previas relativo a la petición de que el acusado/a declare en último lugar tras la práctica del resto de pruebas (testifical pericial y documental) a fin de garantizar mejor el derecho de defensa.

En el presente caso consta en los antecedentes de hecho de la sentencia que: *La defensa del acusado, por su parte, interesó la alteración en el orden de la práctica de la prueba y en concreto de la declaración de su defendido, Sr. Damaso, interesando lo fuera tras la totalidad de las testificales; pretensión que fue rechazada por el Tribunal, por entender, debidamente, garantizado el derecho de defensa del acusado, pudiendo salir al paso de las declaraciones que en el Plenario, en el turno de la última palabra.*

No ha sido este tema objeto de impugnación, no se ha planteado en qué medida ello causó indefensión material en el desarrollo del juicio, por lo que no cabe apreciar en modo alguno esta indefensión, ya que al igual que hemos señalado cuando se produce la petición de que el acusado declare junto a su letrado/a (Tribunal Supremo en sentencia 282/2019 de 30 May. 2019, Rec. 10561/2018) se exige que no se trata de una indefensión formal, sino material, y, por ello, se exige acreditar en qué medida ese aspecto formal que se alega causó una indefensión material.

Esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 750/2021 de 6 Oct. 2021, Rec. 21019/2019 ya ha admitido que el acusado declare en último lugar tras la práctica del resto de la prueba al solicitarlo en juicio oral de aforado la letrada, lo que fue admitido por el Presidente del tribunal al suponer un mejor ejercicio del derecho de defensa.

Hay que señalar a este respecto que no es posible desdeñar las indudables ventajas que le suponen al acusado declarar tras finalizar la práctica de la prueba en relación a lo que declararon los testigos, sobre todo, o los documentos que se han elevado al plenario como "utilizables" a la hora de que el juez o Tribunal dicte sentencia, el informe pericial ratificado y explicado en el plenario. Su declaración puede quedar más "matizada" si conoce lo que declararon los testigos y en algún dato técnico del informe de los peritos, como decimos.

Sin embargo, no es posible comparar la declaración del acusado con el derecho de última palabra para que en este punto añada el acusado lo que le interese de las declaraciones efectuadas en la práctica de la prueba, ya que en el derecho de última palabra no hay "interrogatorio" por las partes, sino una explicación del acusado a modo de resumen. No se entiende protegido el "mejor derecho de defensa" por la circunstancia de que exista el derecho de última palabra. La defensa podrá en trámite de cuestiones previas, o bien antes en su escrito de calificación provisional instar que el acusado declare en último lugar, porque no hay precepto de la LECRIM que obligue a que lo haga en primer lugar.

Además, el Código procesal penal (art. 567) pendiente de aprobación ya apostó cuando fue redactado por los técnicos que lo elaboraron porque el acusado declare en último lugar al apostar por un mejor ejercicio del



derecho de defensa señalando en su Exposición de motivos que *el sistema actual de declaración inicial del acusado distorsiona el juego efectivo del principio de presunción de inocencia y genera una práctica procesal puramente dialéctica en la que el juez parece encaminado a elegir la tesis más verosímil entre dos opciones de igual valor, cuando en realidad quien ha de demostrar plenamente su tesis es la parte acusadora. La defensa ha de poder limitarse a generar una duda razonable sobre la misma. A esta idea responde la variación de la posición de la declaración del acusado en la estructura del juicio oral.*

A mayor abundamiento, el art. 701 LECRIM señala en sus párrafos 4, 5 y 6 que:

Acto continuo se pasará a la práctica de las diligencias de prueba y al examen de los testigos, empezando por la que hubiere ofrecido el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores, y por último con la de los procesados.

Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas.

El Presidente, sin embargo, podrá alterar este orden a instancia de parte y aun de oficio cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad.

La LECRIM no exige, por ello, que el acusado declare en primer lugar, y debemos circunscribirnos al orden que propongan las partes, y si lo interesa la defensa conforme exponemos, no hay razón para negar ese derecho.

Con ello, cabe que la defensa exponga en su escrito de calificación provisional, en escrito posterior, o en el trámite de cuestiones previas, tanto en sumario como en procedimiento abreviado, que el acusado declare en último lugar, lo que, obviamente, garantiza mejor el derecho de defensa, y debería ser admitido, porque, obviamente, no se ejerce igual el derecho de defensa con el interrogatorio por el letrado en último lugar que con la "autodefensa" que pueda suponer el ejercicio del derecho de defensa, ya que en base al interrogatorio del juicio oral podrá construir, también, la defensa su alegato en el informe del plenario en resumen de la práctica de la prueba.

Con ello, se puede fijar que:

- 1.- El letrado del acusado tiene derecho a solicitar del juez o Presidente del Tribunal que éste declare en último lugar tras concluir el resto de la práctica de la prueba admitida.
- 2.- Esta petición deberá cursarse con sentido preclusivo al comienzo del juicio en el trámite del art. 786.2 LECRIM, tanto en el sumario como en el procedimiento abreviado y resto de procedimientos penales.
- 3.- Que se curse esta petición no impide que el juez o presidente del Tribunal siga interrogando al acusado al comienzo del juicio sobre si reconoce los hechos y se muestra conforme con la más grave de las acusaciones. A continuación comenzará el interrogatorio, salvo que el letrado del acusado le solicite que declare tras la práctica del resto de la prueba.
- 4.- En el caso de ser varios los acusados y alguno de ellos lo interesara el juez o presidente del Tribunal preguntará al resto y si no lo interesan todos lo acordará con respecto a aquél o aquéllos que lo hubieren solicitado, declarando el resto al principio de la práctica de la prueba.
- 5.- El derecho a la última palabra se mantiene inalterable aunque el acusado declare tras concluir el resto de la práctica de la prueba. Es el derecho de autodefensa, en el que el acusado expone lo que le interese al concluir el juicio y sin preguntas de las partes.
- 6.- El acusado tiene derecho a declarar junto a su letrado.

En cualquier caso, todo esto lo es *obiter dictum* para fijar doctrina sobre este relevante aspecto hoy en día en los juicios orales, y sin que en este caso se haya planteado, ni señalado en qué medida se causó indefensión material con su rechazo.

El motivo se desestima.

QUINTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Damaso** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, de fecha 8 de julio de 2021, que le condenó por delito de homicidio por imprudencia profesional grave. Condenamos a dicho



recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ