



Roj: **STS 7638/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:7638**

Id Cendoj: **28079120012007100937**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2007**

Nº de Recurso: **566/2007**

Nº de Resolución: **955/2007**

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

Ponente: **DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Noviembre de dos mil siete.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de la Acusación Particular Rosa e hijas y de la Acusación Popular "Asociación Cultural Illacrua" y otras, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, que absolvió al acusado Gaspar de un delito de homicidio por imprudencia grave, los 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. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente por las Procuradoras Sras. Rabadán Chaves y Afonso Rodríguez, y el recurrido acusado Gaspar, representado por el Procurador Sr. Velasco Muñoz-Cuellar.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Santa Coloma de Gramanet instruyó diligencias previas con el nº 472 de 2.004 contra Gaspar y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, que con fecha 29 de diciembre de 2.006 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: El día 27 de mayo del 2004, sobre las 7'00 horas, funcionarios de la Policía Autonómica, en compañía de la Secretaria Judicial del Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Santa Coloma de Gramanet, se personaron en el inmueble núm. NUM000 de la c/ PASAJE000, de la mencionada localidad, al objeto de practicar una diligencia de entrada y registro en el piso NUM001 de la NUM002 planta, habilitados con el correspondiente mandamiento judicial, como consecuencia de una investigación que el referido cuerpo policial venía realizando sobre un individuo de origen magrebí del que se sospechaba se dedicaba al tráfico de la sustancia estupefaciente "haschís". Entre los agentes intervinientes se encontraba el caporal Don Gaspar -mayor de edad y sin antecedentes penales-, quien junto con los demás integrantes del operativo, comandado por el sargento con carnet profesional núm. NUM003, valorando las circunstancias de la entrada y registro, así como la eventual peligrosidad de la diligencia a practicar, por no tener datos sobre si los ocupantes del piso podían o no estar armados, en concreto la persona investigada, decidieron que los integrantes de la primera pareja que entraría en el piso, el sargento y el caporal ya precitados, llevaran en la mano sus respectivas armas, acordando igualmente la hora de llevar a cabo la diligencia como factor sorpresa. Una vez llegados a la puerta del inmueble la Secretaria Judicial permaneció junto a la puerta del mismo, acompañada de uno de los funcionarios policiales, mientras los demás subían al piso, procediendo dos de los agentes intervinientes a romper la puerta de la vivienda y penetrando en el mismo a la carrera el sargento con carnet profesional núm. NUM003 y el caporal Don Gaspar, dirigiéndose a la habitación situada al fondo, que era el salón de la vivienda, entrando el sargento en una habitación adyacente y encontrándose el caporal -quien llevaba en su mano izquierda una linterna y en la derecha su pistola reglamentaria marca star modelo 31 P, del calibre 9 m/m, sin seguro y en posición de doble acción, llevando el dedo correspondiente fuera del receptáculo del gatillo- con que en el salón se encontraban dos personas cuya presencia en el interior de la vivienda no estaba contemplada en el diseño de la operación, quienes, no obstante las reiteradas voces dadas por el agente



"alto, policía" y "al suelo", comenzaron a levantarse de las camas donde estaban tumbados, intentando aquél mediante empujones que no lo hicieran, al tiempo que seguía dando las voces de "alto policía" y "al suelo", consiguiendo hacerlo ello no obstante Don Raúl, quien, a pesar de las voces dadas por el agente y que el mismo llevaba un chaleco (antibalas) donde figuraba el escudo del cuerpo policial y la palabra "policía" estampada en la parte frontal, procedió a coger con sus dos manos la del funcionario policial que empuñaba el arma, comenzando un forcejeo entre ambos, tratando Don Gaspar que Don Raúl no llegara a arrebatarse el arma, en el transcurso del cual éste al dar un violento tirón hacia él y tropezar con el borde de la cama de donde se había levantado cayó hacia atrás, arrastrando en su caída al caporal de los Mossos d'Esquadra, disparándose en ese momento la pistola, sin que conste probado quien accionó el gatillo, impactando la bala en la región parietal izquierda de Don Raúl, siguiendo el proyectil una trayectoria de delante hacia atrás, de izquierda a derecha con leve desviación y de arriba hacia abajo, en un ángulo casi horizontal, yendo finalmente a impactar en la base del cráneo atravesando el cerebelo hasta la protuberancia, ocasionando su muerte de forma instantánea por la destrucción de centros neurológicos vitales. El fallecido Don Raúl estaba casado con Doña Rosa y tenía dos hijas menores de edad, Fatine y Fátima.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente y con todos los pronunciamientos favorables a Don Gaspar del delito de **homicidio** por imprudencia grave del que era acusado por el Ministerio Fiscal, la acusación particular y la acusación popular, declarando de oficio las costas procesales del presente juicio. Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala y se notificará personalmente al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndose saber al acusado que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y/o quebrantamiento de forma, en el término de cinco días, ante este Tribunal y para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando en esta instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de la Acusación Particular Rosa e hijas y de la Acusación Popular "Asociación Cultural Illacrua" y otras, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Ssegunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- I.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular Rosa e hijas, lo baso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, de los arts. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J., en relación con los arts. 24.1 y 24.2 de la C.E., ya que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva así como del derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa que amparan a mi representado; Segundo.- Por infracción de ley del art. 849.2 L.E.Cr., por 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; Tercero.- Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr. al haberse infringido un precepto de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal dados los hechos declarados probados; Cuarto.- Por quebrantamiento de forma del art. 850.1 L.E.Cr. por haber denegado diligencias de prueba propuestas por las partes, en tiempo y forma, que se consideraban pertinentes, causando indefensión a la parte recurrente.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Popular "ASOCIACIÓN CULTURAL ILLACRUA" y otras, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J., en relación con los arts. 24.1 y 24.2 de la C.E., ya que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales así como del derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la acusación que represento; Segundo.- Por infracción de ley del art. 89.1 L.E.Cr., al haberse infringido un precepto de carácter sustantivo y otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal dados los hechos considerados probados; Tercero.- Infracción del art. 849.2 L.E.Cr., error en la apreciación de la prueba; Cuarto.- Por quebrantamiento de forma del art. 850.1 L.E.Cr. por haberse denegado diligencias de prueba propuestas por las partes, en tiempo y forma, que se consideraban pertinentes, causando indefensión a la parte recurrente.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, apoyó parcialmente el tercero de los motivos del recurso de Rosa e hijas y el segundo del recurso de la acusación popular, solicitando la inadmisión del resto de los motivos de ambos recursos, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida, impugnando la admisión de los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 13 de noviembre de 2.007.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia por la que absolvía al acusado del delito de **homicidio** imprudente que le imputaban las acusaciones pública, particular y popular.

Estas dos últimas partes procesales recurren en casación la mentada sentencia formalizando sendos recursos sustancialmente iguales en su motivación, fundamentos argumentales y pretensiones, razón por la cual serán analizados conjuntamente

SEGUNDO.- El motivo primero se formula por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y del derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes, recogidos en el art. 24.1 y 2 C.E. Esta censura casacional se reitera en el motivo cuarto, ahora por el quebrantamiento de forma previsto en el art. 850.1 L.E.Cr., por denegación de pruebas pertinentes.

Puesto que el vicio formal que se alega encuentra su fundamento y razón de ser en los derechos primeramente invocados que, a la postre, tienen como objetivo evitar toda situación de indefensión, ambos motivos se estudiarán también de manera conjunta.

Se centra la censura en que las acusaciones propusieron en conclusiones provisionales varias pruebas periciales y ampliación de las ya practicadas obrantes en autos, que fueron denegadas por el Tribunal a quo. No obstante, en el desarrollo del reproche casacional, se concreta la "especial relevancia" del informe de balística ya practicado, sobre el funcionamiento del arma del acusado, y se alega que el resultado del citado informe debía ser puesto de manifiesto a los peritos médicos, junto con las manifestaciones del acusado en el acto del juicio oral, para aclarar a la Sala si efectivamente era verosímil lo que el Tribunal admitió como posible, argumento en base al cual, dictó su sentencia absolutoria, al no considerar probado que el arma fue disparada, aunque fuera de manera involuntaria por el acusado y si respondía a las reglas de la lógica que un cuerpo humano al desplomarse hacia atrás pudiera hacer una fuerza de tal intensidad, en su caída, que provocara el disparo del arma, añadiendo como debía estar la posición de las manos del finado y del acusado en el momento del disparo, tras el forcejeo, o durante el mismo, de manera que se pudiera disparar el arma, y en ese momento se aplicara el gatillo la fuerza necesaria para que el arma se disparara. La conclusión a la que llegó el Tribunal a quo fue que el arma pudo haberse disparado durante el forcejeo por la fuerza aplicable por cualquiera de los dos participantes en el forcejeo.

TERCERO.- La doctrina jurisprudencial de esta Sala de manera tan reiterada como pacífica establece que la resolución de esta clase de motivos en sede de casación se halla en la interpretación de los conceptos "pertinencia" y "necesidad", y a este respecto, hemos declarado insistentemente que el derecho a utilizar los medios de prueba para la propia defensa no debe llevar, desde la vertiente judicial decisoria, a una admisión indiscriminada de cuantas pruebas se propongan por las partes. En ningún momento queda mermada la competencia de los órganos jurisdiccionales para apreciar la pertinencia de las pruebas en relación con el thema decidendi, discerniendo sobre la conveniencia de practicar las que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos contradictoriamente enfrentados y marginando aquellas otras ajenas de modo patente -y, por ello, inútiles a los fines perseguidos- al propósito de clarificación y refrendo de las tesis fácticas sustentadas. Confluyen aquí dos principios con adecuado eco constitucional, el derecho a la utilización de los medios de prueba y el relativo a la proscripción de las dilaciones indebidas - artículo 24.2 de la C.E. -. Nuestra Constitución no ha recogido el derecho a la utilización de medios probatorios de manera absoluta, si bien adiciona aquella expresión con la mención "pertinentes para su defensa". De ahí que sólo cuando la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa podrá entenderse el supuesto cubierto por la garantía constitucional. No debiendo admitirse aquellas otras pruebas en nada influenciantes en la decisión del signo de la resolución en ciernes (Cfr. sentencias de 7 de diciembre de 1.983, 20 de febrero de 1.986, 15 de marzo de 1.990, 30 de octubre de 1.991, 12 y 25 de febrero de 1.993 y 24 de enero de 1.994).

Sobre la idea de "pertinencia" se sobrepone, en último término, la de "necesidad", entendida la primera en sentido material, como relación que guardan las pruebas con el tema objeto del proceso, juicio de oportunidad o adecuación, en tanto que la "necesidad" se liga a lo indispensable o forzoso, de tal forma que deviene obligada la realización de determinada prueba a fin de evitar que pueda causarse indefensión. La Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene frecuentes alusiones a la condición de pertinentes en función de la solicitud de práctica de las pruebas propuestas, reservándose la exigencia de necesidad en relación con la adopción de acuerdos que pudieran incidir gravemente en el desarrollo del proceso. Los artículos 659, 708, 709, 791, 792, y 746,3º, son buen exponente de ello.

Para el Tribunal Constitucional la constitucionalización del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes es inseparable del derecho mismo a la defensa, si bien para juzgar sobre el indebido rechazo de un medio de prueba habrá que ponderar la trascendencia que dicha inadmisión pudo tener en la sentencia condenatoria, ya que, comprobado que el fallo, acaso, pudo haber sido otro si la prueba se hubiese



admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de defensa (Cfr. sentencias del T.C., entre otras, 116/1983, 51/1985, 30/1986, 149/1987, 158/1989 y 33/1992 de 18 de marzo). En definitiva, y como ha expresado esta Sala en sentencia de 20 de enero de 1.992 , no se produce la vulneración del derecho fundamental cuando la prueba es rechazada, aun siendo pertinente, porque su contenido carece de capacidad para alterar el resultado de la resolución final, cuando por las demás pruebas existentes sobre los mismos hechos, el punto concreto de que se trata se halla sobradamente acreditado, es decir, porque la omisión del medio propuesto en ningún caso podría tener influencia en el contenido del fallo (véase, entre muchas otras, anteriores y posteriores, STS de 16 de diciembre de 1.996).

Sobre estos conceptos de pertinencia y necesidad, hemos declarado que implican una graduación de exigencia lógica, pues si pertinente, es lo oportuno y adecuado, necesario, quiere decir tanto como obligado y forzoso, teniendo ambas notas en común, un aspecto meramente objetivo que se halla en relación con el *thema decidendi* en toda su complejidad, y un aspecto funcional que implica que la prueba propuesta tenga relevancia en el resultado del juicio respecto de cada uno de los citados temas o cuestiones implicados en el mismo.

En definitiva, el Tribunal se vé forzado a posteriori a la formulación de un juicio sobre la prueba que supera en intensidad al emitido al tiempo de la admisión y que versa sobre la pertinencia. Necesidad, por tanto, tiene relación con lo indispensable, lo forzoso, en tanto que lo pertinente se queda solo en lo adecuado.

De donde se desprende que si en un determinado estadio del procedimiento la prueba era pertinente por referirse al "*thema decidendi*", posteriormente se revela no necesaria en cuanto que lo de su práctica resultara ya está suficientemente esclarecido por otros medios de prueba, de manera que la resolución judicial no resultaría diferente por las aclaraciones o ampliación que, en el caso, hubieran realizado los peritos que emitieron los dictámenes.

Tampoco debe olvidarse, como acertadamente señala el Fiscal, que en trámite de casación, el valor "necesidad" subyace en el de "pertinencia" del art. 850.1º L.E.Cr ., atendiendo a que el art. 746.6º , al tratar de la suspensión del juicio oral, acude el concepto "necesidad" como criterio modulador, lo mismo que sucede con los epígrafes 3º y 4º del art. 850 donde se prevé que para la estimación del recurso de casación no basta con que la pregunta denegada fuese pertinente, sino que también exige que fuese verdaderamente necesaria o de indudable influencia en la causa, el art. 850.1º debe autorizar la utilización de idéntico canon (vid. sentencia del Tribunal Constitucional 45/2000, de 14 de febrero).

CUARTO.- Precisamente porque la prueba no practicada es necesaria para acreditar un dato fáctico decisivo para la subsunción, es por lo que la omisión de aquella produce la indefensión de la parte procesal al privarle de una prueba indispensable para el éxito de sus pretensiones, siendo esta situación de indefensión el elemento nuclear y determinante que debe quedar evidenciado para que el reproche pueda prosperar. Así lo declaran innumerables sentencias de esta Sala, subrayando que la estimación de un motivo como el que examinamos, es imprescindible, no sólo la producción de indefensión, entendida como un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa -o de acusación-, sino también que el formularse la impugnación casacional se aduzca y se razone convincentemente, cuál pudo haber sido la trascendencia sobre la resolución dictada que derive de la omisión de la prueba si se hubiese practicado.

Pues bien, en este marco doctrinal que ha quedado expuesto, el motivo no tiene cabida, porque las pruebas -o, mejor dicho, la ratificación o ampliación de las periciales practicadas en fase de instrucción- a las que se refiere el desarrollo del motivo, se revelan de todo punto innecesarias, puesto que, habiendo resultado probado que el disparo se produjo en el curso de un intenso forcejeo entre la víctima y el acusado por la posesión del arma que éste portaba y que aquél trataba de arrebatarle, y siendo la tesis sostenida por las tres acusaciones las del **homicidio** imprudente, es decir, no intencionado, ninguna trascendencia para el cambio de esa calificación tendrían las pruebas omitidas, que devendrían redundantes y superfluas respecto al aspecto fáctico de la realidad de la lucha por la posesión de la pistola y también respecto al jurídico de la calificación sostenida de consuno por las acusaciones.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- El siguiente motivo de casación se formula por el cauce del art. 849.2º L.E.Cr ., por error en la apreciación de la prueba.

El motivo se apoya en los informes médicos de autopsia y en el informe técnico sobre el disparador y el seguro de la pistola de la que partió el disparo, de los que el recurrente sostiene que el Hecho Probado incurre en error al establecer que "la víctima procedió a coger con sus dos manos la del funcionario policial que empuñaba el arma, comenzando un forcejeo entre ambos, tratando Don Gaspar que Don Raúl no llegara a arrebatarle el arma, en el transcurso del cual éste al dar un violento tirón hacia él y tropezar con el borde de la cama de donde se había levantado cayó hacia atrás, arrastrando en su caída al caporal de los Mossos d'Esquadra,



disparándose en ese momento la pistola, sin que conste probado quien accionó el gatillo, impactando la bala en la región parietal izquierda de Don Raúl ". Por el contrario, sostiene que esos documentos acreditarían que, si como afirma el acusado, portaba el arma sin seguro y con el percutor en doble acción, debió ser él, necesariamente, la persona que apretó el gatillo provocando el disparo del arma y, consecuentemente, la muerte de D. Raúl .

La censura no puede ser acogida.

Ha quedado cumplidamente acreditado que la víctima presentaba en sus dos manos evidencias de residuos de disparo, circunstancia ésta que evidencia que durante el forcejeo tan repetido y en el momento de producirse el disparo las manos del acusado estaban o en contacto directo con el arma para quitársela al acusado, o atenazando las manos de éste. Resulta elemental que en esta situación fuese el acusado quien apretó el disparador o fuese su contendiente es indiferente, pues el hecho capital es la realidad de la lucha por la pistola en cuyo desarrollo se produjo el disparo, de manera que, por un lado, los documentos señalados por el recurrente no acreditan del modo inequívoco, irrefutable y definitivo que no fuera la víctima quien presionara el disparador; y, por otro, tampoco acreditan que de ser el dedo del acusado quien lo hiciera, no fuese debido a que la involuntariedad de la acción fuese consecuencia de la fuerza que sobre sus manos ejerciera la víctima al tratar de arrebatarse el arma.

Pero, en cualquiera de los casos, se trataría de un dato fáctico irrelevante para la subsunción.

SEXTO.- Es en el motivo tercero del recurso, en el que se reprocha la indebida aplicación a los hechos probados del art. 142.1º, 2º y 3º C.P ., donde, a juicio de esta Sala, radica la cuestión más importante que aquí se dilucida.

Encauzado el motivo por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr ., la resolución de la queja casacional pasa inexcusablemente por el absoluto sometimiento al Hecho Probado, según el cual

"El día 27 de mayo del 2004, sobre las 7'00 horas, funcionarios de la Policía Autonómica, en compañía de la Secretaria Judicial del Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Santa Coloma de Gramanet, se personaron en el inmueble núm. NUM000 de la c/ PASAJE000 , de la mencionada localidad, al objeto de practicar una diligencia de entrada y registro en el piso NUM001 de la NUM002 planta, habilitados con el correspondiente mandamiento judicial, como consecuencia de una investigación que el referido cuerpo policial venía realizando sobre un individuo de origen magrebí del que se sospechaba se dedicaba al tráfico de la sustancia estupefaciente "haschís". Entre los agentes intervinientes se encontraba el caporal Don Gaspar - mayor de edad y sin antecedentes penales-, quien junto con los demás integrantes del operativo, comandado por el sargento con carnet profesional núm. NUM003 , valorando las circunstancias de la entrada y registro, así como la eventual peligrosidad de la diligencia a practicar, por no tener datos sobre si los ocupantes del piso podían o no estar armados, en concreto la persona investigada, decidieron que los integrantes de la primera pareja que entraría en el piso, el sargento y el caporal ya precitados, llevaran en la mano sus respectivas armas, acordando igualmente la hora de llevar a cabo la diligencia como factor sorpresa. Una vez llegados a la puerta del inmueble la Secretaria Judicial permaneció junto a la puerta del mismo, acompañada de uno de los funcionarios policiales, mientras los demás subían al piso, procediendo dos de los agentes intervinientes a romper la puerta de la vivienda y penetrando en el mismo a la carrera el sargento con carnet profesional núm. NUM003 y el caporal Don Gaspar , dirigiéndose a la habitación situada al fondo, que era el salón de la vivienda, entrando el sargento en una habitación adyacente y encontrándose el caporal - quien llevaba en su mano izquierda una linterna y en la derecha su pistola reglamentaria marca star modelo 31 P, del calibre 9 m/m, sin seguro y en posición de doble acción, llevando el dedo correspondiente fuera del receptáculo del gatillo- con que en el salón se encontraban dos personas cuya presencia en el interior de la vivienda no estaba contemplada en el diseño de la operación, quienes, no obstante las reiteradas voces dadas por el agente "alto, policía" y "al suelo", comenzaron a levantarse de las camas donde estaban tumbados, intentando aquél mediante empujones que no lo hicieran, al tiempo que seguía dando las voces de "alto policía" y "al suelo", consiguiendo hacerlo ello no obstante Don Raúl , quien, a pesar de las voces dadas por el agente y que el mismo llevaba un chaleco (antibalas) donde figuraba el escudo del cuerpo policial y la palabra "policía" estampada en la parte frontal, procedió a coger con sus dos manos la del funcionario policial que empuñaba el arma, comenzando un forcejeo entre ambos, tratando Don Gaspar que Don Raúl no llegara a arrebatarse el arma, en el transcurso del cual éste al dar un violento tirón hacia él y tropezar con el borde de la cama de donde se había levantado cayó hacia atrás, arrastrando en su caída al caporal de los Mossos d'Esquadra, disparándose en ese momento la pistola, sin que conste probado quien accionó el gatillo, impactando la bala en la región parietal izquierda de Don Raúl , siguiendo el proyectil una trayectoria de delante hacia atrás, de izquierda a derecha con leve desviación y de arriba hacia abajo, en un ángulo casi horizontal, yendo finalmente a impactar en la base del cráneo atravesando el cerebelo hasta la protuberancia, ocasionando su muerte de forma instantánea por la destrucción de centros neurológicos vitales".



SÉPTIMO.- El Tribunal a quo absuelve al acusado del delito de **homicidio** imprudente del art. 142 C.P . razonando -resumidamente lo decimos- que si bien la conducta de aquél supone una grave actuación imprudente en el desarrollo de su intervención en la operación policial, imprudencia que se concreta fundamentalmente en llevar la pistola montada y sin seguro al penetrar en la vivienda del sospechoso, lo cual supone -dice la Sala de instancia- una grave infracción de la norma de cuidado que le era exigible.

No obstante estas consideraciones, el Tribunal de instancia hace uso de la teoría de la imputación objetiva del resultado, señalando, con cita de la STS de 14 de octubre de 2.002 , que "será imputable un resultado cuando, habiéndose creado con la conducta del sujeto un riesgo jurídicamente desaprobado para un determinado bien jurídico, constatada la relación de causalidad, tal resultado signifique la realización del riesgo creado con la conducta". Sobre esta base, la sentencia recuerda que todas las acusaciones aceptan que existió un forcejeo entre el acusado y el después fallecido, derivado del intento de éste de arrebatarse el arma al agente policial, y que en el transcurso del mismo "se disparó el arma", sin que en ningún momento se haya ni siquiera alegado o que el arma se hubiera disparado fortuitamente o que hubiera sido el acusado quien para evitar ser desposeído de su arma reglamentaria hubiera accionado voluntariamente el gatillo de la misma.

Sostiene la Sala de instancia que, aún en el contexto de un comportamiento negligente del acusado al llevar el arma montada y sin seguro, el riesgo creado por la conducta de éste no cristalizó en el resultado producido, sino que éste halló su causa en la interposición por un tercero, Don Raúl , de un ulterior riesgo que excede del ámbito de protección de la norma, tanto porque fue gravísimo y objetivamente susceptible de interferir negativamente en el riesgo generado por la conducta del acusado, como porque dicho ulterior riesgo no era previsible.

Razona la sentencia que cuando por muy negligente que haya sido la conducta del acusado un tercero con su conducta voluntaria interpone un riesgo que no era previsible, el resultado causado no puede entenderse amparado por el ámbito de protección de la norma, que sólo puede obligar bajo pena a evitar mediante una conducta prudente riesgos previsibles. Y afirma que en el presente caso, el Tribunal entiende que la conducta desplegada por Don Raúl , al incorporarse del colchón donde estaba durmiendo y abalanzarse físicamente contra el acusado para quitarle el arma interpuso un riesgo de tal entidad que bien puede ser calificado de "factor externo" directamente determinante de la muerte (lo que la antigua doctrina denominaba factor interruptivo del nexo causal), razón por la cual no habría sido el riesgo creado por la conducta imprudente del acusado el que cristalizó en el resultado, sino que habría sido el creado, de manera no previsible, por Don Raúl con su conducta, lo que igualmente abocaría a una sentencia absolutoria para Don Gaspar .

OCTAVO.- Por su parte, la recurrente sostiene la integración de los hechos en el tipo del **homicidio** imprudente imputado del art. 142,1º, 2º y 3º C.P ., alegando que el delito de **homicidio** imprudente requiere que la imprudencia sea grave. En general, las infracciones cometidas por imprudencia están constituidas por los siguientes elementos (STS 665/2004 de 30 de junio): a) la producción de un resultado previsto como tal en el ordenamiento punitivo. b) La infracción de una norma de cuidado, cuyo aspecto interno es del deber de advertir la presencia del peligro, y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido. c) Que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta, si bien hay que estar a las circunstancias del caso concreto para calificar una conducta imprudente como grave o leve.

Afirma el motivo que aplicándose esta doctrina al supuesto enjuiciado que se describe en el hecho probado, la subsunción correcta sería la que dicha parte postula.

Con mucho más rigor y fundamento aborda el Fiscal esta cuestión en una respuesta en la que apoya parcialmente el motivo formulado por la acusación particular, sosteniendo que el hecho debe ser calificado de falta de imprudencia del art. 621.2 C.P .

En síntesis, razona el Ministerio Público, en el fallecimiento de la víctima, han confluído dos conductas imprudentes: de una forma "absolutamente predominante" -enfatisa el Fiscal- la acción de la propia víctima, acometiendo al Agente de la Autoridad en el ejercicio de sus funciones, intentando arrebatarse el arma que aquél portaba en la mano, como le había sido ordenado por el superior que dirigía la operación policial. Pero también influyó en el resultado el hecho de que aquél llevara el arma montada y sin el seguro, lo que, a juicio del Fiscal, constituye una infracción del deber de cuidado que "contribuyó" a la causación del resultado, si bien, se subraya que dicha contribución fue muy tenue respecto a dicho resultado, razón por la cual, concluye subsumiendo los hechos en la falta de imprudencia leve con resultado de **homicidio**.

NOVENO.- El motivo del recurrente y el apoyo parcial que a éste presta el Ministerio Fiscal, deben ser desestimados.



Será menester recordar que la operación en la que participó el acusado tenía por objeto la entrada y registro en la vivienda de un sospechoso de tráfico de drogas. Precisamente la frecuencia con que en estas actuaciones policiales, los miembros de las fuerzas de seguridad son repelidos por los que se encuentran en la vivienda, empleando armas que ponen en grave riesgo la vida y la integridad física de los funcionarios policiales, justifica sobradamente que el sargento que dirigía la acción dispusiera que la primera pareja que entraría en el piso (el propio sargento y el cabo acusado), lo hicieran pistola en mano y por sorpresa, ante "... la eventual peligrosidad de la diligencia practicar -dice el factum"- por no tener datos sobre si los ocupantes del piso podían o no estar armados".

De aquí se infiere ya la inanidad de los factores en los que la Audiencia sustenta la imprudencia grave en la actuación del acusado. En efecto, que no existieran datos objetivos que hicieran presumir que los moradores de la vivienda estuviesen armados o fueran a reaccionar violentamente, no excluye en modo alguno la racional probabilidad de esa reacción violenta, a lo que cabe añadir, como el Fiscal señala, que "entrar en la vivienda a esas horas, armados y sin previo aviso, es decisión que le venía dada al acusado por su superior "y frente a la que sólo le cabía obedecer".

Afirma la sentencia, en segundo lugar, que la forma y circunstancias en que acordó practicar la diligencia de entrada y registro, sorpresivamente, en las primeras horas de la mañana -en la presunción de que los moradores estuvieran dormidos-, de forma rápida y calculada, interviniendo un número importante de agentes y portando linternas cuya finalidad objetiva no sólo debía ser la de alumbrarse sino también deslumbrar a los eventuales ocupantes de la vivienda obstaculizando así cualquier reacción defensiva, eliminaba prácticamente la posibilidad de dicha eventual reacción. A esta consideración únicamente cabe replicar que los hechos acaecidos demostraron justamente lo contrario.

Señala también el Tribunal a quo el llevar el brazo donde portaba el arma extendido y no hacia abajo o con el antebrazo pegado lo más posible al torso lo que resulta manifiestamente irrelevante, sin necesidad de explicaciones.

El único dato que acaso podría sustentar la imputación de una actuación imprudente es el hecho de que a la pistola se le hubiera retirado el mecanismo de seguro, que, activado, impide el disparo aunque se accione el disparador.

Esta cuestión, que constituye el núcleo de la imprudencia que se reprocha al policía acusado, requiere alguna consideración. En primer lugar, ha quedado acreditado pericialmente que la pistola del acusado necesita para que el disparo se efectúe, imprimir al gatillo una fuerza equivalente a 3.800 gramos, lo que supone de hecho la imposibilidad del disparo de manera fortuita o accidental por el mero contacto del dedo con el disparador o presionando éste con una fuerza inferior a la referida. Pero también, a su vez, permite realizar el disparo de modo inmediato ante la aparición de una situación repentina de riesgo para el portador del arma o para su compañero, sin necesidad de demorar el disparo para retirar el seguro y volver a hacer puntería sobre el objetivo amenazador, pues, por mínimo que sea el tiempo en efectuar esta acción, puede ser suficiente para que se produzca la agresión a repeler. De esta "gota de tiempo" puede depender la vida o la muerte del servidor de la Ley.

En las circunstancias fácticas en que se desarrollaron los hechos, entrando con violencia en la vivienda ocupada por sospechas de tráfico de drogas, sin razones para excluir una reacción violenta por parte de éstos, que podrían estar armados (así lo dice el "factum"), consideramos que no cabe imputar al acusado una conducta imprudente ni grave ni leve por llevar su arma sin seguro, pues las características de la pistola que hemos mencionado impedirían un disparo casual o por accidente máxime si el acusado "llevaba el dedo correspondiente fuera del receptáculo del disparador.

Podemos afirmar que la conducta del acusado ha creado, ciertamente, un riesgo, pero se trataría de un riesgo jurídicamente no desaprobado a tenor de las circunstancias concurrentes, que justificarían dicha conducta.

En todo caso, y extremando el análisis, debe subrayarse que, en todo caso, la acción que se reprocha al acusado no podría exceder de una imprudencia de carácter leve, como sostiene el Fiscal.

Así las cosas, y moviéndonos de nuevo en la teoría de la imputación objetiva, debemos dilucidar si tal -supuesta, pero aceptada en términos dialécticos- acción levemente imprudente es lo suficientemente relevante para establecer con certeza la relación causalidad con el resultado producido al final del episodio. Cabría, así, considerar que en el fallecimiento de la víctima han confluído dos conductas imprudentes: de una forma absolutamente predominante, la actitud de la propia víctima, abalanzándose sobre quien porta un arma y es un agente de la autoridad que legítimamente le ha requerido para que permanezca inmóvil y lejos de atender tal mandato intenta arrebatarse la pistola mediante un forcejeo violento. La desproporción entre la "tenue" imprudencia del acusado y la agresión de la víctima a éste para apoderarse del arma en una violenta lucha, en



el curso de la cual se produjo el disparo que alcanzó la cabeza de la víctima, es, pues, manifiesta y palmaria en relación con el resultado acaecido.

DÉCIMO.- La doctrina de esta Sala viene sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado no se limita a la comprobación de la causalidad natural, sino que dependerá de la posibilidad de la imputación objetiva del resultado de esa acción. Cabe afirmar que, por regla general, sin causalidad natural no se puede sostener al imputación objetiva, pero que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción ejecutada y el resultado producido cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado, y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.

En el caso examinado, la causalidad natural es evidente: si la pistola hubiera tenido puesto el seguro, el disparo mortal no se abriría producido. Sin embargo debe profundizarse en la cuestión de si la muerte de la víctima es la realización del peligro creado por la acción del acusado, y ello requiere un juicio relativo a la intensidad del peligro creado y su relación con el resultado, teniendo en cuenta que en ese resultado ha contribuido de forma "absolutamente predominante" la acción antijurídica de la propia víctima al no obedecer la orden del agente de la autoridad y, por el contrario, abalanzarse contra éste para arrebatarse el arma.

Pues bien, en estas situaciones en las que aparecen dos concausas de la realización del resultado, una remota y otra actual, habrá que afirmar la causalidad de aquélla en el sentido de la "conditio sine qua non", pues si el acusado hubiera llevado puesto el seguro de la pistola, el disparo fortuito no se habría producido en el forcejeo con la víctima. Pero (véase la STS de 26 de febrero de 2.000), no toda causalidad es relevante: en los casos en los que la víctima opta por crear con su acción un peligro mucho mayor que el realmente generado por el autor, sin una especial justificación, los resultados que sean producto de la introducción de este nuevo peligro, no deben ser imputados al autor.

En esta misma línea, y situándonos en el escenario donde se desarrolló la intervención policial, hemos declarado que la creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado. Y en este punto reiteramos nuestro criterio de que la intervención del acusado, en la forma y manera que se llevó a cabo, no puede ser jurídicamente desaprobada.

Pero 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.

En la jurisprudencia esta problemática ha sido considerada en parte a través de la figura de la "compensación de culpas" en los delitos imprudentes. En este sentido la STS de 5-11-90 establece que "para calibrar la respectiva relevancia de las conductas intervinientes (...) habrá de tenerse en cuenta que si uno de los factores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita... ". Como resulta evidente que en los casos de autopuesta en peligro y, por consiguiente, de autorresponsabilidad del lesionado, la participación de un tercero no debe ser punible (véase STS de 19 de octubre de 2.000).

Estos criterios doctrinales son plenamente aplicables al supuesto analizado y, en consecuencia, el motivo casacional del recurrente y el apoyo parcial que predica la parte recurrida, deben ser desestimados.

III. FALLO



QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de la Acusación Particular Rosa e hijas y de la Acusación Popular "Asociación Cultural Illacrua" y otras contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, de fecha 29 de diciembre de 2.006, en causa seguida contra el acusado Gaspar , que fue absuelto de un delito de **homicidio** por imprudencia grave. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales 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.

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 Diego Ramos Gancedo , 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