



Roj: **ATS 2736/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:2736A**

Id Cendoj: **28079120012010200476**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/2010**

Nº de Recurso: **1609/2009**

Nº de Resolución: **404/2010**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil diez.

### **I. HECHOS**

**PRIMERO.-** Por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26ª), en autos Rollo de Sala número 21/2008, dimanante del Sumario nº9/2007, del Juzgado de Instrucción nº44 de Madrid, se dictó Sentencia de fecha 20 de mayo de 2009 cuyo Fallo dice: "Que CONDENAMOS a Elias , como autor penalmente responsable, de un delito de HOMICIDIO INTENTADO, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, eximente incompleta de legítima defensa, ya definida, a las penas de UN AÑO y TRES MESES de PRISION, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, u oficio, durante el mismo tiempo, y que indemnice a Hilario en la cantidad de 23.565 €, declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Interior; y al abono de un tercio de las costas causadas.

Que CONDENAMOS a Hilario , como autor penalmente responsable, de un delito de CONDUCCION TEMERARIA, en concurso medial con una falta de Lesiones, a las penas de UN AÑO de PRISION, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y privación del derecho a conducir vehículo de motor y ciclomotores durante DOS AÑOS, por el delito, y a la pena de UN MES de MULTA, con una cuota diaria de DOS EUROS, con responsabilidad civil subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, por la falta y que indemnice al Policía Nacional NUM000 en la cantidad de 350 euros y a Universal Lease Ibérica S.A. en 2.360,21 €, con la responsabilidad civil subsidiaria del Consorcio de Compensación de Seguros; y al abono de las costas causadas. QUE ABSOLVEMOS a Hilario , del delito de ATENTADO, por el que venia acusado, declarando de oficio un tercio de las costas devengadas".

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de casación por Elias mediante la presentación del correspondiente escrito por el Procurador de los Tribunales D. Daniel Otones Puentes, menciona como motivos susceptibles de casación: 1) al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional 2) al amparo del art. 849.2 de la LECrim, por error en la valoración de la prueba basado en documentos 3) al amparo del art- 849.1 de la LECrim., por indebida inaplicación de las eximentes de los arts. 20.4, y del art. 20.7 CP, 4) al amparo del art- 849.1 de la LECrim., por indebida aplicación del art. 56.3 CP.

**TERCERO.-** En el trámite correspondiente a la substanciación del recurso el Ministerio Fiscal y la acusación particular se opusieron al mismo.

**CUARTO.-** Conforme a las normas de reparto aprobadas por Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Magistrado Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca.

### **II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**



**PRIMERO.**- Alega el recurrente en el primer motivo de casación y al amparo del art. 54 de la LOPJ, infracción de preceptos constitucionales, en concreto, del art. 24 CE (presunción de inocencia e "in dubio pro reo") y del art. 9.3 de la Carta Magna (interdicción de la arbitrariedad).

Analizando el contenido del motivo, trata la misma cuestión aun desde diferente perspectiva en el motivo tercero, invocando en éste el apartado 1 del art. 849 de la LECrím., por inaplicación del apartado 4 del art. 20 del Código Penal (eximente completa de legítima defensa) y del apartado 7 del mismo precepto (ejercicio legítimo de un deber, oficio o cargo). Se procederá al estudio conjunto de ambos motivos.

A) Partiendo de que no es cuestión debatida por el recurrente el relato histórico que determinó la subsunción de los hechos en el tipo penal de homicidio en grado de tentativa, siquiera en la modalidad de dolo eventual (recordemos cometidos en el ejercicio de su cargo, siendo agente de la Policía Nacional), sí se presenta, en cambio, como controvertida la valoración de la Sala en orden a la aplicación de las circunstancias justificativas de su acción. El Tribunal de Instancia ha rebajado la pena en dos grados en atención a la presencia de la causa de justificación incompleta de legítima defensa.

Cuestiona la parte, inicialmente, la virtualidad del "factum" en lo atinente a este extremo en el que tras una persecución que finalizó en la colisión del patrullero policial con el vehículo en el que se encontraba el coimputado, Hilario, se dirigió el agente de policía empuñando su **arma** reglamentaria al vehículo Seat Ibiza para proceder a la detención; una vez salió Hilario, de espaldas y ligeramente agachado, el Agente "en la creencia de que Hilario llevaba un objeto metálico y que se giraba a él para atacarle, efectuó un disparo contra el mismo con su **arma** reglamentaria que le alcanzó en la parte inferior de la parrilla costal derecha...".

Afirma el recurrente que tal apreciación del agente no fue errónea sino cierta, estimando que el coimputado asió un serrucho con el que pretendía agredir al agente y que posteriormente fue encontrado en su vehículo. A tal apreciación responde la inicial acusación por delito de atentado, entre otros, contra Hilario.

Subsidiariamente se pretende obtener la misma exención de responsabilidad en el motivo tercero al amparo de la vía casacional de infracción de ley ( art. 849.1 de la Ley LECrím.)

B) Según reiterada doctrina legal, cuando se alega la infracción del derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia, porque sólo a éste órgano jurisdiccional le corresponde esa función valorativa ( STS 508/2007, 609/2007 entre otras muchas). No obstante, es revisable en casación la estructura racional de la sentencia, consistente en la observación de las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal de instancia. ( STS nº 512/2008 de 17-7, la nº 508/2007 de 13-6, o las nº 888/2006 y 898/2006 entre otras muchas) .

En relación con la eximente de legítima defensa, señala la STS 962/2.005, de 22 de Julio, reiterando la doctrina de esta Sala, que para su posible estimación se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Agresión ilegítima (consistente en la puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos -vida, patrimonio, etc.-, consecuencia de una acción o conducta actual, inminente, real e injusta, en el sentido de fuera de razón o inesperada), que constituye el presupuesto esencial de toda legítima defensa -completa o incompleta- y que, en principio, no cabe apreciar en los supuestos de riña entre dos o más personas mutuamente aceptada; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende; y, finalmente, d) Ánimo de defensa en el sujeto, como elemento subjetivo que debe apreciarse en la conducta enjuiciada.

Cuestión compleja es la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, dado que constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, y es el juicio que permite la gradación y eventual apreciación de la eximente como incompleta, toda vez que tanto la falta de provocación como la agresión ilegítima no admiten grados o concurren o no concurren.

Distinta es la cuestión en lo concerniente a la legítima defensa putativa, es decir al error sobre los presupuestos (fácticos o normativos) que, de haber concurrido, hubieran podido justificar el hecho.

La doctrina científica (también la jurisprudencial) viene estableciendo ciertas distinciones dogmáticas, relativas al **error** acerca de la significación antijurídica de la conducta. Puede ser:

- a) *Directo*, cuando el autor ignora la desvalorización que el derecho atribuye al hecho cometido.
- b) *Indirecto*, cuando conociendo la desvalorización del derecho el sujeto cree erróneamente que se halla desvirtuado por la concurrencia de una causa de justificación. Dicho error indirecto puede, a su vez, versar:



- sobre la virtualidad justificante de una determinada situación de hecho, es decir, sobre la existencia jurídica de una determinada causa de justificación.
- sobre la concurrencia de los hechos que determinan la justificación.

Son de todos conocidas las teorías que se han ensayado sobre esta materia (teoría del dolo y de la culpabilidad), con las divergentes consecuencias respecto al error vencible de prohibición, dando lugar en cualquier caso el invencible a la exención de responsabilidad penal.

C) En el presente caso, el fundamento de derecho segundo "in fine" argumenta al tiempo las razones para dictar un pronunciamiento de signo absolutorio respecto del delito de atentado con instrumento peligroso imputado a Hilario y por ende para prefijar los presupuestos fácticos de la legítima defensa putativa concurrente en el recurrente, esto es, la falta de acreditación de la agresión ilegítima.

Así, no se estima acreditado por el Tribunal de Instancia que el coimputado se abalanzase de forma inopinada hacia el PN NUM001 (recurrente), con un serrucho. A tal apreciación llega el Tribunal de forma razonada, sin apartarse de la lógica, ni de las máximas de la experiencia. Partiendo de la insuficiencia de lo aportado por los testigos directamente presenciales, más allá de las partes implicadas, a las que asiste el derecho de no decir verdad; Lucía de la Guardia no observó nada y tanto Almudena como Jacobo no percibieron que el coacusado portara instrumento alguno al salir del vehículo; por otro lado, tampoco fue hallado el serrucho en el lugar donde el Policía Nacional disparó contra Hilario, sino en el suelo del asiento del conductor del Seat Ibiza, manifestando éste que lo había utilizado para hacer el puente del vehículo; esta versión ofrece mayor credibilidad a la Sala frente a la del recurrente, quien declaró haber cogido el serrucho del lugar, haberlo vuelto a introducir en el coche del detenido (y no en el patrullero policial) para evitar su extravío. Estos hechos tampoco fueron corroborados por agentes que depusieron en el plenario. En definitiva, ha de partirse de la corrección del juicio de inferencia efectuado por la Sala, en el sentido de que el Agente se movió por una creencia (el riesgo potencial para su vida o integridad física) ajena a la realidad fáctica.

Partiendo pues de tal premisa, y de acuerdo ahora con la intangibilidad de los hechos declarados probados, procede analizar subsiguientemente la corrección del fallo, que aplica una degradación de la pena del homicidio intentado en dos grados.

El fundamento jurídico de la sentencia combatida subsume específicamente el caso en el supuesto de legítima defensa putativa, y aun cuando no se explícita, hemos de limitarnos a calificar el error ante el que nos hallamos de vencible, a tenor del apartado 3, in fine, del art. 14 del Código Penal.

Ciertamente no es fácil proporcionar criterios de medición de este aspecto de la norma (la vencibilidad o invencibilidad del error sobre una causa de justificación). En términos generales, puede señalarse que un criterio racional y seguro en la delimitación de la vencibilidad es el de la existencia de un comportamiento alternativo, de manera que habrá de indagarse si el sujeto activo pudo actuar de modo alternativo a la situación de hecho sobre la que actúa, para lo que será, también, determinante comprobar las circunstancias concurrentes, como la específica preparación y profesionalidad del sujeto y lo que le es exigible en el marco de su actuación. En el mismo sentido habrá de ponderarse si al sujeto le era imposible llevar a cabo una comprobación más eficiente de la situación fáctica concurrente en función del temor que le pudiera producir la representación de su errónea creencia.

No es posible afirmar dado el relato de hechos probados y los matices añadidos en la fundamentación jurídica, que atendidas las circunstancias fuera de todo punto imposible discernir la existencia o inexistencia del serrucho que el acusado creyó ver. Una mayor reflexión, hubiera permitido al recurrente poner en duda la existencia de esa hipotética **arma**, primero, y quizás más tarde comprobar la irrealidad de algo, que fue simple apariencia. La justificación de la intervención, ciertamente, resultaba incontestable, si bien la Sala estima que debiera haber actuado retirándose del lugar, lanzando un disparo al aire, al suelo y en última instancia a las piernas de Hilario, no directamente contra él mismo. Este es el fundamento de la atenuación de la responsabilidad penal, sin que en modo alguno pueda apreciarse con el carácter de la invencibilidad y, por tanto, excluir el reproche penal.

Por último y en relación a la mención de la indebida inaplicación al caso de la exigente del apartado 7º del art. 20 CP, es claro que, como el recurrente afirmó en el enjuiciamiento, si disparó lo hizo para preservar su integridad física, consecuentemente la justificación que se postula no puede ser la del cumplimiento de un deber, sino la de legítima defensa, ya planteada y resuelta. El ordenamiento jurídico, que autoriza el empleo de medios de coacción a los agentes de la autoridad para el cumplimiento de sus funciones, no autoriza el empleo de **armas de fuego** para la detención de presuntos delincuentes en huida de las intimaciones de los funcionarios policiales. La posible agresión a que se vean sometidos podrá ser justificada, cuando concurren los requisitos previstos en la ley, por la vía de la legítima defensa. ( STS 19 de mayo de 2005).



En atención a lo anteriormente expuesto, procede inadmitir el motivo de conformidad con los arts. 884.1º y 3º de la LECrim.

**SEGUNDO.** - A) Al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, se denuncia un error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios; Cuestiona ahora el recurrente la valoración efectuada por la Sala y que el llevó a apreciar "animus necandi" en su conducta, siquiera a título de dolo eventual; a tal efecto cita el recurrente como documentos que evidencian el error en que ha incurrido la Audiencia, el acta del juicio oral, las declaraciones de los coimputados y de tres testigos que depusieron en el plenario (los agentes de Policía y Jacobo ).

B) La jurisprudencia relacionada con el artículo 849.2º de la LECrim establece los siguientes criterios: a) Que se fundamente en una verdadera prueba documental, careciendo de tal consideración las meras pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; b) Que se aprecie un verdadero error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, sin necesidad de adición de ninguna otra prueba ni de tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; c) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, en cuyo caso no se trata de un error, sino de la valoración a la que llega el Tribunal; y d) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente goce de virtualidad bastante para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, y no los argumentos de hecho o de derecho que carecen de aptitud para modificarlo (por todas, STS nº 993/2.006, de 3 de Octubre).

Conforme a reiterada y pacífica jurisprudencia, ni el atestado, ni las resoluciones judiciales, ni el acta de entrada y registro, ni el acta del juicio oral, ni el escrito de calificación, ni las declaraciones de acusados y testigos tienen carácter documental, a efectos casacionales (por todas, STS nº 1.085/2.006, de 27 de Octubre).

C) No especifican por el recurrente aquellos particulares de cada uno de los documentos que cita y que, a su entender, muestran de forma palpable el error cometido por el Tribunal de instancia, limitándose a dejar constancia de su personal valoración de los mismos, lo que constituye ya un primer óbice a la estimación del motivo, al incumplirse los requisitos de formalización del mismo.

Pero es que además pretende sustentarlo en pruebas que carecen del carácter de «documento» a los fines de hacer valer un «error facti», toda vez que en su mayoría son declaraciones de diversos sujetos con intervención en el procedimiento en su condición de testigos y/o acusados, testimonios cuya constancia en autos es simplemente una redacción escrita de pruebas personales que, como tales y aunque queden documentadas bajo la fe del Secretario judicial, no hacen fe de su contenido, al carecer de literosuficiencia.

No hace sin embargo referencia el recurrente a los informes periciales practicados, sobre cuya base y en atención a la etiología de las lesiones, unido a los elementos concomitantes en el caso, condujeron a la Sala a inferir el dolo en la conducta realizada.

Con sus manifestaciones, muestra el recurrente su discrepancia frente a esta deducción sobre el elemento subjetivo del injusto , pretendiendo que sean sustituidos tales hechos por sus personales valoraciones sobre unos medios probatorios extraídos de forma parcial e interesada, lo que no tiene cabida en la vía impugnativa elegida ni se desprende tampoco de los medios de prueba en cuestión.

Por todo ello, procede inadmitir de plano este primer motivo, al amparo del artículo 884.1º y 6º de la LECrim.

**TERCERO.** - A) Por último se alega por el recurrente infracción de ley de conformidad con el apartado 1 del art. 849.1 de la LECrim por indebida aplicación de la pena accesoria del art. 56.3º (inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio).

B) El artículo 56 del CP, en su redacción vigente al tiempo de los hechos, señala que *"en las penas de prisión inferiores a diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 3º. Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código "*.

En relación con la pena de inhabilitación la STS 20-3-2003 afirma: "La configuración legal de estas penas las hace inherentes a la pena de prisión impuesta al condenado, como una consecuencia necesaria de la misma, de manera que en cada caso, por razones de proporcionalidad, el Tribunal deberá imponer la que mejor se adecue a las características del hecho sancionado y a la finalidad de la sanción penal. Es por eso que cuando el hecho cometido tenga relación directa con el empleo o cargo público, la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, la accesoria pertinente, expresando en la sentencia la vinculación, es la inhabilitación



especial relativa al cargo, profesión, etc., que ha sido utilizado por el autor del delito en relación directa con la comisión del mismo, en cuanto que le ha proporcionado la ocasión de cometerlo. (...)

C) Siendo indubitado en el presente caso, la estrecha relación entre la actividad delictiva por la que ha resultado condenado el recurrente y el ámbito de su profesión, al haberse realizado precisamente en el ejercicio de ésta, no existe, por lo tanto, una falta de vinculación entre la pena de inhabilitación para el ejercicio del cargo público impuesta en el fallo de la sentencia con lo dispuesto en el relato de hechos probados, siendo esta pena proporcional al delito cometido.

Nada puede, por tanto, objetarse a la imposición de esta pena accesoria. Al igual que en el caso anterior, la inexistencia de la infracción legal denunciada conlleva el rechazo de plano del motivo, por aplicación del artículo 884.3º de la LECrim.

En consecuencia procede dictarse la siguiente parte dispositiva:

### **III. PARTE DISPOSITIVA**

LA SALA ACUERDA:

NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN del recurso de casación formalizado por el recurrente, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir esta resolución.