

Id Cendoj: 28079120012009101063
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 818/2009
Nº de Resolución: 1089/2009
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Homicidio imprudente atribuido a un guardia civil en el ejercicio de sus funciones profesionales. Anulación de la condena de homicidio por imprudencia grave profesional y condena por una falta de homicidio por imprudencia leve. Requisitos de la imprudencia grave. Exclusión de las costas de la acusación particular.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Octubre de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección de Algeciras, de fecha veintiséis de enero de dos mil nueve. Han intervenido el Ministerio Fiscal, como recurrente, el acusado Gregorio , representado por la procuradora Sra. González Díez y como parte recurrida la Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía, representada por la procuradora Sra. Estrugo Lozano. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Algeciras, instruyó procedimiento abreviado nº 147/2006, por delito de homicidio imprudente, contra Gregorio , lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, cuya Sección de Algeciras, dictó sentencia en fecha veintiséis de enero de dos mil nueve, con los siguientes hechos probados: *"PRIMERO.- El 3 de diciembre de 2000, sobre las 1.54 horas, se dio aviso por parte de la central cos de la Guardia Civil a las patrullas que se encontraban en la zona, del avistamiento de la embarcación sospechosa del transporte ilícito de inmigrantes y/o drogas que se dirigía a la zona conocida por "el tolmo" en el término municipal de Tarifa (Cádiz). En la embarcación iban un total de veinte inmigrantes indocumentados y de origen marroquí.*

SEGUNDO.- Los inmigrantes, una vez fueron desembarcados en la costa de Tarifa, empezaron a alejarse de la misma andando, sin saber que se dirigían a una zona en la que se encontraban varios guardias civiles que habían acudido de inmediato tras recibir el aviso de la central.

Entre estos agentes se encontraba el acusado, el guardia civil D. Gregorio , mayor de edad y sin antecedentes penales.

Una vez que la dotación de agentes, con auxilio de un aparato término de visión nocturna, pudo apreciar la arribada de un grupo nutrido de personas, se produjo la dispersión de los agentes se produjo la dispersión de los agentes. Tras oír el grito de "alto a la guardia civil", se inició una persecución en el decurso de la cual, uno de los inmigrantes, Romeo , en su huída en solitario, fue perseguido por el acusado, Gregorio , el cual en ese momento estaba provisto de una linterna.

*En el decurso de esta persecución, como quiera que Romeo siguió corriendo sin atender las órdenes de alto del agente, Gregorio , éste saco su arma reglamentaria e hizo un disparo intimidatorio al aire, con lo que consiguió que el **inmigrante** se detuviera frente a un terraplén.*

*En ese preciso momento, estando el **inmigrante** de espaldas, Gregorio se acercó por detrás con la pistola en una mano y llevando el dedo en el gatillo, sin haber puesto el seguro de ningún tipo y estando el*

arma en condiciones aptas para disparar, y una linterna en la otra y sujetó a Romeo por uno de los brazos. Romeo se giró en ese momento y Gregorio perdió el equilibrio a consecuencia de lo resbaladizo y húmedo del terreno y la pendiente del lugar.

Durante su caída al suelo, Gregorio apretó el gatillo en un movimiento reflejo, disparándose el arma. A consecuencia de este disparo una bala impactó a Romeo en la zona axilar posterior, a la altura de la 5ª costilla, tras haber rozado su brazo izquierdo. Este le produjo un shock hipovolémico-hemorrágico a causa del cual falleció.

TERCERO.- El arma que portaba el agente y desde la cual se efectuó el disparo, era una pistola semiautomática marca "atar" modelo "BM".

Todos sus mecanismos estaban en buen funcionamiento si bien el arma presentaba una anomalía, ya que estando el martillo en su posición intermedia y efectuándose una presión superior a la normal sobre el disparador, este se libera, incidiendo con fuerza en la aguja percusora y pudiendo producirse, en consecuencia un disparo.

CUARTO.- El guardia civil actuaba cuando sucedieron los hechos en el ejercicio de sus funciones."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Don Gregorio , como autor de un delito de homicidio imprudente del art. 142.1º del Código Penal , con aplicación de la atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de PRISIÓN de SEIS MESES y la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas del art. 142.2 del Código Penal durante SEIS MESES. Y conforme al art. 142.3 del Código Penal a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de guardia civil por un tiempo de UN AÑO Y SEIS MESES.

Se condena a D. Gregorio a indemnizar en concepto de responsabilidad civil, a los perjudicados por causa del fallecimiento de D. Romeo , y que se determinarán en ejecución de sentencia conforme a las bases ya establecidas, con la cantidad que resulte en dicha ejecución en aplicación de tales bases y que no podrá exceder de 300.000 euros.

Se condena al Estado Español como responsable civil subsidiario de la indemnización que se fije en ejecución de sentencia, que no excederá de 300.000 euros.

Se imponen las costas de este procedimiento a D. Gregorio incluyendo en ellas las causadas por la acusación particular, Consulado de Marruecos."

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el acusado Gregorio , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de Ley del art. 849.1º de la LECrim ., por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual contenido que deban ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia. Infracción del art. 5, 10 y 143.1º y 3º del Código Penal. Y por infracción del art 124 del CP. SEGUNDO .- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por vulneración del art. 142.1.2 del CP. TERCERO .- En virtud del art. 849.1 de la LECrim ., por vulneración del art. 142.3 del CP. CUARTO .- Por infracción de Ley del art. 849.2º de la LECrim ., por haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador. QUINTO.- Por infracción del art. 124 del Código Penal .

5.- Instruido el Ministerio Fiscal, apoyó el motivo Tercero y Quinto, e impugno el resto. La parte recurrida impugno el motivo primero y segundo, la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 14 de octubre de 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada por la Sección de

Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz, el 26 de enero de 2009 . En ella se condenó a Gregorio , como autor de un delito de homicidio imprudente, previsto en los *apartados 1, 2 y 3 del art. 142 del C. Penal* , es decir, en la modalidad de imprudencia profesional, con la aplicación de la atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas. Se le impusieron las penas de seis meses de prisión, con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la privación de la tenencia y porte de armas por el mismo tiempo; por último, también se le impuso la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de guardia civil por el periodo de un año y seis meses. La condena se extendió también a la responsabilidad civil, si bien se pospuso para la fase de ejecución de sentencia la determinación de los perjudicados y la cuantificación de la indemnización, con la responsabilidad civil subsidiaria del Estado español.

Los hechos que se describen en la sentencia se resumen, a grandes rasgos, en que el acusado, con ocasión de hallarse desempeñando sus funciones de guardia civil en la costa del término municipal de Tarifa (Cádiz), el día 3 de diciembre del año 2000, sobre la 1,54 horas, acudió a detener con otros agentes a los inmigrantes que habían desembarcado en una de las playas de la zona. Y al perseguir a uno de los marroquíes que se habían dispersado por la playa, después de darle el alto con un disparo intimidatorio al aire, se acercó a él para detenerlo, momento en que perdió el equilibrio y se cayó al suelo, disparándosele el arma al apretar el gatillo en un movimiento reflejo, de tal forma que alcanzó al ciudadano marroquí y le causó la muerte inmediata.

El condenado recurrió en casación y fundamentó la impugnación en cinco motivos, si bien el primordial, que constituye el núcleo del recurso, es el de infracción de ley por entender que se está ante un supuesto de caso fortuito y no de imprudencia profesional en el ejercicio de la función de guardia civil. Acaba pues interesando que se dicte una nueva sentencia absolutoria.

SEGUNDO . 1. Una ordenación sistemática respetuosa con la lógica del recurso nos obliga a tratar en primer lugar el cuarto motivo de casación al cuestionarse en el mismo el relato de hechos probados por la vía del *art. 849.2º de la LECr* . El recurrente aduce que el Tribunal de instancia incurre en error en la apreciación de la prueba y cita como documentos acreditativos de ello los informes periciales obrantes en los folios 290 a 299 y 341 a 358 de la causa, así como la reconstrucción de los hechos que figura en los folios 112 a 116 y 341 a 358.

2. Esta Sala viene exigiendo (SSTS de 1653/2002, de 14-10; 892/2008, de 26-12; 89/2009 , de 5-2; y 148/2009, de 11-2) para que prospere ese motivo de casación (*art. 849.2º LECr .*), centrado en el error de hecho, los siguientes requisitos:

a) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas.

b) El documento tiene que evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) El dato acreditado por el documento no ha de hallarse en contradicción con lo evidenciado por otros elementos de prueba.

d) Por último, el dato acreditado documentalmente debe ser relevante, de modo que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

3. Al trasladar la precedente doctrina jurisprudencial al supuesto que ahora nos ocupa, debe advertirse, en primer lugar, que un dictamen pericial no es propiamente una prueba documental. En efecto, en relación con la designación de informes periciales como documentos a los efectos del *art. 849.2º LECr .*, la jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 168/2008, de 29-4, y 755/2008, de 26-11, y las que en ésta se citan: 182/2000, de 8-2; 1224/2000 de 8-7; 1572/2000, de 17-10, 1729/2003, de 24-12, 299/2004 de 4-3, y 417/2004 de 29-3) sostiene que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba. No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por

otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues al apreciación probatoria queda entonces de alguna forma condicionada por la percepción directa del órgano jurisdiccional merced a la inmediatez.

Por ello -siguen diciendo las referidas resoluciones- esta Sala solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación. En concreto, cuando existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario. Y cuando, contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable.

Los informes, en definitiva, han de patentizar el error denunciado, no estar contradichos por otras pruebas y ser relevantes para la resolución del caso.

Pues bien, en el caso objeto de nuestra consideración la parte recurrente no impugna realmente el informe pericial sobre el estado del arma ni tampoco las conclusiones del dictamen. Se limita a cuestionar una afirmación que los peritos realizaron en la vista oral del juicio, en la que pusieron de relieve que habían arrojado el arma al suelo a fin de comprobar si se disparaba sola y observaron que tal eventualidad no se producía. Como tal matiz no constaba en el dictamen emitido por escrito, el recurrente lo refuta. Sin embargo, lo cierto es que se trata precisamente de un matiz relativo a la ampliación o aclaración del informe que afecta directamente al ámbito personal de la pericia practicada en la vista oral del juicio, y no al carácter documental de la misma. Por lo cual, sobre la certeza de ese extremo concreto aclaratorio del dictamen nada tiene que decir esta Sala al tratarse de una cuestión ajena a la vía casacional del *art. 849.2º de la LECr*.

Y en cuanto a la diligencia de reconstrucción de los hechos, además de no tratarse de uno de los documentos que admite la jurisprudencia para apoyar el error de hecho, la realidad es que la parte ni siquiera desarrolla argumentalmente ese aspecto del recurso, ignorándose a qué se refiere con la contradicción entre la referida diligencia y el resultado probatorio plasmado en la resolución recurrida.

En consecuencia, el motivo cuarto debe rechazarse en su totalidad.

TERCERO . 1. La cuestión nuclear del recurso se ubica claramente en el motivo primero, donde se denuncia infracción de ley, con apoyo en lo dispuesto en el *art. 849.1º de la LECr* . en relación con los *arts. 5, 10 y 143.1 y 3 del C. Penal* . El relato de hechos probados de la sentencia recurrida recoge claramente -se dice- un supuesto de caso fortuito, pues el acusado resbaló al darle el **inmigrante** con uno de sus brazos al girarse para intentar zafarse del agente, perdiendo éste el equilibrio a consecuencia del mal estado del terreno y a la pendiente que presentaba, de modo que cayó al suelo. Y en el momento de la caída apretó el gatillo en un movimiento reflejo, disparándosele el arma.

Como puede comprobarse, el recurrente no respeta en su alegación de forma literal la narración de hechos probados de la sentencia, desviación que contradice la vía procesal correspondiente a este motivo casación (*art. 849.1º de la LECr* .), pues el objeto de este recurso por infracción de ley se reduce exclusivamente a comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, que han de ser respetados en su integridad, orden y significación, se aplicaron correctamente a los mismos por los juzgadores de instancia los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían, o fueron erróneamente interpretados los aplicados o dejados de aplicar.

Para dirimir el motivo de impugnación debemos por tanto transcribir la declaración de hechos probados de la sentencia en la parte nuclear que nos afecta. Los dos últimos párrafos del apartado segundo del relato fáctico dicen así:

*"En ese preciso momento, estando el **inmigrante** de espaldas, Gregorio se acercó por detrás con la pistola en una mano y llevando el dedo en el gatillo, sin haber puesto el seguro de ningún tipo y estando el arma en condiciones aptas para disparar, y una linterna en la otra y sujetó a Romeo por uno de los brazos. Romeo se giró en ese momento y Gregorio perdió el equilibrio a consecuencia de lo resbaladizo y húmedo del terreno y la pendiente del lugar."*

"Durante su caída al suelo, Gregorio apretó el gatillo en un movimiento reflejo, disparándose el arma. A consecuencia de este disparo una bala impactó a Romeo en la zona axilar posterior, a la altura de la 5ª costilla, tras haber rozado su brazo izquierdo. Este le produjo un shock hipovolémico-hemorrágico a causa del cual falleció".

El Tribunal de instancia subsume los hechos en los tres *apartados del art. 142 del C. Penal*, esto es, en un delito de homicidio por imprudencia profesional. Y como argumento sustancial para cimentar su calificación afirma con respecto al acusado, en el fundamento cuarto, que "nada le impidió poner el seguro corredera en el arma para inutilizarla manteniéndose a una prudente distancia, evitando así cualquier peligro o riesgo para su vida...". Y a continuación matiza que "existían otras posibilidades y alternativas que no ponían en riesgo la vida y la integridad propia ni del emigrante. En lugar de ello -sigue diciendo la sentencia-, a pesar de las condiciones adversas, que debió prever, como lo resbaladizo y húmedo del terreno en pendiente, provisto como estaba con una linterna en la otra mano, y sin razones para sospechar que el **inmigrante** estuviera armado ni prueba alguna de que efectuara movimiento imprevisto o inesperado..., no había razones para no poner a recaudo el arma o, al menos, ponerle el seguro de corredera. Incluso hubiera bastado retirar el dedo del gatillo".

Pues bien, los razonamientos expuestos en la sentencia para apoyar la aplicación del tipo penal de homicidio imprudente grave no pueden asumirse en esta instancia. En efecto, no se considera razonable exigirle al acusado, cuando acude a una playa, a las dos de la madrugada, con el fin de identificar a veinte personas que acceden clandestinamente a la costa, que realice su función profesional de guardia civil con el seguro del arma puesto en el instante de identificar a uno de los sujetos que acaba de desembarcar y que huye por una pendiente del terreno. El funcionario ignora en ese momento si la persona en fuga va armada y tampoco conoce la reacción que va a tener en el instante de proceder a su identificación. Las circunstancias de riesgo real o posible que podía conocer *ex ante* en su actuación profesional aconsejaban actuar con el arma preparada y apta para el disparo ante una posible reacción violenta por parte del sujeto fugado, del que se ignoraba todo lo relativo a su persona, antecedentes, instrumentos que podía portar y su reacción ante una posible detención en una zona de costa, a esas horas de la noche, y cuando acababa de descender de una embarcación que parecía proceder de un país africano.

No se comparte por consiguiente la interpretación que hace la sentencia de instancia del *art. 5.2.d) de la Ley Orgánica 2/1996, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*. Pues si bien esta norma dispone, en efecto, que los funcionarios policiales sólo deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, debe entenderse que, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal de instancia, en este caso, tal como ya se ha afirmado, se daban *ex ante* unas circunstancias que legitimaban llevar el arma sin el seguro puesto y preparada para su uso ante una reacción agresiva del fugado, reacción que de entrada no podía descartarse en el contexto en que se producía la detención. Otra cosa muy distinta es ya si en el momento del disparo el agente manejó la pistola aplicando toda la diligencia que es exigible a un profesional en el ejercicio de la función policial ante un percance accidental, cuestión que será objeto de nuestro examen en los razonamientos que se exponen a continuación.

2. El delito imprudente aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un *deber de cuidado interno* (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un *deber de cuidado externo* (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.

A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (*vínculo naturalístico u ontológico*), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (*vínculo normativo o axiológico*). Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal.

Para analizar el supuesto enjuiciado a la luz de las bases conceptuales que se acaban de exponer, se ha de partir de la descripción fáctica de la sentencia recurrida, que ha quedado incólume en esta instancia, y de cuya lectura no puede inferirse que se esté ante un supuesto de imprudencia grave. Los antecedentes y las circunstancias que se describen como concurrentes en el momento en que el agente se acercó al ciudadano marroquí que acababa de descender de una embarcación a esas horas de la noche, no permiten

colegir que el acusado estuviera generando un riesgo ilícito o prohibido por el mero hecho de portar su arma profesional sin el seguro accionado. No omitió por lo tanto un deber objetivo de cuidado en el ejercicio de su actuación profesional por la circunstancia de portar el arma en disposición de disparo. Y tampoco incurrió en una infracción del deber elemental de cuidado en el ejercicio de su profesión por no controlar el arma cuando, debido al estado resbaladizo y en pendiente del terreno, se cayó al suelo y se le disparó en el curso de la caída debido a un movimiento reflejo que hizo, que es lo que se declara como probado en la sentencia impugnada, que debe mantenerse inalterado en casación.

Es cierto que no se comportó con una diligencia adecuada al no evitar el disparo del arma por el mero hecho de caerse con ella en la mano. Ahora bien, ese descontrol no puede subsumirse en una omisión grave del deber de cuidado.

Como es sabido, la *gravedad de la imprudencia* se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la *magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado* o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al *grado de riesgo no permitido generado* por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al *grado de riesgo no controlado* cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el *grado de utilidad social* de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del *bien jurídico amenazado* por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.

De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el *grado de previsibilidad o de cognoscibilidad* de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración.

Pues bien, al ponderar el caso objeto de recurso, se aprecia que no se dan los elementos propios de la imprudencia grave. Y ello porque, aunque el acusado pudo prever la posibilidad de una caída dado el estado que presentaba el terreno, lo cierto es que el no controlar debidamente el arma con motivo de una circunstancia casual de esa índole no puede afirmarse que integre una infracción grave del deber de cuidado objetivo exigible en el caso concreto. Pues al riesgo implícito que conlleva el uso normal del arma se le añade el riesgo accidental de una caída nada fácil de evitar, incremento del riesgo que convierte en mucho más difícil el control y dominio del arma. De modo que si un profesional debe, en principio, controlar la pistola en una situación de esa índole, el hecho de que no llegue a neutralizar los riesgos que se generan por la caída no quiere decir que haya incurrido en una imprudencia de carácter grave. Dado el nivel de riesgo que se ha generado con motivo de la caída accidental del acusado al suelo y las posibilidades de controlar el disparo del arma ante una contingencia de esa naturaleza, sólo cabe hablar de una infracción del deber de cuidado de carácter leve cuando la pistola se acaba disparando por no asirla o manejarla debidamente su portador en el momento de caerse.

Por lo demás, no se suscitan dudas de que en este caso el riesgo ilícito generado por la omisión de diligencia del acusado se materializó en el resultado lesivo. Con lo cual, concurre, además del vínculo naturalístico propio del nexo causal, el vínculo axiológico o normativo propio de la imputación objetiva.

Así las cosas, debe rechazarse la subsunción de la conducta del acusado en el tipo penal de la imprudencia grave del *art. 142 del C. Penal* y subsumirla en la imprudencia de carácter leve del *art. 621.2 y 5 del C. Penal*.

Se acoge así parcialmente la tesis de la parte recurrente, ya que no cabe calificar el hecho como un caso fortuito. Y es que, tal como se ha argumentado, el acusado sí pudo actuar con una mayor diligencia y evitar que el arma se le disparara en el curso de la caída, máxime tratándose de un profesional al que se le presupone un notable grado de experiencia y destreza en el manejo de un arma.

El motivo se estima, pues, de forma parcial.

CUARTO . La estimación del motivo primero del recurso hace innecesario ya entrar a examinar los motivos segundo y tercero, toda vez que en ellos la defensa denuncia, por la vía del *art. 849.1º de la LECr.*, la infracción del *art. 142 del C. Penal* por haber considerado el Tribunal de instancia que los hechos integran

un delito de imprudencia grave y además en la modalidad de profesional. La inaplicación del *art. 142* del texto penal razonada en el fundamento anterior lleva implícita la estimación de los motivos segundo y tercero del recurso en los términos que se acaban de exponer.

QUINTO . 1. En el quinto y último motivo de recurso se impugna la imposición de las costas de la acusación particular. Ha de entenderse que se cuestionan por infracción de ley, a pesar de que la parte recurrente sólo cita como precepto infringido el *art. 124 del C. Penal* . Se argumenta al respecto que el Estado de Marruecos, personado como acusador particular a través del Consulado de Marruecos en Algeciras, que interviene defendiendo los intereses de los familiares de la víctima, sólo debió ser admitido como acusación popular y no como acusación particular, cuando menos hasta que se identificara a los familiares de la persona fallecida. Y, además, se queja el recurrente de que, después de casi nueve años transcurridos desde la ejecución de los hechos, todavía no hayan sido identificados los familiares del **inmigrante** marroquí. Por todo lo cual, solicita que se deje sin efecto la condena en costas en lo que concierne a las correspondientes a la acusación particular.

2. Al examinar el extremo concreto de la personación del Estado marroquí como acusación particular y no popular, se comprueba que se trata de una cuestión ya decidida judicialmente en su momento en el procedimiento y que devino firme sin la oposición del ahora recurrente. Esa situación procesalmente ya consolidada no cabe, por tanto, reexaminarla de nuevo con motivo de dictarse esta sentencia de casación.

En cambio, sí procede analizar el tema de la imposición de las costas de la acusación particular. Con carácter previo, debe recordarse que la condena del acusado se ha degradado a una simple falta, lo que quiere decir que las costas serán las correspondientes a un juicio de faltas.

El hecho de que no sea imperativa la intervención de letrado y de procurador en un juicio de faltas no se considera, sin embargo, fundamento suficiente para rechazar la imposición del pago de las costas de la acusación particular. A este respecto, hay que distinguir las connotaciones específicas que se dan en cada juicio. No es igual un juicio de faltas en el que se dirime una injuria leve, un maltrato de obra u otras faltas de similar simplicidad de contenido, que un juicio de faltas en el que, por ejemplo, debido a un complejo accidente de tráfico se solicitan sustanciosas indemnizaciones y se hace preciso acudir a complicados cálculos con arreglo a la legislación de seguros. Por lo tanto, debe discernirse la clase de juicio de que se trate, ponderando especialmente su complejidad y la conveniencia en estos casos de la intervención de profesionales del derecho.

Sobre este particular, conviene subrayar que el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que las partes intervinientes en juicio de faltas tienen derecho a que se les nombre letrado de oficio para ejercitar sus derechos, especialmente en los supuestos que presenten alguna complejidad o pudieran quedar en situación de desigualdad procesal, y ello independientemente de que no sea imperativa la intervención de letrado (STC 212/1998, que a su vez se remite a las SSTC 47/1987, 216/1988, 188/1991, 208/1992, 276/1993 y 92/1996).

A tenor de la doctrina expuesta, y vista la complejidad que conlleva el supuesto que ahora se enjuicia, donde concurre una importante reclamación de cantidad como consecuencia de la muerte de una persona y donde la calificación jurídica presenta no poca complicación, parece evidente que se está ante uno de esos casos en que sí procede la asistencia de profesionales. Máxime si se pondera que la causa ha sido sustanciada hasta el final por los trámites de un procedimiento por delito y no por un simple juicio de faltas.

Ahora bien, el hecho de que puedan imponerse las costas de la acusación particular en un juicio de faltas no quiere decir que en este caso la imposición sea procedente. El examen del trámite procesal viene a indicarnos más bien todo lo contrario.

3. En efecto, este Tribunal tiene reiteradamente declarado al examinar los criterios aplicables en la imposición de las costas en el proceso penal que, conforme a los *artículos 123 del Código Penal y 240* de la LECr., ha de entenderse que rige la «procedencia intrínseca» de la inclusión en las costas de las de la acusación particular, salvo cuando ésta haya formulado peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del Ministerio Fiscal y con las acogidas por el Tribunal, de las que se separa cualitativamente, evidenciándose además como inviables, extrañas o perturbadoras (SSTS 147/2009, de 12-2; 381/2009, de 14-4; 716/2009, de 2-7; y 773/2009, de 12/7). De modo que sólo es exigible una motivación expresa en este punto cuando el juzgador encuentre razones para apartarse del criterio general que es precisamente el de la imposición al condenado de las costas de la acusación particular (SSTS 223/2008, de 7-5; 750/2008, de 12-11; 375/08, de ; y 203/2009, de 11-2).

Es cierto que en materia de costas ocasionadas por la acusación particular no rige por Ley el

automatismo en la imposición, pues aunque el *art. 123 CP* establece que "las costas procesales", es decir, todas las partidas que comprende el concepto, se imponen normalmente al condenado, el *art. 124 CP*, al disponer que las de la acusación particular lo serán "siempre" en los delitos perseguibles a instancia de parte, admite que en los de otra naturaleza esa inclusión podría no darse. Pero, puesto que las costas integran legalmente los honorarios de abogados y procuradores (*art. 241, 3º LECrim*), ésa es una posibilidad que sólo debería operar en ocasiones excepcionales (SSTS 531/2002, de 20-3; 2015/2002, de 7-12; 1034/2007 de 19-12; y 383/2008, de 25-6).

Asimismo ha afirmado esta Sala de casación que si bien ese criterio de la homogeneidad y de la coherencia con las tesis admitidas en la sentencia es el prioritario, ha de atenderse en un segundo plano también al criterio de la relevancia, denegándose la imposición de las costas correspondientes a la acusación particular cuando la intervención de esta parte resulte superflua o inútil (SSTS 518/2004, de 20-4; 37/2006, de 25-1; 1034/2007, de 19-12; 147/2009, de 12-2; y 567/2009, de 25-5).

Por último, tiene igualmente establecido este Tribunal que es requisito necesario para la imposición de las costas de la acusación particular la petición de parte, tanto por regir para la condena por esas costas el principio de rogación, cuanto porque sin la formalización de dicha petición la parte condenada no habría tenido ocasión de defenderse frente a la misma (SSTS. 1784/2000, de 20-1; 1845/2000, de 5-12; 560/2002, de 28-3; 37/2006, de 25-1; y 449/2009, de 6-5).

La proyección de las pautas jurisprudenciales precedentes al supuesto ahora enjuiciado impide imponer en este caso las costas de la acusación particular correspondientes al Consulado del Reino de Marruecos en Algeciras. Y es que, en primer lugar, esa condena en costas ni siquiera fue postulada por la propia acusación particular ni tampoco por el Ministerio Fiscal. La pretensión por lo tanto no se ha formulado en la causa ni ha sido sometida al debate de las partes. A ello ha de también sumarse, desde la misma perspectiva procesal, que en la sentencia recurrida no se razona en modo alguno la imposición de esas costas.

Y en segundo lugar, la intervención procesal de la acusación particular ha sido totalmente inútil en un caso y sobre un tema en que su actuación procesal exigía una mínima colaboración activa. Nos referimos a que el Consulado del Reino de Marruecos en Algeciras se personó en la causa con el fin de defender a los familiares de la víctima ya que en un principio se desconocía quiénes eran. Sin embargo, lo cierto es que, tras casi nueve años de proceso, esa parte, que era quien tenía posibilidades de hacerlo, no ha identificado a los familiares del fallecido, o, cuando menos, no ha aportado a la causa datos relativos a su identificación. Ello ha determinado que la sentencia de instancia quedara incompleta, pues, ante el desconocimiento del número de familiares de la víctima y del grado de parentesco que pudieran tener con ella, se ha pospuesto para la fase de ejecución de sentencia la cuantificación de la indemnización y su asignación a personas concretas.

Resulta, pues, una incoherencia que los gastos de una parte procesal que ha intervenido con tal poca diligencia en el proceso corran de cargo del acusado. Pues una cosa es que el principio de relevancia no se aplique con carácter prioritario y otra muy distinta que quede desplazado hasta el punto de no atender siquiera a las omisiones en que incurre una parte en perjuicio de la sustanciación y del resultado del proceso.

Se estima, por consiguiente, este motivo de recurso y se declaran de oficio las costas de esta instancia (*art. 901 LECr.*).

III. FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por Gregorio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección de Algeciras, de fecha 26 de enero de 2009, que condenó al referido recurrente como autor de un delito de homicidio por imprudencia profesional, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, y, en consecuencia, anulamos en parte esta resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Juan Saavedra Ruiz** D. Perfecto Andres Ibañez D. Jose Ramon Soriano Soriano **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Alberto Jorge Barreiro

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Octubre de dos mil nueve

El Juzgado de Instrucción número 4 de Algeciras, instruyó procedimiento abreviado nº 147/2006 , por delito de homicidio imprudente, contra Gregorio , mayor de edad, sin antecedentes penales, con TIP NUM000 , lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, cuya Sección de Algeciras, dictó sentencia en fecha veintiséis de enero de dos mil nueve , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo que se argumenta en la sentencia de casación, procede absolver al acusado del delito de homicidio por imprudencia profesional y condenarlo como autor de una falta de homicidio por imprudencia leve, prevista en el *art. 621.2 y 5 del C. Penal* , con la aplicación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

En cuanto a la individualización de la pena, la aplicación de lo dispuesto en el *art. 638 del C. Penal* y la ponderación de la eficacia de la referida atenuante determina que se le imponga al acusado una pena de un mes de multa, con una cuota diaria de 10 euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas. Por último, se le impondrá también la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el tiempo de tres meses.

De otra parte, se le imponen al acusado con respecto al proceso de instancia las costas correspondientes a un juicio de faltas, con exclusión de las correspondientes a la acusación particular.

III. FALLO

Absolvemos a Gregorio del delito de homicidio por imprudencia grave profesional y lo condenamos como autor de una falta de homicidio por imprudencia leve a un mes de multa, con una cuota diaria de 10 euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas. Se le priva del derecho a la tenencia y porte de armas por el tiempo de tres meses. Se le imponen con respecto al proceso de instancia las costas correspondientes a un juicio de faltas, con exclusión de las correspondientes a la acusación particular. Y se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Perfecto Andres Ibañez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro

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