



Roj: **STS 4639/2004** - ECLI: **ES:TS:2004:4639**

Id Cendoj: **28079120012004100722**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2004**

Nº de Recurso: **1471/2003**

Nº de Resolución: **665/2004**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende interpuesto por la Acusación Popular representada por D. Luis Antonio , D. Esteban , D. Tomás , D. Armando y DOÑA Inmaculada , contra Sentencia núm. 46/2003, de 2 de marzo de dos mil tres de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga , dictada en el Rollo de Sala núm. 33/2002 dimanante del P.A. núm. 186/2001 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de dicha Capital, seguido por delito de homicidio por imprudencia contra Rafael ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR; siendo partes: el Ministerio Fiscal, como recurrido el acusado Rafael representado por la Procuradora Doña Pilar Moneva Arce y defendido por el Letrado Don Alfredo Herrera Rueda, y estando los recurrentes representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Díaz Solano y defendidos por la Letrada Doña Juulia Soria Montañes..

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Málaga incoó Procedimiento Abreviado núm. 186/2001 por delito de homicidio imprudente contra Rafael y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de dicha Capital que con fecha 2 de marzo de 2003 dictó Sentencia núm. 46/03, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Del análisis en conciencia de la prueba practicada pueden declararse como tales los siguientes: Sobre las 19.30 horas del día 15 de febrero de 2000 el acusado Rafael mayor de edad sin antecedentes penales y Policía Nacional de profesión, se encontraba patrullando en motocicleta por la calle Bachiller Palma de la barriada de Prados de Málaga, cuando observó en el interior del vehículo QI-....-IL que había sido robado horas antes fracturando su cerradura a su propietaria Luisa , a Fermín a quien conocía con anterioridad por haber sufrido múltiples detenciones. Este se encontraba al parecer manipulando un chiné por lo que ante la sospecha de que algo ilícito había realizado y al comprobar que la cerradura estaba forzada, el acusado procedió a su identificación y detención, para lo que se dispuso a esposarlo, a lo que Fermín se negó abiertamente diciendo que a él no le llevaban más a la cárcel al mismo tiempo que intentaba poner el vehículo en marcha con una hoja de tijera de unos seis centímetros de largo. El policía intentó detenerlo de todas formas, produciéndose un forcejeo en el curso del cual Fermín dijo, cabrón te voy a matar, al mismo tiempo que esgrimía contra le otro la tijera produciéndole varios cortes en el anorak reglamentario y una erosión en la mano, lo que llevó al acusado a desenfundar su pistola Star PK9 milímetros Parabellum, con la que golpeó en la cabeza al sospechoso con el propósito de reducirlo mientras éste permanecía sentado en el asiento del conductor. No obstante, como quiera que dicha arma tenía un cartucho en la recámara, con el martillo en posición intermedia de seguro, al producirse el golpe la corredera cedió ligeramente hacia atrás, dando lugar a que se accionase la aguja percutora y se produjera un disparo, de forma que el proyectil atravesó la cabeza de Fermín desde la región occipital al parietal derecho, produciéndole la muerte."



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

"Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Rafael del delito de imprudencia por el que se le acusa, con declaración de oficio de las costas por delito y que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a dicho acusado como autor de una falta de imprudencia con resultado de muerte, a la pena de multa de un mes a razón de diez euros diarios, así como a la privación del derecho de tenencia y porte de armas por tres meses, y al pago de las costas procesales por falta, con arresto sustitutorio de un día por cada dos cuotas de multa impagadas y siéndole de abono para el cumplimiento de dicha pena todo el tiempo que haya estado privado de libertad por ésta causa. Asimismo indemnizará a cada uno de los dos perjudicados personados en esta causa en la cantidad de cinco millones de pesetas con declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado Español respecto a dichas indemnizaciones.

Reclámese al instructor la pieza de responsabilidad civil debidamente concluida con arreglo a derecho."

TERCERO.- Notificada en forma la Sentencia a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por la representación legal de la Acusación Popular, que se tuvo 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.- El recurso de casación formulado por la representación legal de la Acusación Popular representada por D. Luis Antonio , Esteban , Tomás , Armando y Inmaculada , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Se articula este primer motivo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECRIM ..., por inaplicación de los núms. 1 y 2 del art. 142 del C. penal y por aplicación indebida del art. 621.2 y 5 del mismo cuerpo legal .

2º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia absoluta de motivación en cuanto a las razones por las que la Sala considera no aplicable la agravante del art. 22.2 de del C. penal .

QUINTO.- El recurrido Rafael impugna el recurso por escrito de fecha 24 de octubre de 2003.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución y solicitó la inadmisión del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 14 de mayo de 2004.

OCTAVO.- Se han observado todos los plazos legales en la tramitación del presente procedimiento, excepto en el término para dictar sentencia dado las diversas deliberaciones habidas en el mismo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Málaga, Sección segunda, condenó a Rafael como autor criminalmente responsable de una falta de imprudencia, con resultado de muerte, y le absolvió del delito de homicidio culposo, por el que venía acusado tanto por el Ministerio fiscal, como por las acusaciones, particular y popular, constituidas también en esta causa.

Recorre en casación esta última acusación, la acusación popular, con dos motivos de contenido casacional, que pasamos seguidamente a analizar.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se formaliza por infracción de ley del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y en consecuencia, con pleno respeto a los hechos declarados probados por la Sala sentenciadora de instancia.

En su desarrollo, dicha parte recurrente "considera que la actuación del acusado encaja en el tipo del art. 142.1 y 2 del C.P ., razón por la cual la Sala a quo ha inaplicado indebidamente dicho artículo y ha aplicado, también indebidamente, la falta del art. 620 del C.P ."

Los hechos probados narran cómo el acusado, Rafael , funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, sobre las 19:30 horas del día 15 de febrero de 2000, se encontraba patrullando en motocicleta por una determinada zona de la ciudad de Málaga, cuando observó en el interior de un vehículo a Fermín , a quien conocía con anterioridad "por haber sufrido múltiples detenciones"; Fermín , se encontraba manipulando "al parecer", un "chiné", por lo que sospechando que algo ilícito estaba realizando en el interior del vehículo y que la cerradura estaba forzada, "el acusado procedió a su identificación y detención, para lo que se dispuso a esposarlo", negándose aquél, el cual dijo que "a él no le llevaban más a la cárcel", al mismo tiempo que intentaba poner



el vehículo en marcha con una hoja de tijera de "unos seis centímetros de largo"; sigue narrando el "factum" que el policía intentó detenerlo de todas formas, "produciéndose un forcejeo en el curso del cual Fermín dijo: "cabrón, te voy a matar", al mismo tiempo que esgrimía contra el funcionario la tijera "produciéndole varios cortes en el anorak reglamentario y una erosión en la mano, lo que llevó al acusado a desenfundar su pistola P.K. 9 milímetros Parabellum, con la que golpeó en la cabeza al sospechoso con el propósito de reducirlo mientras éste permanecía sentado en el asiento del conductor. No obstante, como quiera que dicha arma tenía un cartucho en la recámara, con el martillo en posición intermedia de seguro, al producirse el golpe [,] la corredera cedió ligeramente hacia atrás, dando lugar a que se accionase la aguja percutora y se produjera un disparo, de forma que el proyectil atravesó la cabeza de Fermín desde la región occipital al parietal derecho, produciéndole la muerte".

Hemos de comenzar señalando que no hubo acusación por delito doloso de homicidio, pese a las peculiaridades del caso, que analizaremos más adelante, por lo que la cuestión se reduce a determinar si los hechos declarados probados son subsumibles en la falta de imprudencia (tesis de la sentencia recurrida) o en el delito de homicidio imprudente (posición que mantuvieron en la instancia todas las acusaciones, incluida la pública, que concurren al acto del juicio oral).

La diferencia existente entre la falta aplicada (art. 621.2) y el delito imprudente (art. 142.1) estriba en el módulo de la imprudencia desplegada, toda vez que el delito requiere que la imprudencia sea grave y la falta, leve. La jurisprudencia ha señalado, por otro lado, con reiteración que tal imprudencia grave se equipara con el antiguo concepto de imprudencia temeraria del art. 565 del Código penal de 1973 .

Las infracciones culposas o por imprudencia, sean delito o falta, están constituidas por los siguientes elementos: 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; y c) que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta.

Como dice la Sentencia 966/2003, de 4 de julio, el criterio fundamental para distinguir entre ambas clases de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, ya que la infracción de tal deber constituye el núcleo central acerca del cual gira todo el concepto de imprudencia punible.

La previsibilidad es un elemento inherente al mismo concepto de deber de cuidado. Sólo lo que es resultado previsible puede servir para afirmar que alguien ha omitido el deber de cuidado. Tal deber es inconcebible respecto de resultados no previsibles, en sentido potencial.

Señala dicha Sentencia "que el nivel más alto de la imprudencia está en la llamada «culpa con previsión», cuando el sujeto ha previsto el resultado delictivo y pese a ello ha actuado en la confianza de que no habrá de producirse y rechazándolo para el supuesto de que pudiera presentarse. Aquí está la frontera con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos. En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito. Aparte de las dificultades prácticas que, por lo general, se plantean para saber si una persona ha previsto o no un resultado que es consecuencia de su propio comportamiento, es lo cierto que tampoco este criterio sirve para distinguir la imprudencia grave de la leve, pues hay casos en los que la no previsión revela una conducta de desidia o abandono de sus deberes por parte del sujeto que hace especialmente reprochable su conducta y obliga a calificarla como imprudencia grave". De modo que hay que estar a las circunstancias del caso concreto: son las que sirven de guía para calificar una conducta imprudente como grave o como leve.

En efecto, "la gravedad de la imprudencia está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo. En otros términos: cuando la acción del autor genera un peligro para un bien jurídico importante en condiciones en las que la posibilidad de producción del resultado son considerables, la imprudencia debe ser calificada de grave. En estos casos, la diferencia que caracteriza a la imprudencia grave respecto del dolo eventual reside en la falta de conocimiento del peligro que concretamente se genera por parte del autor" (Sentencia 2235/2001, de 30 de noviembre).

En el caso enjuiciado, el acusado, Rafael , una vez que se produce el forcejeo que narra el "factum", y que Fermín esgrime una tijera, con la que le produjo varios cortes en el uniforme del policía, éste desenfunda su arma reglamentaria, golpeando en la cabeza al sospechoso "con el propósito de reducirlo", mientras éste permanecía sentado en el asiento del conductor. De modo que fácilmente es advertible que conocía que creaba



un peligro jurídicamente desaprobado, pues hubiera bastado con retirarse sencillamente de tal ubicación para neutralizar el ataque de la víctima, y controlar la situación mediante la exhibición de su arma reglamentaria o acudiendo a los refuerzos necesarios. Pero, lejos de eso, el acusado golpea en la cabeza a Fermín, con su arma reglamentaria, produciéndose de inmediato el disparo letal, acción que evidentemente debió controlar y que generaba sumo peligro, en la forma en que fue desplegada tal acción, máxime cuando es igualmente claro que los bienes jurídicos que podían estar afectados por su falta de cuidado eran de la máxima jerarquía. En efecto, de las pruebas periciales practicadas, conforme se lee en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, uno de los cabellos del fallecido se encontraba "en el mismo cañón del arma"; y a continuación, siguiendo a la profusa pericial practicada, se razona que "este tipo de pistola, al utilizarse como elemento golpeante, se dispara seis veces de cada diez experimentadas en las circunstancias descritas, es decir, cuando su seguro era el de levantamiento parcial del martillo".

Si nos preguntamos acerca de la posición del arma, al utilizarse como objeto contundente, no pudo ser la de agarrar el arma por el cañón y golpear con la culata, pues en ese caso el disparo hubiera salido en dirección opuesta o distinta a la víctima que se hallaba sentada en el vehículo en el lugar correspondiente a su conductor, sino que el acusado utilizó el arma apuntando el cañón sobre la cabeza del fallecido, al punto que algunos cabellos se hallaron precisamente "en el mismo cañón del arma" (como ya hemos dicho). En segundo lugar, y siguiendo al "factum", el seguro no estaba correctamente activado, ya que como también se expresa, "el martillo -estaba- en posición intermedia de seguro", de modo que, "al producirse el golpe la corredera cedió ligeramente hacia atrás, dando lugar a que se accionase la aguja percutora y se produjera un disparo, de forma que el proyectil [que se alojaba en la recámara] atravesó la cabeza de Fermín desde la región occipital al parietal derecho, produciéndole la muerte".

Concurren, pues, como elementos que definen el alto módulo de imprudencia desplegado por el agente: a) la situación en que se encontraba el arma empleada, con el martillo en posición de "intermedia" de seguro, lo que facilitaba la activación del percutor, y consiguientemente, la inminencia del fuego, al tener un cartucho en la recámara; b) el modo de utilización del mismo: en vez de emplearlo como objeto contundente, propinando un golpe con la culata, se incide con el cañón directamente sobre la cabeza de la víctima; c) las circunstancias concurrentes: en vez de separarse sencillamente del sospechoso, el cual se encontraba al volante del vehículo, inicia la acción descrita, que comporta un altísimo riesgo contra bienes jurídicos relevantes, cuando -conocedor del manejo del arma que porta- podría haber controlado tanto la posición del golpe, como la situación del seguro del arma, que ha sido calificado pericialmente como de producción del resultado acontecido de seis veces en diez.

Todas estas consideraciones nos llevan inexcusablemente a valorar el módulo de imprudencia como de grave, a los efectos de colmar las exigencias del tipo penal previsto en el art. 142.1 del Código penal, y en consecuencia, a la estimación del motivo, debiendo dictarse segunda sentencia.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso se formaliza por vulneración de derechos fundamentales, invocando el derecho a la tutela judicial efectiva, al no haber dado respuesta la Sala sentenciadora a la pretensión de los recurrentes de que se estimara concurrente la circunstancia agravante de abuso de superioridad (art. 22.2ª del Código penal).

Aunque dicha Sala debió ser más explícita, es lo cierto que condenando -como lo hizo- por falta, carecía de practicidad, si bien hubo de pronunciarse al respecto. Tampoco ahora puede tenerse en cuenta la postulada circunstancia agravante, en tanto que requiere un elemento subjetivo, consistente en el aprovechamiento de la superioridad, personal o instrumental, que la caracteriza, incompatible con la consideración de los hechos enjuiciados como culposos que, en consecuencia, no admiten voluntariedad del resultado producido, sino un desajuste en la previsibilidad del agente, al desplegar una conducta arriesgada que no es capaz de controlar. De modo que no es posible, en la tesis que han manejado las acusaciones, la apreciación de tal agravante, porque la falta de voluntariedad de la acción impide su concurrencia, al no poderse cumplir con el requisito subjetivo que conforma a la misma.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO.- Al estimarse el recurso, deben declararse de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la Acusación Popular representada por D. Luis Antonio, D. Esteban, D. Tomás, D. Armando y DOÑA Inmaculada, contra Sentencia núm. 46/2003, de 2 de marzo de dos mil tres de la Sección Segunda de la



Audiencia Provincial de Málaga . Declaramos de oficio las costas procesales habidas en la presente instancia y la devolución del depósito legal si lo hubieren constituido.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Enrique Bacigalupo Zapater Julián Sánchez Melgar José Manuel Maza Martín

SEGUNDA SENTENCIA

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

El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Málaga incoó Procedimiento Abreviado núm. 186/2001 por delito de homicidio imprudente contra Rafael , con DNI núm. NUM000 , Policía Nacional con carnet profesional núm. NUM001 , sin antecedentes penales, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de dicha Capital que con fecha 2 de marzo de 2003 dictó Sentencia núm. 46/03, que ha sido recurrida en casación por la Acusación popular representada por DON Luis Antonio , D. Esteban , D. Tomás , D. Armando y DOÑA Inmaculada , y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo la misma Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia.

SEGUNDO.- . HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional, los hechos declarados probados constituyen un delito de imprudencia grave con resultado de muerte, previsto y penado en el art. 142.1 del Código penal , individualizando la pena imponible en la mínima de un año de prisión.

Respecto al párrafo segundo de tal precepto penal, al ser cometido el homicidio imprudente utilizando un arma de fuego, debe imponerse también la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, por tiempo de dos años, como así también ha sido interesado por el Ministerio fiscal.

Al no haberse combatido por el recurrente el párrafo tercero del art. 142 del Código penal , que cualifica la imprudencia profesional, sino única y exclusivamente la imprudencia "grave" del párrafo primero (en relación con el segundo, véase el desarrollo del motivo), procede la imposición, como pena accesoria, como así lo interesó el Ministerio fiscal en la instancia, de la suspensión de empleo o cargo público por el tiempo de duración de la pena privativa de libertad (arts. 56 y 79 del Código penal).

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Rafael , como autor criminalmente responsable de un delito de imprudencia grave con resultado de muerte, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de las responsabilidades penales, a la pena de un año de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, por tiempo de dos años, con la accesoria de suspensión de empleo o cargo público por el mismo tiempo de duración de la pena privativa de libertad y costas procesales, manteniéndose la indemnización civil en los propios términos pronunciados por la sentencia de instancia, incluida la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Enrique Bacigalupo Zapater Julián Sánchez Melgar José Manuel Maza Martín



PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ