

**Tribunal Supremo Sala 2ª, S 15-1-2003, nº17/2003, rec. 2001/2001.**

## **RESUMEN**

**Lesiones por uso de armas.** Dolo eventual por el alto riesgo creado, consentido y asumido. Legítima defensa putativa. Cumplimiento del deber y uso del arma.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción [...] incoó Procedimiento Abreviado [...] contra Miguel, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial [...] que dictó Sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Primero.- Probado y así se declara que sobre las 21,30 horas, aproximadamente, del día 15 de febrero de 1998, Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales, funcionario de Policía con carnet profesional número ..., se encontraba en el ejercicio de sus funciones patrullando por la calle F. de esta capital junto a su compañero, a bordo de un vehículo policial, cuando observaron que Juan Francisco, que conducía el vehículo matrícula B-...-TF y al que acompañaba como copiloto Alejandro, rebasaba un semáforo en fase roja y realizaba un giro prohibido. En ese momento y con la finalidad de poder identificarlos accionaron los sistemas luminosos y acústicos del vehículo policial y salieron en su persecución, poniéndose, en un primer momento, inmediatamente detrás, para después ponerse en paralelo al coche que perseguían, a la vez que el compañero del acusado instaba al conductor para que se detuviera. Ante tales requerimientos Juan Francisco, en un principio redujo la velocidad y se apartó a un lado, pero inmediatamente después emprendió de nuevo la marcha acelerando de forma brusca el vehículo y circulando otra vez a gran velocidad, reanudándose otra vez la persecución por distintas calles de la capital. En un momento dado el acusado, que conducía el vehículo policial, logró ponerse prácticamente en paralelo al otro vehículo, y creyó ver que Alejandro portaba en sus manos una escopeta de cañones recortados, por lo que con el fin de no ponerse en la línea de tiro dedujo la velocidad y se puso detrás suyo, ligeramente a la izquierda, en un ángulo muerto, de tal forma que en caso de disparar no pudieran alcanzarle a él ni a su compañero. Ante la creencia de que existía un peligro para su integridad, el acusado entonces sacó su arma reglamentaria a través de la ventanilla y con la mano izquierda efectuó tres disparos hacia la parte trasera del vehículo que le precedía, disparos que impactaron en el portón trasero, uno de los cuales atravesó el asiento trasero y después el delantero que ocupaba Alejandro, a quien uno de los proyectiles le penetró en su hemitórax izquierdo, teniendo orificio de salida en región subescapular y mamilar izquierdas, sin afectar al pulmón. El impacto de la bala le causó lesiones que tardaron en curar, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico consistente en ingreso hospitalario durante tres días y posterior atención médica en centro penitenciario, tardando en curar 30 días durante los que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales y quedándole como secuelas cicatriz en región mamilar izquierda y otra en región subescapular izquierda".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Miguel, como autor responsable de un delito de lesiones con uso de arma, con la concurrencia de la eximente incompleta de cumplimiento de un deber [...]"

**TERCERO.-** Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el acusado Miguel [...]

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

**PRIMERO.-** Comienza el recurrente denunciando infracción del art. 148 del C. Penal, en relación al 5 y 10 del mismo cuerpo legal, utilizando el cauce del art. 849-1 L.E.Cr. [...] pretende acreditar que no existió dolo o imprudencia en la actuación del condenado.

1. La sentencia analiza los elementos de la conducta enjuiciada y de forma pormenorizada examina cuantas circunstancias se produjeron en el contexto del hecho criminal, llegando a la conclusión de que **el sujeto activo obró guiado por dolo eventual, desde el momento que necesariamente tuvo que representarse el resultado lesivo como algo probable, consecuencia del alto riesgo creado con su acción, además, consentido y asumido.**

El acusado no pretendió, como aduce, inmovilizar el vehículo realizando unos disparos a las ruedas. Si ese hubiera sido el propósito, su habilidad reconocida en el uso de las armas, hubiera permitido fácilmente alcanzar el objetivo propuesto. La Audiencia pudo conocer el experto manejo del arma con una y otra mano por parte del autor del hecho, no sólo por la profesión de policía, sino porque era un consumado cazador.

Los peritos en balística advirtieron un perfecto dominio del arma, dado el grado de concentración de los proyectiles. El acusado conocedor del carácter perforante de dichos proyectiles dispara tres consecutivos contra el portón trasero del vehículo, en cuya misma trayectoria se hallaban los ocupantes del mismo. [...]

2. **Lo expuesto nos permite llegar a la conclusión de que el recurrente actuó con dolo eventual, en cuanto pudo prever perfectamente el daño a la integridad corporal que se podía producir a alguno de los ocupantes del turismo, consecuencia del riesgo elevado que llevaba consigo la acción desplegada.**

**El acusado pudo actuar de otra forma y no lo hizo, sino que prefirió, acertada o desacertadamente, eliminar o reducir el peligro que según su errónea apreciación se cernía sobre él y su compañero, proveniente del lesionado, con todas las consecuencias que ello implicase, que asumía plenamente.**

El motivo no puede prosperar.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo, articulado al amparo del núm. 1 del art. 851 de la L.E.Cr., se alega predeterminación del fallo a través de un concepto incluido en el "factum" de la sentencia.

Concretamente se refiere a **la frase "creyó ver que Alejandro portaba en sus manos una escopeta de cañones recortados...."**. que a su juicio, obstaculiza la estimación de la legítima defensa putativa.

1. La protesta no resulta clara en sus objetivos, pues si alguna frase pudiera servir de sustento fáctico a la estimación de la legítima defensa putativa es precisamente la que el

acusado tacha de predeterminante. En cualquier caso, la vía procesal que ampara el motivo no se compadece ni está prevista para lo que el recurrente pretende. [...]

El motivo no puede prosperar, sin perjuicio de dejar constancia de que, precisamente, la frase controvertida **podría dar base a la estimación de una legítima defensa putativa.**

**TERCERO.-** En el ordinal correlativo se alega infracción de ley, al amparo del art. 849-1 L.E.Cr., por inaplicación de la eximente recogida en el art. 20-4 del C. Penal (legítima defensa).

[...] **no es posible construir una legítima defensa completa o incompleta. Si no hubo arma, no existió ningún peligro o riesgo del que defenderse ni posibilidad de lesionar bien jurídico alguno prosequible. La creencia firme de que tal peligro existió reconduce el problema al error sobre la legitimidad de la intervención desplegada, por considerarla amparada en una causa de justificación.**

**2. Mas, del sentido de este motivo en conjunción con el precedente aflora una clara voluntad impugnativa en el recurrente dirigida a la estimación de la legítima defensa putativa (art. 14-3, en relación al 20-4 C.P) y no faltan argumentos para acoger tal pretensión.**

**Así, en hechos probados se dice:** "En un momento dado el acusado, que conducía el vehículo policial, logró ponerse prácticamente en paralelo al otro vehículo, y **creyó ver que Alejandro portaba en sus manos una escopeta de cañones recortados....**" Consecuencia de esa firme creencia adopta medidas preventivas, lo comunica al compañero y actúa con el propósito de evitar el peligro que a su juicio se cernía sobre la vida e integridad corporal propia y de su acompañante.

En tal sentido el "factum" sigue relatando que: "**redujo la velocidad y se puso detrás suyo (del vehículo perseguido), ligeramente a la izquierda, en un ángulo muerto, de tal forma que en caso de disparar no pudieran alcanzarle a él ni a su compañero**"

Finalmente, el relato histórico sentencial se refiere a la reacción lesiva llevada a cabo por el acusado, acorde con el riesgo que estimaba advertir en el contexto en el que se encontraba. Nos dice: "**ante la creencia de que existía un peligro para su integridad,** el acusado entonces sacó un arma reglamentaria a través de la ventanilla y con la mano izquierda efectuó tres disparos....."

**3. Sobre esa base fáctica, el Fiscal, al responder a las argumentaciones del motivo, después de referir alguna de las frases relativas a la firme creencia del acusado, explica que de ellas "ciertamente se deduce la defensa putativa....". El Fiscal no apoya tal pretensión por no ser la que se ejercita, ya que el recurrente pretende la estimación de la eximente de legítima defensa (art. 20-4 C.P.), lo que como tenemos dicho y el Fiscal repite, no es posible al no existir un peligro real y efectivo para bienes jurídicos protegidos, ante la ausencia de arma, lo que conlleva la falta del requisito esencial que justificaría la estimación de la eximente (agresión ilegítima).**

**En cualquier caso, interesa ahora destacar que, el M. Fiscal, según su objetivo criterio estima concurrente la legítima defensa putativa.**

4. De acuerdo con lo hasta ahora razonado, es obvio que la Sala de instancia pudo y debió entender, como inequívocamente refleja el "factum", que **el acusado se hallaba en la firme creencia de que su vida corría peligro, por la posible utilización de un arma por parte de uno de los fugitivos, arma que a él le pareció ver.** [...]

5. **Esta Sala de casación estima, por tanto, que los hechos probados se acomodan a la situación prevista en el art. 14-3 del C. Penal, error de prohibición** [...]

**Nosotros, hemos de limitarnos a calificar el error ante el que nos hallamos, que no puede ser otro que el vencible.** 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 de la escopeta que el acusado creyó ver. **Una mayor diligencia, una menor precipitación en el desenlace, hubiera permitido poner en duda la existencia de esa hipotética arma, primero, y quizás más tarde comprobar la irrealidad de algo, que fue simple apariencia.** [...]

El motivo, deberá estimarse parcialmente.

**CUARTO.-** El correspondiente motivo, formalizado por la vía que autoriza el art. 849-1 L.E.Cr., estima indebidamente aplicada la atenuante de eximente incompleta de cumplimiento de deber del art. 21-1, en relación al 20-7 del C. Penal. Por el contrario, dejó de aplicarse, cuando debió haberlo sido, la eximente completa del mismo nombre (art. 20-7 C.P.)

1. Antes de resolver la cuestión planteada resulta ilustrativo recordar la doctrina seguida por esta Sala, en casos similares, consagrada en innumerables sentencias que resulta ocioso mencionar.

**"Conocidos son los requisitos que esta Sala viene exigiendo para la aplicación de la eximente de cumplimiento del deber cuando, como aquí, se trata de la actuación de un agente de la autoridad que tiene no sólo la facultad, sino también, el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas, que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva "con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable", pero al mismo tiempo "rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad", como dice el apartado c) del art. 5.4 L.O. 2/86, de 13-3, cuyo apartado d) concreta que "solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior".** Lo que responde al mandato del art. 104 C.E. y se halla inspirado en las líneas marcadas por la "Declaración de la Policía" hecha por el Consejo de Europa de 8-5-79, y por el "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley", aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17-12-79. **Conforme a tales normas y directrices, en estos casos, para la aplicación de la eximente de cumplimiento del deber es necesario que concurran los requisitos siguientes:**

**1º) que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo;**

**2º) que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente;**

**3º) que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito se está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto) porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe. Si faltan cualquiera de esos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de esta eximente, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta;**

**4º) que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiere el agente de la autoridad (necesidad en concreto);**

**y 5º) proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública".**

2. El recurrente sostiene, a pesar de lo doctrina enunciada, que el recurso a la fuerza fue el racionalmente necesario y lo utilizó en una medida proporcionada, es decir, idónea en relación a los medios disponibles y la gravedad de la infracción.

**La justificación de la intervención, ciertamente, resultaba incontestable, incluso el recurso limitado a medios violentos, para cumplir con su obligación deteniendo a los fugitivos.**

Aunque la sentencia no lo precise, debemos acudir a las actuaciones, por la vía del art. 899 L.E.Cr. para esclarecer los motivos de la persecución o detención. Se habla en la sentencia de que los ocupantes del turismo perseguido habían rebasado un semáforo en rojo y realizado un giro prohibido, pero de las diligencias también resulta que el vehículo era robado (véase declaración del representante de "C., Manuel); uno de ellos, el conductor, según su propia declaración sumarial, estaba quebrantando un permiso carcelario; a ambos, de nacionalidad chilena, se les incoó expediente de expulsión, lo que nos indica que residían irregularmente en nuestro país, etc. etc., datos todos indicativos de que ante la persistente desobediencia (que puede integrar una infracción delictiva) a los requerimientos policiales, los agentes estaban obligados a proceder a su detención.

**3. Ahora bien, la obligación de detenerlos no nos conduce a que el único medio posible y práctico de llevarla a cabo fuera hiriendo gravemente a uno de ellos, poniendo en peligro su vida.**

**En nuestro caso concurren los tres primeros requisitos enunciados en la doctrina jurisprudencial, pero no los últimos, en que es indudable que existió una actuación desproporcionada del recurrente.**

El motivo debe rechazarse.

## **FALLO**

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Miguel, por estimación parcial de su Motivo Tercero, desestimando el resto de los alegados, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada [...]

## **SEGUNDA SENTENCIA**

Fallo: Que debemos condenar y condenamos al acusado Miguel, como autor responsable de un delito de lesiones agravadas, con la concurrencia de la eximente incompleta de cumplimiento de un deber y de un error vencible de prohibición (legítima defensa putativa) [...]