

Roj: **STS 8156/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:8156**Id Cendoj: **28079120012009101311**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/12/2009**Nº de Recurso: **958/2009**Nº de Resolución: **1265/2009**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENEDEZ DE LUARCA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil nueve

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por **Dimas y Debora**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª, con fecha once de Noviembre de dos mil ocho, en causa seguida contra Germán, por delito de homicidio, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo partes recurrentes la acusación particular Dimas, representado por la Procuradora Doña María Jesús Jaén Jiménez y defendido por el Letrado Don Miguel Angel Sacristán Arenal y Debora, representado por la Procuradora Doña María Jesús Jaén Jiménez y defendida por el Letrado Don Eugenio Rubio Linares. En calidad de partes recurridas, el acusado **Germán**, representado por la Procuradora Doña Angustias del Barrio León y defendido por el Letrado Don Vicente Javier García Linares y el **MINISTERIO DEL INTERIOR**, representado y defendido por la Abogada del Estado.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número Treinta de los de Madrid, instruyó el procedimiento Abreviado con el número 284/2.003, contra Germán y, una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Séptima, rollo 79/04) que, con fecha once de Noviembre de dos mil ocho, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"En el curso de una investigación policial que estaba llevando a cabo el Grupo XVI de la Unidad de Drogas y Crimen Organizado de la Brigada Provincial de Policía Judicial y que se había iniciado el día 20 de Enero de 2003, el día 28 de ese mismo mes se estableció un dispositivo de vigilancia en la calle Media de Madrid, puesto que las personas que con su denuncia dieron lugar a la apertura de dicha investigación, habían identificado a uno de los ocupantes del inmueble ubicado en el nº 22 de esa calle como una de las personas presuntas autoras de algunos de los hechos denunciados; en la mañana de ese día se llevó a cabo, sin incidencia alguna, la detención de esa persona, manteniéndose el dispositivo de vigilancia por tener información los agentes de la policía de que otro de los ocupantes de dicha vivienda, cuyas características físicas les habían sido facilitadas anteriormente, tendría que llegar a la vivienda durante la tarde con la finalidad de proceder a su detención en relación con esos mismos hechos que estaban investigando.

Sobre las 19,30 horas los agentes de policía integrantes del dispositivo establecido en la calle Media vieron aproximarse por la acera correspondiente a los números pares a una persona que por sus características físicas les pareció que podía ser la persona a la que estaban esperando por lo que el acusado Germán, agente del Cuerpo Nacional de Policía con nº de carnet profesional NUM000 y el agente nº NUM001 se aproximan a él de frente y se identifican como policía momento en que esa persona, que resultó ser Jose Francisco, les propinó un fuerte empujón produciéndose a partir de ese momento un fuerte forcejeo entre estos dos agentes, Jose Francisco, y los agentes de la policía con carnet nº NUM002 y NUM003 que acuden en ayuda de sus



compañeros, forcejeo que se inicia en la misma acerca y prosigue en la calzada, cayendo al suelo el acusado y Jose Francisco , tratando el resto de compañeros de reducirle; Jose Francisco siguió forcejeado con los agentes y de rodillas en el suelo hizo además de introducirse la mano entre la ropa, por lo que el acusado, ya puesto en pie, sacó su **arma** reglamentaria, una pistola marca Star modelo 28PK con nº de serie NUM004 con una bala en la recámara y el seguro de aleta puesto, con el fin de lograr que Jose Francisco depusiera su actitud si bien éste dirigió su brazo izquierdo hacia la mano derecha en la que tenía la pistola el acusado, agarrándole la mano e intentando arrebatarle el **arma**, momento en el que el acusado trató de evitar que se la quitara retrayendo el brazo hacia atrás, produciéndose un disparo que alcanzó a Jose Francisco en la región occipito parietal izquierda, alcanzando un fragmento de la única bala disparada al agente con carnet profesional 54.195 en el brazo derecho.

Jose Francisco fue atendido en el lugar de los hechos por facultativos del SAMUR y trasladado al Hospital 12 de Octubre donde fue intervenido quirúrgicamente. Falleció el día 26 de marzo de 2003 siendo la causa inmediata de la muerte un tromboembolismo pulmonar por una disminución de los mecanismos de coagulación sanguínea y la causa mediata el disparo recibido en la cabeza.

Jose Francisco cuando ocurrieron los hechos era pareja sentimental de Debora quien se encontraba embarazada naciendo el 8 de octubre de 2003 un niño, que judicialmente ha sido declarado hijo de Jose Francisco ; entre otros, tenía un hermano llamado Dimas "(sic).

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos absolver y absolvemos al acusado Germán tanto del delito de homicidio por imprudencia como de la falta de imprudencia por los que había sido acusado por el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares, declarando de oficio las costas procesales.

Déjense sin efecto las medidas acordadas contra su persona y bienes(sic)".

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, por **Dimas y Debora** , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

Cuarto.- El recurso interpuesto por Dimas , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Lo invoca al amparo del artículo 849.1 de la Ley de ritos penales, por entender infringido el precepto penal sustantivo contenido en el artículo 142, párrafos 1º, 2º y 3º , por entenderlo inaplicado indebidamente, y ello en relación con el artículo 5 de la Ley orgánica 2/86 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Quinto.- El recurso interpuesto por Debora , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E .) al carecer el ordenamiento jurídico español de un sistema de revisión íntegro del fallo sometiendo el mismo a un tribunal superior vulnerando, en consecuencia, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 16.12.1966 y suscrito por España mediante Instrumento de Ratificación de 27.4.1.977 BOE nº 103 de 30.4.1.977).

2.- Por infracción de Ley, al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 de la LECr . por indebida aplicación del tipo penal contenido en el artículo 142,1º y 2º del vigente Código Penal .

3.- Por infracción de Ley, al amparo de lo preceptuado en el art. 849.2 de la LECr . por no haberse tenido en cuenta determinadas pruebas que consta en los autos.

Sexto.- Instruidos el Ministerio Fiscal, la parte recurrida y el Abogado del Estado, los impugnaron; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sétimo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día dos de Diciembre de dos mil nueve.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial declaró probado que el acusado, en ejercicio de sus funciones como agente del Cuerpo Nacional de Policía, procedió, junto con otros agentes, a la detención del sospechoso Jose Francisco , y, como quiera que éste reaccionó propinando un empujón a alguno de los agentes tras identificarse éstos, se produjo un fuerte forcejeo, en el curso del cual el sospechoso, de rodillas en el suelo hizo además de introducirse la mano entre la ropa, por lo que el acusado, ya en pie, sacó su pistola reglamentaria,



con una bala en la recámara y el seguro de aleta puesto, con el fin de lograr que Jose Francisco depusiera su actitud, si bien éste agarró la mano en la que el acusado tenía el **arma** intentando arrebatársela, momento en el que el acusado trató de evitar que se la quitara retrayendo el brazo hacia atrás, produciéndose un disparo que alcanzó a Jose Francisco en la región occipito-parietal izquierda, causándole lesiones que determinaron su muerte seis días después, el día 26 de marzo de 2003.

La Audiencia Provincial consideró que los hechos no eran constitutivos de delito ni de falta y acordó la absolución del acusado. Contra la sentencia interponen recurso de casación las dos acusaciones particulares.

Recurso de la acusación particular en nombre de Dimas

En el primer y único motivo de su recurso, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida inaplicación del artículo 142 del Código Penal en relación con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Sostiene que el acusado desenfundó su pistola sin que existiera riesgo grave para ninguna persona, sin que fuera necesario para evitar un daño grave o irreparable, y sin que exista proporcionalidad ni congruencia en el uso del **arma**. Sostiene que no era necesario desenfundar el **arma** para la obtención del fin perseguido, y además que lo hizo sin respetar la distancia de seguridad. Añade que no cabe la compensación de culpas y que la víctima se limitó a defenderse.

1. La imprudencia exige un resultado producido como consecuencia de una conducta en la que se ha omitido la observancia de un deber de cuidado exigible a su autor. Igualmente es preciso que, además de la causalidad natural, el resultado producido sea la concreción del riesgo jurídicamente desaprobado creado por aquella conducta. Además, el riesgo debe ser percibido por el autor, y el resultado debe ser previsible y evitable.

2. El recurrente, que se acoge a una vía de impugnación que impone el respeto al relato de hechos probados, sostiene que la acción imprudente, creadora del riesgo que luego se concreta en el resultado de muerte, es el acto de desenfundar la pistola cuando no era necesario, a lo que añade que no se respeta una distancia de seguridad.

En cuanto al primer aspecto, las normas aplicables contenidas en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no permiten afirmar que en el caso la actuación del acusado supusiera una infracción de sus previsiones. El artículo 5 de la citada ley orgánica, citado en el motivo, dispone que los agentes solamente deberán utilizar las **armas**, entre otros casos, en las situaciones en las que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas.

Según los hechos probados, el acusado solo extrae el **arma** cuando, ya en el curso del forcejeo con Jose Francisco, al que en la fundamentación jurídica se identifica como una persona de gran corpulencia, observa que, lejos de cesar en su actitud, en algún momento ha hecho ademán de llevarse una mano hacia sus ropas. Es posible, como sugiere el recurrente, que al final fuera reducido por la fuerza de los agentes que lo intentaban. Pero también lo es que la intimidación con el **arma**, limitándose a esgrimirla y a mostrar la posibilidad de llegar a usarla, cuando el forcejeo violento se mantiene y se hacen ademanes sospechosos de recurrir al uso de algún instrumento agresivo, no supone un exceso que en sí mismo de lugar a la creación de un peligro jurídicamente desaprobado.

En cuanto a la observancia de una distancia de seguridad, por más que pueda ser recomendable en tanto sea posible, en el caso el acusado extrae el **arma** cerca del lugar donde se mantiene el forcejeo, pero lo hace manteniendo el seguro puesto, y por lo tanto, en unas condiciones en las que el **arma** no puede hacer **fuego**, de forma que el riesgo de que se produzca un disparo involuntario, en tanto el seguro actúe, es inexistente. El riesgo creado con la extracción del **arma**, no supera los límites del riesgo permitido.

Es precisamente la actuación del fallecido al agarrar el **arma** en la forma en la que lo hizo lo que supone un incremento del riesgo de que pueda producirse un disparo. En consecuencia, el resultado producido no es tanto la concreción del riesgo permitido y controlado creado por el acusado, como su transformación en riesgo no permitido a través de la actuación del fallecido. Es el riesgo creado por éste el que se concreta en el resultado.

Podría argumentarse que la conducta del acusado también es creadora de un riesgo, incluso desaprobado en alguna medida, al no guardar una distancia de seguridad tras exhibir el **arma**. Sin embargo, no puede dejar de tenerse en cuenta, a los efectos de la valoración de ese riesgo como permitido o desaprobado, que esa utilización del **arma**, que se limita a su exhibición, aparece acompañada de medidas de seguridad consistentes en el mantenimiento del seguro, lo que permite un control del riesgo dentro de límites que autorizan a considerarlo todavía permitido. Solo una determinada forma de agarrar el **arma** por parte del contrincante, unida a la prolongación de su actitud de forcejeo, determina la falta de efectividad de esa medida de seguridad controladora de los límites del riesgo adoptada por el acusado al ejecutar su acción.



En este sentido, la STS nº 955/2007, citada en la sentencia impugnada, señalaba que "...aún en el caso de una actuación levemente descuidada, debe enfatizarse que la imputación objetiva del resultado exige que el riesgo creado por la acción del autor sea el que se realiza con el resultado, y no otro. Es en este condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad". Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva". Y de forma similar, en la STS 181/2009, se afirmaba que, en el caso, "...se produjo una desatención o falta de percepción del riesgo que su acción creaba, y que por falta de conciencia del mismo no neutralizó mediante la observancia de alguna norma de cuidado...". Lo cual no ocurre en el caso presente, en cuanto que el acusado, consciente del riesgo de exhibir el **arma**, la mantuvo con el seguro puesto, el cual solo dejó de producir sus efectos impeditivos del disparo cuando el fallecido agarró el **arma** de una forma muy concreta y en esa posición mantuvo su actitud de forcejeo con el agente acusado.

No puede apreciarse, en consecuencia, que el resultado producido sea una concreción del riesgo creado por la conducta del acusado, lo que determina la desestimación del motivo.

Recurso de la acusación particular en nombre de Debora

SEGUNDO.- En el primer motivo se queja de la inexistencia de un sistema de recursos que permita la segunda instancia en la que pudiera revisar íntegramente el fallo.

1. El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley". El sistema procesal español carece de un recurso de apelación contra las sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales en asuntos penales de su competencia. Contra esas sentencias solo cabe recurso de casación.

2. La cuestión ha sido resuelta en numerosas resoluciones de esta Sala, en las que se ha sostenido que la actual configuración del recurso de casación permite satisfacer las exigencias del Pacto. Tesis que ha sido finalmente aceptada en varias Decisiones del Comité, entre ellas las de fecha 25 de julio de 2005, respecto de las Comunicaciones nº 1389 y 1399 de 2005, en las que afirmó que la denuncia de vulneración del artículo 14.5 del Pacto no estaban debidamente fundamentadas a efectos de su admisibilidad, argumentando previamente, en el primer caso que el Tribunal Supremo "sí examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad era culpable de estafa porque hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño a una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés", y en el segundo caso, que "el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados tipos de delitos, como la agresión sexual". Además, en sentido similar, las Decisiones de 28 de octubre de 2005, Comunicación nº 1059/2002 y la Decisión de 18 de abril de 2006, Comunicación 1156/2003. De todas ellas se desprende que no en todo caso es insuficiente el recurso de casación para dar satisfacción a las exigencias del Pacto.

En todo caso, los derechos que resultan del artículo 14.5 del Pacto se reconocen a cualquier persona declarada culpable de un delito, y no a las acusaciones particulares. Por lo tanto, la inexistencia de un recurso de apelación en casos como el presente, no supondría nunca una vulneración de los derechos que corresponden a las acusaciones.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el segundo motivo, con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción, por inaplicación indebida, del artículo 142 del Código Penal. Sostiene que los policías actuantes eran suficientes para la detención sin necesidad de utilizar un **arma de fuego**, hasta el punto de que uno de ellos no participa en el forcejeo sino que se dirige a un portal cercano donde estaba la compañera sentimental del fallecido con otra persona, a las que conmina para que no salgan del lugar. Argumenta además que la bala entró en la zona occipito-parietal de atrás hacia delante, lo que indica que los hechos no ocurrieron como dice la sentencia. Señala que, en relación a las lesiones causadas a un compañero por la esquirla del proyectil, la imprudencia debe ser medida respecto de la acción de empuñar el **arma de fuego** que ya en sí misma supone una imprudencia.



1. Las cuestiones relativas al carácter imprudente del hecho de empuñar el **arma** o a la necesidad o corrección de su uso intimidatorio en las circunstancias del caso, ya han sido examinadas en el primer fundamento jurídico de esta sentencia, que se da ahora por reproducido.

2. En cuanto a la forma en que se produjo el disparo, la vía de impugnación elegida en el motivo impone el respeto a los hechos probados, de forma que no pueden ser modificados con la finalidad de sostener una diferente versión de lo ocurrido como soporte de la infracción de ley que se alega. De todos modos, el Tribunal ha tenido en cuenta no solo el lugar de entrada de la bala, que puede encontrar explicación en la posición concreta de la cabeza en el momento del disparo, que puede estar determinada por los actos de forcejeo, sino también el informe pericial según el cual en las dos manos del fallecido aparecieron restos de plomo y claramente residuos del disparo en las mangas y en la parte delantera de la cazadora que llevaba puesta.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, denuncia que no se han tenido en cuenta determinadas pruebas que constan en los autos. En el desarrollo del motivo se refiere a la declaración de la testigo Debora; a que en las manos del fallecido, según la prueba pericial, no se encontraron restos correspondientes a un disparo de **arma de fuego**, y menciona la posibilidad de que existiera un acuerdo previo en las declaraciones de todos los policías.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Igualmente la Sala ha aceptado la invocación con esa misma finalidad de los informes periciales, aunque en realidad se trate de pruebas personales, cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

En el primer caso se trataría de un genuino error, y en el segundo de una valoración injustificada de la prueba.

2. En el caso, tal como relata la sentencia de instancia, la prueba pericial acreditó que en la cazadora que llevaba puesta el fallecido aparecieron residuos de disparo con **arma de fuego** en las mangas y en la parte delantera, lo que excluye que el disparo se efectuara desde su espalda.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

III. FALLO

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** a los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por las representaciones procesales de las acusaciones particulares **Dimas y Debora**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Séptima), con fecha 11 de Noviembre de 2.008, en causa seguida contra Germán, por delito de homicidio.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Perfecto Andres Ibañez Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez Jose Antonio Martin Pallin



PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menendez de Luarca , 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