



Roj: **STS 5253/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5253**

Id Cendoj: **28079120012016100910**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2016**

Nº de Recurso: **10306/2016**

Nº de Resolución: **895/2016**

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

Ponente: **JUAN SAAVEDRA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3915/2015,**
STSJ CAT 1278/2016,
STS 5253/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Epifanio**, contra sentencia de fecha 25 de febrero de 2016, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el rollo de apelación 17/2015, procedente del procedimiento del Jurado nº 36/2014 de la Audiencia Provincial de Barcelona, derivado de la causa del Jurado número 1/2013 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Manresa; que condenó al acusado por un delito de homicidio, tres delitos de atentado a agentes de la autoridad y un delito contra la seguridad del tráfico; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la presidencia del primero de los indicados y ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando representado el recurrente por el Procurador Don Mariano López Ramírez, siendo parte recurrida el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MANRESA**, representado por el Procurador Don Jacabo Gandarillas Martos, **Eduarne**, representada por el Procurador Don Ramón Blanco Blanco y **Leonor**, representada por la Procuradora Doña Adela Cano Lantero.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en grado de apelación en fecha veinticinco de febrero de dos mil dieciséis, que contiene los siguientes hechos probados consignados en la sentencia apelada: <<Se declara probado que Epifanio, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia de 22 de mayo de 2011, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Manresa, por delito de robo con fuerza en las cosas; por sentencia de 21 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de los de Manresa, como autor de un delito de conducción con permiso no vigente por pérdida total de puntos, sobre las 22:25 horas del día 21 de mayo de 2014, conducía el ciclomotor marca Hispania, matrícula N...NNN, por la carretera Pont de Vilomara, en la que también estaban los agentes de policía municipal de Manresa, con TIP NUM000 y NUM001, para coger su vehículo tras haber hecho un servicio en el Colegio Ítaca, por lo que iban vestidos con el uniforme reglamentario y con ropas reflectantes.- Cuando los agentes se retiraban, se percataron de que por dicha vía, circulaba el ciclomotor conducido por el acusado. De hecho les llamó la atención el ruido que hacía el tubo de escape, lo que motivó que ambos agentes decidieran darle el alto, de tal forma que el agente con TIP NUM000 - Vicente -, junto con su compañero de patrulla -el también agente de policía local de Manresa con TIP NUM001 -, se colocaron en dos puntos diferentes, y le hicieron gestos con los brazos para que se detuviese.- El acusado Epifanio hizo caso omiso de las indicaciones de los agentes de policía, y agachándose sobre el ciclomotor que aceleró, se dirigió contra el agente NUM001,



quien pudo esquivarle mediante una maniobra evasiva, momento en que, con la intención de acabar con la vida del agente de policía o al menos conociendo las altas probabilidades de hacerlo con su conducta, se dirigió directamente hacia el agente de policía local con TIP NUM000 - Vicente -, a quien atropelló.- A consecuencia de las heridas producidas, consistentes en neumotórax derecho con hemotórax y contusión pulmonar derecha, fracturas de los arcos costales 1-2-8 y 9 izquierdos y de 3 a 9 derechos, fractura esternal, contusión hepática con hemoperitoneo, fractura de la pala ilíaca derecha, fractura bilateral tibioperoneal. Las policontusiones dichas le produjeron shock hipovolémico refractario con fallo multiorgánico, que produjo la muerte.- El acusado pretendió marcharse del lugar, pero no pudo al ser detenido por el agente de policía local NUM002 , quien lo retuvo en el lugar de los hechos hasta la llegada de refuerzos policiales.- Durante su custodia, en el propio lugar de los hechos, cuando Epifanio estaba siendo atendido por los servicios sanitarios, con la finalidad de ofender al agente que le custodiaba y de menospreciar la función policial que desarrollaba, se dirigió al agente de policía local de Manresa con carnet profesional nº NUM003 diciéndole: "lo que no he conseguido con el hijo de puta de tu compañero, matarlo, lo haré contigo cuando salga".- Con posterioridad y una vez en la ambulancia, en la que fue atendido y trasladado al hospital correspondiente, se dirigió igualmente y con idéntico ánimo, al agente NUM004 que le custodiaba, diciéndole: "al próximo que atropellaré serás tú, hijo de puta, porque me da igual el talego, yo me voy palante como los de Alicante", así como: "el daño ya está hecho, me voy a la trena y cuando salga voy a por vosotros".- El acusado, conducía el ciclomotor Hispania Racing RX, matrícula N....NNN , propiedad de Blas , careciendo de permiso o licencia que le habilitara para ello, por haber perdido la totalidad de puntos de dicha licencia y no haberlos recuperado.- En la fecha de los hechos Epifanio , padecía una alteración psíquica, derivada de una malformación cerebral congénita, que le produjo dificultades de aprendizaje, trastorno psicótico y cambios de personalidad, circunstancia que de forma genérica y leve le impide comprender el alcance de sus actos.- En dicha fecha, también era consumidor habitual de estupefacientes de larga evolución, en concreto de hachís, circunstancia que mermaba de forma leve su capacidad intelectual y volitiva.- **SEGUNDO.**- Los padres e hijos de Vicente no reclaman cantidad alguna al haber sido indemnizados por el Consorcio de Compensación de seguros.- **TERCERO.**- Epifanio se encuentra privado de libertad por estos hechos desde el día 21 de mayo de 2012 fecha en la que fue detenido, y posteriormente en 24 de mayo de 2012 se acordó su prisión provisional>>.

La sentencia apelada, tras los pertinentes fundamentos de derecho, contiene el siguiente Fallo: "En virtud del VEREDICTO EMITIDO POR EL TRIBUNAL DEL JURADO en la presente causa, CONDENO a Epifanio como responsable criminalmente en concepto de autor de los siguientes delitos: 1.- Delito de homicidio. 2.- Delito de atentado a los agentes de la autoridad con uso de instrumento peligroso. 3.- Dos delitos de atentado a los agentes de la autoridad, y 4.- Un delito contra la seguridad del tráfico en su modalidad de conducir sin licencia por pérdida total de puntos.- Todos ellos ya definidos, concurriendo las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a) circunstancia agravante de reincidencia, en el delito contra la seguridad del tráfico, b) circunstancia atenuante analógica de alteración psíquica, en todos los delitos, y c) circunstancia atenuante analógica de drogadicción, en todos los delitos, también definidas, y por dichos delitos se le imponen las siguientes penas. 1.- Por el delito de homicidio la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo. 2.- Por el delito de atentado a los agentes de la autoridad, con uso de objeto peligroso, la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo. 3.- Por cada uno de los dos delitos de atentado a los agentes de la autoridad, la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, por cada delito, y 4.- Por el delito contra la seguridad vial, a la pena de DIECIOCHO MESES DE MULTA con cuotas diarias de seis euros, y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del CP .- Igualmente le condeno al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de las acusaciones particulares.- Abónese a Epifanio , a efectos de cumplimiento de la pena impuesta, el tiempo que por estos hechos ha estado privado de libertad con carácter provisional".

Por el Ministerio Fiscal se solicitó aclaración de la sentencia mediante escrito de 20 de mayo de 2015, dictándose auto de fecha 25 de mayo de 2015 cuya parte dispositiva es como sigue: <<Aclarada la sentencia dictada en fecha 12 de mayo de 2015, en el sentido de sustituir en su parte dispositiva, en los términos dichos de tal forma que el fallo queda redactado en la siguiente forma: En virtud del VEREDICTO EMITIDO POR EL TRIBUNAL DEL JURADO en la presente causa, CONDENO a Epifanio como responsable criminalmente en concepto de autor de los siguientes delitos: 1. Delito de homicidio. 2. Delito de atentado a los agentes de la autoridad con uso de instrumento peligroso. 3.- Dos delitos de atentado a los agentes de la autoridad, y 4.- Un delito contra la seguridad del tráfico en su modalidad de conducir sin licencia por pérdida total de puntos, todos ellos ya definidos, concurriendo las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, d) circunstancia agravante de reincidencia, en el delito contra la seguridad del tráfico, e) circunstancia atenuante analógica de alteración psíquica, en todos los delitos, y f) circunstancia atenuante analógica de drogadicción, en todos los delitos, también definidas, y por dichos delitos se le imponen las siguientes penas: **1.** Por el delito de homicidio la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo



por igual tiempo. **2.** Por el delito de atentado a los agentes de la autoridad, con uso de objeto peligroso, la pena de UN AÑO, DIEZ MESES Y DIECISÉIS DÍAS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo. **3.** Por cada uno de los delitos de atentado a los agentes de la autoridad, la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, por cada delito, y **4.** Por el delito contra la seguridad vial, a la pena de DIECIOCHO MESES DE MULTA con cuotas diarias de seis euros, y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del CP.- Igualmente le condeno al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de las acusaciones particulares.- Abónese a Epifanio , a efectos de cumplimiento de la pena impuesta, el tiempo que por estos hechos ha estado privado de libertad con carácter provisional>> (sic).

SEGUNDO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de apelación dictó el siguiente Fallo: "Con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Maximiliano , al que se adhirió el Ayuntamiento de Manresa, debemos revocar parcialmente la sentencia dictada en procedimiento del Tribunal del Jurado nº 36/2014, debiendo condenar al acusado Epifanio , como responsable criminal en concepto de autor de los delitos de: 1.- Homicidio. 2.- Atentado a agente de la autoridad con uso de instrumento peligroso. 3.- Dos delitos de atentado a agentes de la autoridad, y 4.- Delito contra la seguridad en el tráfico, en la modalidad de conducción sin licencia por pérdida total de puntos.- En todos ellos concurre la atenuante analógica de alteración psíquica y la agravante de reincidencia respecto del delito contra la seguridad en el tráfico.- Y por ello procede imponer las siguientes penas: 1.- Por delito de homicidio la pena de once años de prisión, así como la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. 2.- Por el delito de atentado a agente de la autoridad, con uso de instrumento peligroso, a la pena de tres años y un día de prisión, así como a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. 3.- Por cada uno de los delitos de atentado a agentes de la autoridad un año de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante ese tiempo. 4.- Por el delito contra la seguridad vial la pena de dieciocho meses multa, con cuota día de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a las previsiones del artículo 53 del CP.- Se ratifica la sentencia apelada en todos los demás pronunciamientos, declarándose de oficio las costas de este recurso".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de Epifanio , 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.- La representación del recurrente alegó los motivos siguientes: **PRIMERO** .- Al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECrim . y el artículo 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución . **SEGUNDO** .- Por infracción de ley, con base en el artículo 849.1 de la LECrim ., por falta de aplicación de la atenuante analógica de drogadicción del artículo 21.7, en relación con el artículo 21.2 y 20.2 del Código Penal .

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 8 de noviembre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. El motivo inicial invoca los artículos 852 LECrim . y 5.4 LOPJ alegando vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías proclamado en el artículo 24.2 CE . Argumenta que la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal estimatoria parcialmente del recurso de apelación interpuesto por la acusación particular, al que se ha adherido el Ayuntamiento de Manresa, dejando sin efecto la estimación de la atenuante analógica de drogadicción apreciada por el Tribunal del Jurado, ha conculcado el derecho mencionado por cuanto ha modificado el hecho probado sin seguir el cauce previsto para ello, puesto que el motivo se amparaba en el " artículo 846 bis c), b), de la LECrim .", equivalente a la vía del artículo 849.1 del mismo texto, es decir, por infracción de ley, "pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre los hechos predeterminados que han de ser los fijados por el Tribunal de instancia", de forma que la Sala de apelación "modifica los hechos probados de la sentencia del Tribunal del Jurado, suprimiendo o ignorando una parte de los mismos", llegando de esta forma a la conclusión de la inaplicación de la atenuante mencionada, añadiendo que se vulnera la doctrina que impide condenar "a quien ha sido absuelto en la instancia, o empeora la situación del condenado (que es el caso que nos ocupa), como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados".



2. El enunciado del motivo no es congruente con su desarrollo y además carece de fundamento. La sentencia objeto del recurso de casación se cuida de fijar en el primero de los fundamentos de derecho, sin añadir o suprimir palabra alguna, la declaración de hechos probados atinente a las cuestiones controvertidas y objeto de impugnación en el recurso de la acusación particular, transcribiendo literalmente los apartados correspondientes de la sentencia del Jurado que por ello acepta en su integridad. Lo que sucede es que el recurrente confunde los hechos constatados con la subsunción y calificación de los mismos conforme a las previsiones del Código Penal en materia de aplicación, concretamente en el caso, de la atenuante analógica de drogadicción. Por ello la cuestión controvertida es estrictamente jurídica, como veremos a continuación, haciendo el recurso supuesto de la cuestión en la medida que asocia automáticamente al hecho probado "- en dichas fechas, también era consumidor habitual de estupefacientes de larga evolución en concreto hachís, circunstancias que mermaban de forma leve su capacidad intelectual y volitiva-" la concurrencia jurídico-penal de la atenuante, porque una cosa es lo que se dice y otra distinta su calificación conforme al precepto pretendidamente aplicable del Código Penal. De la misma forma tampoco se ha vulnerado la doctrina en materia de revocación de sentencias absolutorias o agravación de la situación del condenado en primera instancia por el Tribunal de apelación, o de casación, por cuanto los términos de la discusión son los señalados más arriba, es decir, si lo que declara probado el Tribunal del Jurado ha sido alterado por la Sala de apelación o ésta se ha limitado a llevar a cabo el juicio de derecho aplicable a lo primero, que es lo que sucede en el caso.

El motivo por ello no es acogible.

SEGUNDO.-1. El siguiente y último motivo ex artículo 849.1 LECrim . denuncia la falta de aplicación de la atenuante analógica de drogadicción del artículo 21.7 en relación con los artículos 21.2 y 20.2 CP . El desarrollo del motivo, con cita de nuestra propia jurisprudencia en relación con el sentido y los requisitos de las atenuantes por analogía, insiste en el error de derecho de la sentencia de la Sala de apelación que desconoce los hechos probados de la sentencia del Jurado cuando afirma que el recurrente "tenía merma de forma leve su capacidad intelectual y volitiva por causa del consumo de drogas, y eso necesariamente debía tener reflejo en la calificación jurídica de los hechos".

2. Vamos a partir de dos precisiones jurisprudenciales relevantes para la decisión del motivo. En primer lugar, como afirma la STS 708/2014 , es doctrina reiterada de esta Sala que <<el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas.

Es decir, para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles, pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (SSTS 16.10.00 , 6.2 , 6.3 y 25.4.01 , 19.6 y 12.7.02)>>.

En segundo lugar, nuestra jurisprudencia también ha reconocido que cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, podrá apreciarse como factor desencadenante de una disminución de la capacidad de culpabilidad que podría llegar a disminuirla sensiblemente (STS 194/2014 , entre otras).

Ahora bien, en línea de principio si el artículo 21.2 CP se refiere a la actuación del culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior, si aquella no es grave sus efectos sobre la capacidad de culpabilidad del agente tampoco lo serán, luego el consumo como tal no disminuirá aquella, incluso, como ha señalado alguna jurisprudencia, por ello es muy problemático aceptar la atenuante por analogía de drogadicción, y desde luego la afectación leve de la capacidad intelectual y volitiva del sujeto no puede reconducirse a la circunstancia por analogía porque ello equivaldría a reconocer el mismo efecto a la levedad de la afectación que a su gravedad, de forma que se trataría de exigencias distintas en este orden según aplicásemos la atenuante genérica o la analógica. Cuestión distinta es que esta sea la vía para reconocer la disminución de la capacidad de culpabilidad en supuestos donde no se trate de la llamada "delincuencia funcional" a la que se refiere la atenuante genérica. Por lo tanto si el hecho probado se refiere a una disminución



leve de la capacidad del recurrente que tiene su origen en su consumo habitual de estupefacientes, ello por sí solo no justifica la estimación de la atenuante declarada en la sentencia del Jurado.

Por otra parte, tampoco es posible admitir la concurrencia de dos causas autónomas de disminución de la capacidad de culpabilidad del sujeto desagregadamente, pues la imputabilidad de la persona es una sola y su disminución será la consecuencia del efecto conjunto de los factores que la hagan posible. Así lo hemos proclamado en la STS 542/2004 (fundamento quinto) cuando se expone <<... además, de haberse estimado la atenuación pretendida en el motivo anterior (se trataba de la de drogodependencia), ésta (la de alteración psíquica) tendría igual fundamento atenuatorio y no cabría el acogimiento conjunto de dos atenuantes de la misma naturaleza, so pena de infringir el principio "non bis in idem". Ambas inciden en la imputabilidad del sujeto reduciéndola, por lo que a lo sumo se podría hablar de factores operantes sobre una misma causa de atenuar (ratio atenuatorio), al objeto de atribuirle una mayor o menor intensidad con repercusión en la pena>>.

La suma, como sucede en el presente caso, de dos afectaciones leves de la capacidad de culpabilidad del agente, reconocidas por la Audiencia estimando autónomamente la atenuación analógica de alteración psíquica y de drogadicción, incluso podría cuestionarse. No obstante, debiendo partirse de la concurrencia de la primera, la Sala de lo Civil y Penal, cuando afirma (fundamento de derecho tercero in fine) si "lo relevante es la merma de la capacidad de culpabilidad, no podemos dejar de considerar que su afectación es la suma de los trastornos psíquicos y de los inducidos por el consumo de la droga. En definitiva, si bien es cierto que el consumo de droga que da lugar a una leve afectación no se estima suficiente para integrar la atenuante analógica invocada, debemos aceptar que la conjunción de los dos déficits si es relevante para apreciar la atenuante analógica de alteración psíquica considerada en la sentencia", ha dado una respuesta que no infringe por falta de aplicación los preceptos citados en el denunciado del motivo y conforme con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Ex artículo 901 LECrim . las costas del recurso se imponen al recurrente.

III. FALLO

Que debemos declarar **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional dirigido por **Epifanio** frente a la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 25/02/2016 , en el rollo de apelación Jurado núm 17/2015, con imposición al recurrente de las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución al Tribunal Superior de procedencia a los efectos 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

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Saavedra Ruiz , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.