



Roj: **STS 1193/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1193**

Id Cendoj: **28079120012017100227**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/03/2017**

Nº de Recurso: **935/2016**

Nº de Resolución: **197/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 520/2016,**
STS 1193/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 935/2016 interpuesto por Luis , representado por la procuradora D.ª Rosario Castro Cabezas bajo la dirección letrada de D.ª Ana Reguera Freire, contra la sentencia n.º 19/2016 dictada el 28 de enero de 2016 por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda , en el Rollo de Sala Sumario Ordinario 48/2014, en el que se condenó al recurrente como autor de un delito de homicidio consumado, de un delito de homicidio intentado, ambos del artículo 138 del Código Penal , y de un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.1.º del Código Penal . Han sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, Ruperto (acusación particular) representado por el procurador D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez bajo la dirección letrada de D.ª Leonor Baeza Fernández, así como Candelaria (acusación particular) representada por el procurador D. Roberto Alonso Verdú bajo la dirección letrada de D. José Antepazo Santomé.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 2 de Cangas de Morrazo incoó Sumario 768/2014 por delito de homicidio, tentativa de homicidio y tenencia ilícita de armas, contra Luis , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda. Incoado el Sumario 48/2014. con fecha 28 de enero de 2016 dictó sentencia n.º 19/2016 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

« **ÚNICO.-** Probado y así se declara que el acusado Luis , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, también conocido como " Pelos ", con DNI. n.º NUM000 , nacido el NUM001 /1958, sobre las 03:00 horas del día 5/01/2013, estando en su casa, sita en el lugar de DIRECCION000 , término municipal de DIRECCION001 , CALLE000 n.º NUM002 , oyó que llamaban a la puerta de su casa procediendo a abrir la puerta y encontró allí a Clemente , en ese momento el procesado, con una pistola que portaba en su mano, sin tener habilitación para ello, y a una distancia inferior a 1 metro, disparó en varias ocasiones con intención de causar la muerte, contra Clemente , asimismo y con idéntico propósito, disparó en varias ocasiones contra Ruperto que se encontraba en las inmediaciones, con posterioridad a estos hechos, el procesado salió de su casa y se deshizo de la pistola que no fue localizada.

Como consecuencia de los disparos, Clemente recibió dos heridas por arma de fuego que le afectaron a los pulmones y al hígado provocándole un shock hemorrágico que le causó la muerte. El fallecido tenía un hijo Hermenegildo que en esa fecha contaba con 14 años de edad.



Como consecuencia de los disparos, Ruperto , sufrió lesiones consistentes en fractura abierta en ala ílica izquierda por arma de fuego, que requirieron para su sanidad además de una primera asistencia facultativa y tratamiento médico quirúrgico 180 días, de los cuales 4 días lo fueron de ingreso hospitalario, 86 impeditivos y 90 no impeditivos; restándole como secuelas dolor en la cadera derecha, trastorno adaptativo, restos proyectil cadera derecha, calificados como coxalgia postraumática inespecífica en cadera de carácter leve moderado; material de osteosíntesis leve y otros trastornos neuróticos moderado medio; con perjuicio estético por cicatrices en costado de carácter ligero.».

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

«Que **debemos condenar y condenamos** a Luis en concepto de autor de un delito de homicidio consumado, un delito de homicidio en grado de tentativa y un delito de tenencia ilícita de armas, no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procede imponerle la pena de **12 años y 6 meses de prisión** con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena por el delito consumado, por el homicidio intentado la pena de **7 años y 6 meses años de prisión** con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, por el delito de tenencia ilícita de armas la pena de **1 año y 6 meses de prisión** con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Procede acordar asimismo la **prohibición de aproximarse a menos de 500 metros del domicilio, lugar de trabajo, lugares frecuentados y cualquier lugar en que se encuentren Ruperto y Hermenegildo , y de establecer comunicación por cualquier medio con ellos, por un periodo de 10 años superior al de la condena impuesta.**

Asimismo deberá indemnizar a Hermenegildo en la cantidad de 181.000 € cantidad que devengará el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , asimismo deberá indemnizar a Ruperto en la cantidad de 24.669 €, cantidad que devengará el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , asimismo deberá abonar el pago de las costas procesales incluidas las de las acusaciones particulares.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DIAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Luis , anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de preceptos constitucionales, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formalizado por Luis , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de precepto constitucional al amparo del n.º 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de los artículos 24 y 9.3 de la Constitución Española , principio de presunción de inocencia e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Y ello en relación con los tres delitos por los que ha sido condenado.

Segundo.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, y del derecho a la defensa, de los artículos 24, 9.3 y 120.3, todos ellos de la Constitución Española , en su vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva y a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la representación procesal de Ruperto y la de Candelaria (acusaciones particulares), así como el Ministerio Fiscal, en escritos de fecha 7 de julio, 13 de julio y 12 de septiembre de 2016, respectivamente, solicitaron la inadmisión e impugnaron de fondo los motivos del recurso e interesaron su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 2 de marzo de 2017 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en su Procedimiento Ordinario 48/14, procedente del Sumario Ordinario 768/14, de los del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de los de Cangas de Morrazo, el 28 de enero de 2016, dictó Sentencia en la que se declaraba probado que siendo



aproximadamente las 3.00 horas del día 5 de enero de 2013, Clemente llamó a la puerta de la casa del acusado, mientras que Ruperto -acompañante de aquel-, se quedó esperando unos metros más allá. Cuando el acusado abrió la puerta y encontró allí a Clemente, con una pistola que aquel portaba en su mano -sin tener habilitación para ello-, le disparó en varias ocasiones, logrando su objetivo de darle muerte. Inmediatamente después, y con igual propósito, disparó contra Ruperto, alcanzándole y causándole lesiones consistentes en fractura abierta en ala ílaca izquierda.

Partiendo de tal relato fáctico, la sentencia condenó a Luis : 1) Como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio consumado, previsto en el artículo 138 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 12 años y 6 meses de prisión, con la accesoria legal correspondiente; 2) Como autor, criminalmente responsable, de un delito de homicidio en grado de tentativa, previsto en los artículos 138 y 16 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 7 años y 6 meses de prisión, con la accesoria legal correspondiente; y 3) Como autor criminalmente responsable de un delito de tenencia ilícita de armas, previsto en el artículo 564.1º del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, con la accesoria legal correspondiente, así como prohibición de aproximarse, a menos de quinientos metros de su domicilio, lugar de trabajo, o cualquier otro que frecuenten Ruperto y Hermenegildo y de comunicarse con ellos por cualquier medio, por periodo de diez años por encima de la condena impuesta, así como a que indemnizara al primero, en la cantidad de 24.669 euros y al segundo en la cantidad de 181.000 euros, con los intereses legales correspondientes.

SEGUNDO.- El recurrente formula dos motivos de impugnación, que agrupa con un mismo desarrollo argumental. Concretamente, denuncia infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y de la interdicción de la arbitrariedad, así como del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y del derecho de defensa en su vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva.

Resumidamente sostiene -como alegato de ambos motivos- que no existió el dolo de muerte que la sentencia de instancia le atribuye, sino que el arma se disparó con ocasión de un forcejeo. Aduce que la existencia del forcejeo quedó demostrada por el informe médico forense, destacando que en su dictamen se puso de manifiesto que Clemente presentaba dos cortes: uno de ellos grande, en el primer dedo de la mano derecha; y, el otro, una equimosis en el quinto dedo de la misma mano. Argumenta que esas heridas hubieron de producirse con un cuchillo afilado y que, si el cuchillo que se encontró en el lugar de los hechos no tenía restos de sangre, resulta evidente concluir que Ruperto había de ir armado con otro y hubo de llevárselo del lugar después del forcejeo. Entiende que resulta claramente demostrativo que el propio Ruperto reconociera que en el vehículo había un segundo cuchillo, por más que asegurara en el juicio oral que ese segundo cuchillo no tuvo intervención en los hechos enjuiciados, dado que lo había perdido en el mar ese mismo día.

Respecto del delito de tenencia ilícita de armas, expresa que la pistola le pertenecía a Clemente, que fue quien la sacó en el forcejeo, poniendo de relieve que el recurrente negó en la fase de instrucción la propiedad del arma de fuego y argumenta que no se ha probado otra cosa, dado que no consta la titularidad de la pistola.

Por lo que se refiere a la presunción de inocencia, esta Sala ha reiterado en SSTS como las nº 25/2008, de 29 de enero, o la número 575/2008, de 7 de octubre, que este derecho viene consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamental e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; y artículo 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe, racionalmente, esa presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación en ellos del acusado. La alegación de su vulneración en el recurso de casación puede ir orientada a negar la existencia de prueba, a negar la validez de la existente, a negar el poder probatorio o demostrativo de la prueba existente y válida, o a cuestionar la racionalidad del proceso valorativo efectuado por el Tribunal sobre pruebas disponibles. Ante esta alegación, esta Sala del Tribunal Supremo debe realizar una triple comprobación: en primer lugar que el Tribunal de instancia haya apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él; en segundo lugar, que las pruebas sean válidas, es decir, que hayan sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica; y, en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas, la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparte de las reglas de la lógica y del



criterio humano y no sea, por tanto, irracional, manifiestamente errónea o arbitraria. (STS de 3 de octubre de 2005) (STS 152/2016 de 25 de febrero).

Dicho de otro modo, el presupuesto necesario para poder destruir la presunción de inocencia no se satisface con la simple presencia formal de medios de pruebas, sino que es imprescindible la validez de las mismas y que los datos obtenidos con su práctica tengan un contenido incriminatorio que sea congruente con las proposiciones fácticas introducidas en el proceso por las acusaciones y que constituyen su objeto, permitiendo, desde un criterio racional, tener por acreditada la participación del acusado en el hecho delictivo y la propia existencia del hecho punible, más allá de toda duda razonable.

Proyectada nuestra tradicional doctrina sobre el caso enjuiciado, puede apreciarse el correcto juicio conclusivo del Tribunal de instancia, respecto de los hechos en los que asientan los tipos delictivos que el recurso combate.

A. En lo relativo a la concurrencia del elemento intencional del delito de homicidio por el que el recurrente ha sido condenado, el Tribunal contempla la declaración del lesionado Ruperto como principal prueba de cargo. El testigo relató que el acusado abrió la puerta de su casa y -casi de inmediato y prácticamente a bocajarro- abrió fuego contra Clemente sin que mediase ni amenaza ni agresión, disparando después contra el propio testigo, que estaba más alejado. El relato -que se enfrenta al forcejeo que se esgrime en el recurso, así como al disparo involuntario que se aduce-, es ponderado por el Tribunal como veraz, por varias razones o indicios concurrentes. En primer lugar, la sentencia destaca el testimonio de los agentes de la Guardia Civil, quienes relataron que Ruperto se personó en el cuartel de la Guardia Civil inmediatamente después de acaecidos los hechos, donde solicitó auxilio sosteniendo una versión semejante a la que aquí se analiza e identificando ya al recurrente como la persona que efectuó los disparos. En segundo término, la sentencia recalca que el cuerpo del fallecido se encontró con la camisa y camiseta levantadas, lo que el Tribunal entendió también compatible con la versión de Ruperto , quien sostuvo que después de los disparos, trató de recoger a su compañero e introducirle en el coche agarrándole de las axilas, pero que -al no conseguirlo- hubo de dejarle en el lugar y marcharse a solicitar la ayuda de la Guardia Civil.

La sentencia destaca además que el relato de cargo presenta también coherencia con que se encontraran restos de sangre de Clemente en la puerta del coche en el que Ruperto asegura haber intentado introducir al fallecido, y con la manifestación de varios testigos que describen que el cuerpo había sido desplazado desde su ubicación inicial, pues existía un charco de sangre en otro lugar y apreciaron las huellas de un vehículo sobre los restos de sangre. Y no elude tampoco el Tribunal, que la prueba pericial confirmó que los disparos que alcanzaron a Clemente se realizaron a una distancia de entre cincuenta centímetros y un metro, mientras que el disparo recibido por Ruperto fue a una distancia superior a dos metros.

Por último, la sentencia recalca, no sólo que el acusado no ha prestado una explicación alternativa a cómo ocurrieron los hechos (habiéndose acogido en el plenario a su derecho a no declarar), sino que el que no pidiera ayuda para los heridos después del fatal desenlace y optara por dirigirse a varios locales de ocio nocturno, no resulta coherente con la tesis del forcejeo y del disparo accidental que esgrime su defensa, y sí con el relato efectuado por el testigo de cargo.

B. Respecto del delito de tenencia ilícita de armas, el Tribunal argumenta que la posesión de la pistola por el acusado queda fuera de toda duda. Primeramente, porque pese a no haber sido localizada, su utilización en la ejecución de los hechos ha sido corroborada por la pericial médico forense y la prueba pericial practicada por el departamento de criminalística. Y en lo tocante a su posesión y utilización, destaca la Sala que Ruperto -con la credibilidad que se ha otorgado a su relato por las razones ya expuestas-, afirmó que vio cómo Luis abría la puerta y disparaba.

TERCERO.- El recurso sostiene, además, que se han acreditado los elementos fácticos en los que asentar la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de legítima defensa y de miedo insuperable, bien como circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, bien como circunstancias atenuantes.

Argumenta al respecto que el testimonio de Ruperto evidenció que pretendían ajustar cuentas con el acusado, por un tema relacionado con el tráfico de drogas. Considera que la llegada de dos personas a casa del recurrente, a altas horas de la madrugada, con la cara cubierta con un pasamontañas, portando guantes y armados con un cuchillo de grandes dimensiones, constituye una situación asimilable a una agresión previa. Al tiempo, el recurrente rechaza el razonamiento por el que la Sala no asume que las víctimas llevaran la cara tapada, sosteniéndose en la impugnación que si Clemente no cubría su cara con un pasamontañas cuando se realizaron las fotografías del cadáver (en esas fotografías asienta el tribunal su convencimiento), fue debido a que el servicio de urgencia médica le habría bajado la prenda hasta el cuello cuando comparecieron en el lugar para intentar reanimarle. Considera así el recurso que la presencia de dos personas en la madrugada,



embozadas y portando -al menos una de ellas- un arma de notables dimensiones, justifica el miedo y la respuesta defensiva del acusado.

Debe destacarse que los hechos impositivos, las eximentes o las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal (SSTS 1395/1999, de 9 de octubre o 435/2007, de 16 de mayo), a diferencia de lo que ocurre con los pronunciamientos absolutorios en cuyo favor opera el derecho fundamental a la presunción de inocencia, requieren de una acreditación plena, correspondiendo la carga de su prueba a la parte que esgrime su concurrencia.

Hemos indicado también que, en relación a la motivación de las resoluciones, es doctrina reiterada de esta Sala (SSTS 357/2005 de 20 de abril , 1168/2006 de 29 de noviembre , 742/2007 de 26 de septiembre) que la motivación de las sentencias debe abarcar el aspecto fáctico; y hemos concretado que por más que no sea preciso reseñar detalladamente todas las pruebas que se han tenido en cuenta, sí deben desprenderse con claridad cuáles son las razones que ha contemplado el Tribunal para declarar probados, o rechazar, los aspectos fundamentales de los hechos, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos, pues sólo ello permite al justiciable, y a la sociedad en general, conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso (SSTC 165/98 , 177/99 , 46/96 , 231/97 y de esta Sala 629/96 de 23 de septiembre , 1009/96 de 12 de diciembre , 621/97 de 5 de mayo y 1749/2000 de 15 de noviembre). En definitiva, la finalidad de la motivación será hacer constar las razones en las que se sostiene la decisión adoptada, de suerte que pueda ponerse de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

Unas exigencias de motivación se vieron cumplidamente satisfechas cuando el Tribunal rechazó los elementos fácticos de los que depende la apreciación de las circunstancias que se traen a colación. El tribunal hacía notar que nada se había acreditado al respecto y que las circunstancias del caso no parecían respaldar su pretensión exculpatoria. Frente a la alegación de que Clemente y Ruperto llegaron con la cara tapada por un verdugo y esgrimiendo armas, el Tribunal destaca que nadie sustentó tal realidad histórica en el debate contradictorio del plenario. No lo hizo el acusado -que se acogió a su derecho a no declarar y a no contestar ninguna pregunta-, ni lo hizo ningún otro testigo. Destaca además el Tribunal que, de la prueba practicada no resalta ningún contexto de temor, dado que el acusado abrió la puerta de su casa a horas claramente intempestivas, lo que no se hubiera hecho de ser personas embozadas o desconocidas y armadas. Refleja que -además del testimonio del propio Ruperto - existen dos elementos que se enfrentan a la posibilidad de que Clemente fuera embozado: en primer término, que las fotografías reflejan que la prenda sólo abrigaba su cuello y, en segundo lugar, que cuando Clemente llamo a la puerta de la casa del acusado, éste le reconoció tan pronto como abrió. Y expresa también que, después de los disparos, el acusado telefoneó a un amigo llamado Lorenzo , y -pese a relatarle que había ambulancias por su casa-, nada le trasladó de su experiencia o de que hubiera visto encapuchados merodeando por allí. Por último, termina señalando que el acusado no sólo no solicitó ayuda después de su ataque, sino que el propietario de un establecimiento de hostelería declaró que estuvo en su local, entre las 3.30 y las 5.30 horas, solo y tranquilo.

Y haciendo exclusiva referencia a la supuesta agresión, el Tribunal considera la verosimilitud del relato de Ruperto y está por ello a su versión, que no sólo excluye el asalto, sino que sostiene: 1) que Clemente nunca esgrimió un cuchillo, sino que se limitó a llevarlo sujeto con el cinturón y 2) que el acusado abrió la puerta armado e inició inmediatamente después los disparos; considerando además el Tribunal de instancia que nadie sustentó en el plenario la realidad del forcejeo y que tampoco puede considerarse que existiera desde otros elementos objetivos, dado que no hay ningún vestigio de sangre en el cuchillo que llevaba el fallecido.

Los motivos se desestiman.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Declarar no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de Luis , contra la Sentencia dictada el 28 de enero de 2.016, por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra , en su procedimiento Sumario Ordinario 48/14, procedente del Sumario Ordinario 768/14, de los del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de los de Cangas de Morrazo; condenando al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió e interesando acuse de recibo.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Andres Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde Carlos Granados Perez Perfecto Andres Ibañez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ