



Roj: **STS 3676/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3676**

Id Cendoj: **28079120012010100562**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2010**

Nº de Recurso: **11457/2009**

Nº de Resolución: **610/2010**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2270/2009,**
STS 3676/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Junio de dos mil diez.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por el acusado **Obdulio**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta, que le condenó por delito contra la salud pública, otro de resistencia y una falta de lesiones, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. de la Fuente Baonza.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Arona incoó Procedimiento Abreviado con el número 55/2006 contra Obdulio, y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, cuya Sección Quinta con fecha seis de octubre de dos mil nueve dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- El acusado Obdulio, nacido en Marruecos en el año 1970, sin antecedentes penales, fue sorprendido por una patrulla policial el día 18 de agosto de 2005, sobre las 2,15 horas, cuando conducía un vehículo por la zona de El Camisón en Los Cristianos, término municipal de Arona. Allí con la finalidad de comprobar si llevaba algún tipo de sustancia estupefaciente se le practicó un cacheo superficial, sin que se le encontrara nada ilícito. Dadas las circunstancias del lugar y las personas que allí se encontraban presentes, los agentes decidieron trasladarlo a las dependencias policiales, con intención de practicar un registro personal más exhaustivo. A tal fin, lo subieron en un vehículo policial para su traslado. Cuando estaban próximos a su destino, el acusado, que no iba esposado, se resolvió contra el agente que le acompañaba en el asiento trasero, intentando salir del vehículo, en marcha, al propio tiempo que hacía por deshacerse de un envoltorio que llevaba oculto en una de sus zapatillas. No consiguió escapar, pero si que llegó a arrojar a la calzada una bolsa que fue inmediatamente recuperada por los otros agentes de policía que habían intervenido en el operativo.

En el interior de la bolsa se encontraron 98,523 gramos de cocaína, con una pureza del 78,5 %.

A consecuencia del forcejeo que protagonizó con el agente que lo custodiaba, NUM000, le causó un hematoma en la cara interna del antebrazo izquierdo, en la cara dorsal del antebrazo derecho y excoriaciones en el hombro izquierdo que sanaron en cinco días sin secuelas ni impedimentos, con cura local y analgésicos".

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



"FALLO:

1º.- Condenamos a *Obdulio* como autor de un delito contra la salud pública, cometido sobre sustancias que causan grave daño a la salud, apreciando las atenuantes expresadas, a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de, con una responsabilidad personal subsidiaria de diez días en caso de incumplimiento y al pago de las costas del juicio.

2º.- Como autor de un delito de resistencia, con las mismas circunstancias, le condenamos a seis meses de prisión, con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo de la condena y al pago de las costas correspondientes.

3º.- Por una falta de lesiones se condena al acusado a la pena de multa de un mes, con una cuota día de seis euros y costas.

4º.- Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, procede abonarle el tiempo en que por esta causa ha estado privado de libertad.

5º.- Se acuerda el comiso de la droga intervenida, procediendo su destrucción".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el acusado *Obdulio*, 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 dicho recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Obdulio**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.**- Por infracción de ley del art. 852 L.E.Cr. en relación con los arts. 5.4 y 11 de la LOPJ y 24.1 y 2 de la Constitución, en relación con el art. 17.1 de la Constitución y 20.1 y 2 de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana. **Segundo** .- Por infracción de ley del art. 849 de la L.E.Cr. por infracción de ley por aplicación indebida del art. 556 del Código Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto se impugnaron los dos motivos alegados en el mismo, la Sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la vista y fallo del presente recurso el día 17 de Junio del año 2010 con asistencia del Letrado del recurrente D. Francisco Javier Pinedo Noriega que informó sobre los motivos alegados y la Excm. Sra. Fiscal D^a Paloma Iglesias que se ratificó en el informe emitido.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dos motivos de impugnación plantea el recurrente. En el **primero** de los cuales al amparo del art. 5-4 LOPJ. y 852 L. E.Cr. considera infringidos los arts. 24-1º y 2º y 17-1º de la Constitución española en relación al 20.1 y 2 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana.

1. La protesta se limita a afirmar que se produjo una detención improcedente e innecesaria sin amparo en los preceptos que la autorizan (art. 20 de la Ley de protección de la seguridad ciudadana y 490 y 492 L.E.Cr.), comenzando por una invitación o requerimiento a que el impugnante acompañara a la fuerza policial a la Comisaría, próxima al lugar, para efectuar un cacheo en profundidad. Los agentes dejan claro en el atestado o en sus declaraciones que no presenciaron ninguna transacción de droga, sino que la actitud del acusado les *pareció sospechosa* y después de identificarle y cachearle superficialmente decidieron llevarlo a la Comisaría. Los agentes añaden que *"tenían conocimiento de que esas personas se dedicaban a vender droga"*, por lo que sin más razones -concluye el recurrente- que por una "corazonada" privan al mismo del derecho fundamental a la libertad personal.

La consecuencia jurídica que debe derivarse de ese hecho es que las posibles pruebas obtenidas como consecuencia de tal ilegalidad deben declararse nulas de pleno derecho (art. 11 LOPJ).

2. Al recurrente no le asiste razón, pues no explica con rigor el desarrollo secuencial de los hechos, a los que no ha opuesto objeción alguna hasta este nivel procesal (cuestión nueva).

La diligencia inicial de la fuerza policial obrante al folio 1º del atestado, no desvirtuada por prueba alguna, nos dice, en esencia, lo siguiente: *"el 18 de agosto de 2005, siendo las 17 horas, se tienen noticias de unos individuos de piel morena que suelen vender droga en una zona de la isla. Utilizan a tal efecto un coche cuyo modelo y matrícula reseñan. Los agentes comisionados para verificar dichas informaciones detectan la presencia del vehículo referido y proceden a la identificación de sus ocupantes. El hoy acusado, que se mostró especialmente*



nervioso, fue conducido a comisaría a fin de proceder a su cacheo, habida cuenta de las circunstancias del lugar. El acusado intentó deshacerse de la droga que transportaba, una bolsa con 98 gramos de cocaína y una pureza del 78,5 % y cuando trató de huir del coche fue detenido, informado de sus derechos y conducido a Comisaría donde asistido de letrado se negó a declarar".

La actuación de los funcionarios policiales, dados los términos en que se produjo, se acomoda plenamente a las facultades que con carácter general contempla la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y el art. 492-4º L.E.Cr ., facultando a la fuerza policial investigadora a actuar del modo como lo hizo.

Como hemos dicho en STS 1311/1995 de 28 de diciembre , cualquiera que sea la postura doctrinal e interpretativa del mencionado art. 20 de la LO 1/1992 , lo cierto es que el Tribunal Constitucional, en sentencia 341/1993 , lo ha declarado ajustado a la normalidad constitucional, por lo que las actuaciones encaminadas a la identificación de personas tienen cobertura legal. Obviamente, tales intervenciones policiales han de contar con las notas de racionalidad, adecuación, proporción y pertinencia, sin abrir espacios inmunes que permitan detenciones encubiertas fuera de los casos contemplados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STS 763/2006 de 10-7).

3. En una zona donde son frecuentes las transacciones de droga la policía posee datos de que los ocupantes de un determinado y concreto vehículo pueden estar implicados en ello, al bajar del coche el ahora recurrente y proceder a la identificación y cacheo superficial se le observa especialmente nervioso y se le invita a acompañar a los agentes a Comisaría, que se hallaba en las proximidades, para efectuar más concienzudamente el cacheo, a la vista de las circunstancias del lugar y personas allí congregadas, situaciones poco propicias para preservar la intimidad del sospechoso. El recurrente accede de grado a subir al vehículo policial, pero cuando se halla próximo a Comisaría, trata de evadirse de la policía pretendiendo abandonar el vehículo y no consiguiéndolo, intenta desprenderse de la droga que portaba (98 gramos de cocaína al 78,5 % de pureza), momento en el cual es detenido.

La actuación policial ha sido impecable y en modo alguno puede considerarse fruto de una "corazonada". La iniciación de las diligencias policiales se ha producido de forma regular y acomodada a derecho, y por tanto las pruebas obtenidas son plenamente válidas y eficaces.

El motivo no puede ser acogido.

SEGUNDO.- En el correlativo ordinal, último de los planteados, a través del cauce previsto en el art. 849-1º L.E.Cr . estima indebidamente aplicado el art. 556 C.Penal .

1. El recurrente protesta por haber sido condenado por el art. 556 sobre la única base fáctica de que cuando era conducido en el vehículo policial "se revolvió contra el agente que le acompañaba en el asiento trasero, intentando salir del vehículo en marcha", lo cual infringe el principio "in dubio pro reo" ya que ante la falta de mayores precisiones, debieron considerarse los hechos como una falta del art. 634 C.Penal .

El recurrente después de la descripción factual que refleja acude al apartado III de la sentencia dedicado a la valoración de la prueba y destaca las afirmaciones que allí se hacen, en particular la siguiente: "*con respecto a estos testimonios, especialmente de la declaración del agente agredido y de los partes médicos que objetivan la lesión, no puede extraerse que fuera objeto de un ataque directo, para luego facilitarse la huida, extrayéndose de su testimonio que las acciones fueron muy rápidas (lo que dificulta su descripción según el testigo), por lo que parece que las lesiones fueron causadas cuando el imputado trataba de zafarse del agente que lo custodiaba...."*

Consecuente con todo ello insiste en que la "parquedad e incluso ambigüedad" del relato fáctico y dada la rapidez de la acción, es difícil describir en que consistió la acción que encierra el término "revolversse" y en tal tesitura debió aplicarse el principio *in dubio pro reo* , sancionando por la falta del art. 634 C.P .

2. Lo primero que debemos poner de manifiesto es que los hechos probados no sólo utilizan la expresión "se revolvió" para referirse a la conducta del acusado considerada de resistencia del art. 556 C.P ., sino que también se dice "*..... que a consecuencia del forcejeo" le causó (al agente) un hematoma en la cara interna del antebrazo izquierdo , en la cara dorsal del antebrazo derecho y escoriaciones en el hombro izquierdo que curaron en cinco días sin secuelas ni impedimentos, con cura local y analgésicos"*. Así pues, las expresiones empleadas: "revolverse" "forcejear" o "causar" lesiones, no son tan imprecisas como pretende el recurrente.

En los fundamentos de derecho afirma la Sala "*En el trayecto hasta la comisaría el imputado se produce de forma violenta , se revuelve contra el agente que lo custodiaba, con intención ya sea de escapar o de conseguir arrojar la droga que llevaba encima. En el curso de esta acción le causa las lesiones descritas . Estos hechos deben calificarse en la forma expuesta, al primar en esta acción la resistencia sobre la intencionalidad de acometer y agredir al agente de la autoridad"*.



Con todas esas circunstancias, no cabe, ni siquiera a nivel retórico, plantearse la posibilidad de degradar la conducta a falta.

La posible o aparente posición dubitativa de la Sala de instancia se movía entre la calificación de los hechos como atentado del art. 550, por el que acusaba el Fiscal o la consideración como resistencia genérica del art. 556 ambos del C.Penal.

3. Llegados a este punto es necesario hallar la línea divisoria entre las tipicidades del art. 550 y 556 del C.Penal.

No existe conflicto o puntos de contacto entre los *acometimientos* directos y graves a la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos, tampoco el *empleo de fuerza contra ellos* o ejerciendo también de modo grave y directo *intimidación*. La conducta que entraría en colisión sería: "*hacer resistencia activa también grave*" que es la última de las descritas dentro de la figura del atentado.

Si nos fijamos en las conductas del art. 556 C.P. tampoco entra en colisión la denominada "desobediencia grave" en tanto la acción de desobedecer no se menciona en el art. 550, surgiendo la duda con el comportamiento referido a "*resistir a la autoridad o sus agentes*"

La primera de las notas delimitadoras que llama la atención en esta última es que no existe gradación de intensidad, es decir de gravedad o levedad. Contrastándola con la *resistencia* integrante del delito del art. 550 podemos concluir que integrarán el delito del art. 556:

a) la *resistencia pasiva grave*. Si fuera leve podría integrar la falta del art. 634 C.Penal.

b) la *resistencia activa no grave*.

Para integrar el atentado del art. 550 C.P. deben concurrir en la resistencia simultáneamente las notas de *activa* y *grave*.

Así pues, frente a la radicalidad del criterio de que cualquier resistencia activa que suponga tomar la iniciativa el acusado para actuar contra la autoridad y sus agentes debería subsumirse en el art. 550, el Código de 1995 ha dado entrada a un tipo de resistencia activa no grave que no comporta el acometimiento al funcionario.

En conclusión, podemos afirmar, que dentro del art. 556 C.P. tienen cabida junto a los supuestos de resistencia pasiva otros de resistencia activa que no estén revestidos de la nota de gravedad, produciéndose una ampliación del tipo genérico de resistencia compatible con actitudes activas del acusado, pero ello cuando éstas sean respuesta a un comportamiento del funcionario o agente, como sería el caso de intentar detener a un sujeto el cual se opone dando patadas o manotazos contra el policía, pero cuando en los casos en que sin tal actividad previa del funcionario, es el particular el que toma la iniciativa agrediendo, el tipo que debe aplicarse es de atentado, doctrina consagrada por innumerables sentencias de esta Sala (ver S.T.S. nº 7110/2001 de 4 de mayo; nº 1828/2001 de 16-octubre; nº 361/2002 de 4 de marzo; nº 670/2002 de 3-abril; nº 819/2003 de 6 de junio; nº 370/2003 de 15 de marzo; nº 742/2004 de 9 de junio; nº 894/2004 de 12 de julio; nº 911/2004 de 16 de julio; nº 1156/2004 de 21 de octubre; nº 709/2005 de 7 de junio; nº 776/2005 de 22 de junio; nº 912/2005 de 8 de julio; nº 24/2006 de 19 de enero; nº 607/2006 de 4 de mayo; nº 1222/2006 de 14 de diciembre; nº 136/2007 de 8 de febrero; nº 418/2007 de 18 de mayo; nº 452/2007 de 23 de mayo y 778/2007 de 9 de octubre).

Consecuentes con lo expuesto el tribunal de instancia aunque pudiera hablarse de resistencia activa, ha considerado que nunca fue con un propósito de acometimiento en el que se agrede al funcionario policial tomando la iniciativa, sino que "la intencionalidad" fue la de impedir el traslado a dependencias policiales y la detención del mismo, ya que pretendía únicamente huir de la acción policial o desembazarse de la droga que poseía.

Por todo ello el motivo ha de rechazarse.

TERCERO.- El rechazo de los motivos determina la expresa imposición de costas al recurrente, de conformidad con el art. 901 L.E.Criminal.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado *Obdulio*, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta, con fecha seis de octubre de dos mil nueve en causa seguida al mismo por delito contra la salud pública y con expresa imposición a dicho recurrente de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Enrique Bacigalupo Zapater

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Jose Ramon Soriano Soriano , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ