



Roj: **STS 4705/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4705**

Id Cendoj: **28079120012014100734**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2014**

Nº de Recurso: **10371/2014**

Nº de Resolución: **749/2014**

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

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 1899/2013,**
STS 4705/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Noviembre de dos mil catorce.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, que ante Nos penden, interpuestos por **Juan Enrique , Arcadio y Claudio** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Quinta), con fecha veintinueve de Julio de dos mil catorce, en causa seguida contra Feliciano , Imanol , Arcadio , Juan Enrique y Claudio , por delitos de **homicidio** en grado de tentativa, contra la salud pública, tenencia ilícita de armas y robo con violencia; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado Juan Enrique , representado por la Procuradora Sra. D^a Raquel Nieto Bolaño; el acusado Arcadio , representado por la Procuradora Sra. D^a Raquel Nieto Bolaño; y el acusado **Claudio** , representado por el Procurador Sr. D. José María Martínez Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de los de Cartagena instruyó el sumario con el número 3/2.011, contra Feliciano , Imanol , Arcadio , Juan Enrique y Claudio ; y una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª, rollo 22/2011) que, con fecha veintinueve de Julio de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"De conformidad con las pruebas practicadas en el acto del juicio oral se declara expresa y terminantemente probado que:

1.- El día 21 de junio de 2010, sobre las 23,30 horas se encontraban en el interior de la finca sita en el PARAJE000 , su propietario el acusado Claudio , mayor de edad en cuanto nacido el NUM000 de 1958, con DNI nº NUM001 , en situación de prisión provisional por esta causa desde el auto de fecha 12 de mayo de 2011 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Cartagena y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, junto con los también acusados Feliciano , mayor de edad al haber nacido el NUM002 de 1985, con DNI nº NUM003 , con antecedentes penales no computables, que ha estado privado de libertad por esta causa desde el 22 de junio de 2010 al 17 de enero de 2011 y Imanol , mayor de edad en cuanto nacido el NUM004 de 1967, con DNI nº NUM005 , con antecedentes penales no computables y en prisión provisional por esta causa desde el 22 de junio de 2010 al 14 de enero de 2011.

2.- Los tres acusados se encontraban en el interior de una estancia situada dentro de la finca estando sentado Claudio en el lado derecho entrando a dicha estancia tras una mesa de despacho y en un sillón de color verde,

Feliciano en un sillón blanco situado frente a la puerta de entrada y Imanol en una silla de color negra situada a la izquierda de la puerta.

3.- *Sobre la hora indicada, y tras derribar la puerta de acceso tirando contra la misma una rueda de coche que fracturó la misma, entraron en dicha estancia, con intención de sustraer cuanto de valor encontraran en el lugar aunque no lograron apropiarse de objeto alguno, los también acusados Juan Enrique , mayor de edad al haber nacido el NUM006 de 1982, de nacionalidad argelina y con NIE NUM007 , sin antecedentes penales y que ha estado privado de libertad por esta causa desde el 25 de junio de 2010 al 14 de enero de 2011 y Arcadio , mayor de edad en cuanto nacido en Marruecos el NUM008 de 1987, con antecedentes penales no computables y privados de libertad por esta causa desde el 23 de junio de 2010 al 28 de enero de 2011, junto con al menos otra persona más, actuando todos ellos de común acuerdo, llevando ropa de color negro y perfectamente ocultos por pasamontañas, guantes y gorras para impedir ser identificados y portando cada uno de ellos un arma, en concreto Franco una pistola de la de marca Browning System Utah 9 mm. Parabellum, pistola semiautomática con el número de identificación borrado, la cual estaba en perfectas condiciones de uso y para cuya posesión carecerían los acusados de licencia y guía de pertenencia, arma que no consta que efectuase disparo alguno; Juan Enrique , la Blow Mini 8, inicialmente pistola detonadora pero que fue modificada para habilitar el disparo de proyectiles únicos de 8 mm, con el número de identificación igualmente borrado y apta para el disparo, efectuando al menos un disparo de un cartucho 8 mm knall con dicho arma y finalmente Arcadio la pistola marca Blow M06 de 9mm. P.A. Knall, inicialmente una pistola detonadora habilitada para disparar cartuchos del 9 mm corto, con el número de identificación borrado y en condiciones de uso, efectuándose al menos dos disparos con dichas armas desde la puerta hacía el interior de la estancia, con la intención de acabar con la vida de las personas que se hallaban en dicho lugar, sin que ninguno de los ocupantes de la habitación de nacionalidad española resultase herido por dicha acción.*

4.- *Como consecuencia de la entrada sorpresiva de Arcadio , Juan Enrique y otras personas no identificadas, Claudio reaccionó haciendo uso de una primera pistola que tenía en su poder, que no ha podido ser hallada, pero que ha sido identificada como portadora de un cañón Astra de 9 mm parabellum, con la cual hizo siete disparos en el interior de la estancia; posteriormente hizo uso de una segunda pistola, que tampoco ha podido ser recuperada, que se identificó como un arma apta para el disparo de cartuchos de 9 mm Parabellum o 9 mm cortos, con la que hizo al menos siete disparos más a los asaltantes, todos ellos, tanto los de la primera como de la segunda pistola, desde el lugar en el que se encontraba en la habitación. A consecuencia de estos disparos hirió a Arcadio , Franco y a Juan Enrique , abandonando los dos primeros el lugar de los hechos y quedando en el mismo Juan Enrique el cual al tratar de huir tuvo un forcejeo con Claudio durante el cual recibió un segundo disparo, hasta que finalmente logró huir de la estancia hacia el exterior de la finca, arrebatando Claudio en ese momento la pistola Blow mini 8 que el lesionado portaba, dejando la misma encima de la mesa de despacho.*

5.- *Durante el cruce de disparos Feliciano y Imanol se ocultaron sin que conste que cogiesen arma alguna ni que tuviesen conocimiento previo de la existencia de armas de fuego en la vivienda de Claudio .*

6.- *A consecuencia de los disparos efectuados por Claudio , resultaron heridos: a) Arcadio , por herida por disparo en abdomen, con posible orificio de entrada a nivel de epigastrio y posible orificio de salida a nivel de 7º espacio intercostal izquierdo, con trayectoria superficial y que no afectó a ningún órgano vital y que requirió para su curación tratamiento quirúrgico, estando hospitalizado un día y tardando 17 en curar, estando impedido para sus ocupaciones habituales durante tres días, quedándole como secuela, cicatrices de perjuicio estético ligero valoradas en 3 puntos; b) Juan Enrique , herido por dos disparos que le produjeron fractura estallido del tercio medio de húmero derecho por herida de arma de fuego y seda con orificio de entrada a dos centímetros de mamilla izquierda y salida por zona periumbilical, no penetrando ninguno de los disparos en cavidades vitales, si bien la altura del disparo que fractura el húmero es la altura cardiaca y el segundo disparo se efectuó durante el forcejeo sostenido por Juan Enrique con Claudio cuando aquel pretendía huir del lugar y en contacto con contacto directo de la boca de fuego con el cuerpo del lesionado, que requirieron tratamiento quirúrgico y rehabilitador, tardando en curar 225 días, de los cuales 15 fueron de hospitalización, 120 fueron impositivos para sus ocupaciones habituales y el resto no impositivos, quedándole como secuela limitación en la flexión del codo y cicatrices con perjuicio estético ligero valoradas en cinco puntos; y c) Franco , el cual no ha podido ser juzgado al haberse sobreesido el procedimiento por haber sido expulsado de España por resolución administrativa sin autorización judicial, que resultó con lesiones consistentes en heridas por dos disparos en hemitórax izquierdo y derecho, que requirieron tratamiento quirúrgico, las cuales hubieran podido determinar la muerte en caso de no haber recibido pronta asistencia médica y quirúrgica.*

7.- *Una vez terminado el tiroteo, todos los participantes en el mismo huyeron del lugar en el que éste tuvo lugar, siendo localizados Juan Enrique y Arcadio por una patrulla de la Policía Local de Cartagena junto a grúas Nayca, a los que informaron de lo ocurrido en casa del denominado Corretejaos " cuando fueron a comprar droga a dicho lugar; Franco fue hallado por la Guardia Civil, gravemente herido, en la piscina de una vivienda*



colindante con la finca propiedad de Claudio , lugar en el que se hallaron un pasamontañas de color negro y dos guantes así como la pistola semiautomática Browning System Utah. Feliciano fue localizado por la Guardia Civil andando en la zona denominada Pozo de los Palos a unos tres kilómetros de la finca. Imanol fue detenido por la Guardia Civil al día siguiente. Finalmente Claudio salió huyendo de la finca de su propiedad y permaneció huido hasta el 12 de mayo de 2011 cuando fue detenido por la Guardia Civil durante un control rutinario cuando circulaba como ocupante de un vehículo, sin que se hayan recuperado las pistolas con las que disparó.

8.- Tras los disparos los asaltantes abandonaron en la estancia en la que aquellos tuvieron lugar una gorra negra y una bufanda tubular del mismo color, quedando en el interior de la vivienda la pistola Blow mini 8, sobre la mesa de despacho. La segunda pistola, marca Blow M 06 9 mm knall, fue hallada en el exterior de la finca, delante de un vehículo propiedad de Feliciano , siendo abandonada en dicho lugar por el portador de la misma durante su huída de la zona del tiroteo.

9.- Tras la intervención de la Guardia Civil se procedió a acordonar el lugar, iniciándose a las 03.15 horas del día 21 de junio de 2010 la inspección técnico ocular que se desarrolló en el interior de la estancia hasta las 06.35 horas del mismo día cuando se comenzó la inspección del lugar en el que fue hallado herido Franco . Como resultado de dicha inspección ocular se encontraron en diversos lugares de la estancia, junto con los diversos proyectiles utilizados durante el tiroteo, en el interior de una bolsa de El Corte Ingles situada en un armario existente a la izquierda de la mesa de despacho y al que sólo podía tener acceso Claudio y en una bolsa de mano negra situada sobre la citada mesa de despacho diversas cajas de municiones que contenían en total 43 cartuchos 9 mm Parabellum, 70 cartuchos 22 short, 40 cartuchos 9 mm corto, 5 cartuchos 8 mm knall, 24 cartuchos Long Rifle y 49 cartuchos 9 mm largo.

10.- Igualmente, durante dicha inspección ocular inmediatamente posterior al tiroteo, se localizó por la fuerza actuante en un bolso de color negro con diversos compartimentos, medio escondido detrás del sofá existente en la estancia, así como una bolsa de la marca "Coronel Tapioca", en el armario situado junto a la mesa y en el cajón de la mesa metálica, diversas sustancias y objetos predestinados al tráfico ilícito de drogas, en concreto tres balanzas de precisión, 705 euros en billetes de diferentes cantidades y diversas cantidades de droga que debidamente analizadas, dieron como resultado la existencia de drogas que no causan grave daño a la salud, el ser encontrados 214,51 gramos de cannabis con un valor de 1.124,03 euros y 87,46 gramos de cannabis con un valor en el mercado de 458,29 euros; los siguientes gramos de cocaína, droga que causa grave daño a la salud: 6,4 gramos con una pureza del 46,88 % y un valor en el mercado ilícito de 388,93 euros; 1,63 gramos con una pureza del 94,81 % y un valor en el mercado ilícito de 200,33 euros; 276,68 gramos con una pureza del 73,69 % y un valor en el mercado ilícito de 26.429,76 euros; 76,82 gramos con una pureza del 50,4 % y un valor en el mercado ilícito de 5018,93 euros; 31,43 gramos con una pureza del 29,52 % y un valor en el mercado ilícito de 1.202,72 euros; 69,09 gramos con una pureza del 73,91 % y un valor en el mercado ilícito de 6.619,50 euros; 9,46 gramos con una pureza del 13,41 % y un valor en el mercado ilícito de 164,44 euros; 2,24 gramos con una pureza del 13,41 % y un valor en el mercado ilícito de 38,90 euros; 3,62 gramos con una pureza del 34,90 % y un valor en el mercado ilícito de 163,77 euros; y 0,32 gramos con una pureza del 45,70 % y un valor en el mercado ilícito de 18,95 euros. Igualmente fueron hallados 0,16 gramos de anfetamina con un valor en el mercado ilícito de 5,23 euros. Toda esta droga estaba destinada por Claudio a su venta a terceros, actividad que desarrollaba en la habitación donde ocurrió el tiroteo, sin que exista constancia que Feliciano o Imanol conociesen la existencia de la droga en el interior de la estancia o participasen de cualquier forma en la venta de dicha sustancia tóxica a terceros"(sic).

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a:**

1.- Claudio , como autor penalmente responsable de los siguientes delitos:

a) Tres delitos de **homicidio** en grado de tentativa del artículo 138 CP con la apreciación de al eximente incompleta de legítima defensa a la pena de **cinco años de prisión por cada uno de los tres delitos**, con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

b) Un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.1.1º CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de **un año y seis meses de prisión**, con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la privación del derecho de tenencia y porte de armas por un periodo de cuatro años y seis meses.

c) Un delito contra la salud pública del artículo 368 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de **4 años y 6 meses de prisión** , con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la pena de multa de 41.833,78 euros con 4 meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la misma.



d) En sede de responsabilidad civil deberá abonar a Arcadio la cantidad de 3.141,91 euros y a Juan Enrique la cantidad de 15.195,80 euros por los días de incapacidad y secuelas. Dichas cantidades generarán los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

e) Al abono de 5/25 partes de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular sostenida por Arcadio .

2.- Arcadio , como autor penalmente responsable de los siguientes delitos:

a) Tres delitos de **homicidio** en grado de tentativa del artículo 138 CP con la agravante de disfraz a la pena de **siete años, seis meses y un día de prisión para cada uno de los tres delitos**, con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

b) Un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena de **un año y seis meses de prisión** con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de la privación del derecho de tenencia y porte de armas por un periodo de cuatro años y seis meses.

c) Un delito de robo con violencia del artículo 242.1 y 3, en grado de tentativa y con la agravante de disfraz del artículo 22.2º CP , a la pena de **un año, seis meses y un día de prisión** con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

d) En sede de responsabilidad civil deberá abonar de forma solidaria con Juan Enrique a Claudio la cantidad de 9.000 euros por daños morales, cantidad que generará los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

e) Se le condena al pago de 5/25 partes de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular de Claudio .

3.- Juan Enrique , como autor penalmente responsable de los siguientes delitos:

a) Tres delitos de **homicidio** en grado de tentativa del artículo 138 CP con la agravante de disfraz a la pena de **siete años, seis meses y un día de prisión** para cada uno de los tres delitos, con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

b) Un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena de **un año y seis meses de prisión** con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de la privación del derecho de tenencia y porte de armas por un periodo de cuatro años y seis meses.

c) Un delito de robo con violencia del artículo 242.1 y 3, en grado de tentativa y con la agravante de disfraz del artículo 22.2º CP , a la pena de **un año, seis meses y un día de prisión** con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

d) En sede de responsabilidad civil deberá abonar de forma solidaria con Arcadio a Claudio la cantidad de 9.000 euros por daños morales, cantidad que generará los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

e) Se le condena al pago de 5/25 partes de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular de Claudio .

Que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Feliciano y Imanol de los delitos de **homicidio** en grado de tentativa, tenencia ilícita de armas y contra la salud pública de los que venían siendo acusados, con todos los pronunciamientos favorables y declarando de oficio 10/25 partes de las costas procesales.

Se acuerda el comiso y destrucción de las armas intervenidas y de las drogas aprehendidas si ya no lo hubiesen sido con anterioridad(sic)".

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por **Arcadio , Claudio y Juan Enrique** , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

Cuarto.- El recurso interpuesto por Arcadio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Con carácter previo.- Por esta parte se desiste de los motivos de impugnación del recurso enumerados en su escrito de anuncio del recurso como Motivo Tercero, Motivo cuarto y Motivo Quinto.

1.- Art. 849,1º LECR. Infracción de Ley sustantiva penal, y en concreto el art. 138 del Código Penal (delito de **homicidio**) por aplicación indebida.



6.- Art. 852 LECr. Vulneración de precepto constitucional, y en concreto del art. 24.2 de la Constitución que consagra el derecho a la presunción de inocencia, en relación con art. 5.4 de la LOPJ; por basarse la condena en una insuficiente prueba de cargo a la par de no ajustarse a la lógica y a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos la valoración efectuada del material probatorio en que se funda el fallo condenatorio por los delitos de **homicidio** en grado de tentativa, tenencia ilícita de armas y robo con violencia.

2.- Art. 849.1º LECr.- Infracción de ley sustantiva penal, y en concreto el art. 138 Código Penal (delito de **homicidio**), en relación con los arts. 16 y 62 del Código Penal que regulan la graduación de la pena en grado de tentativa, apreciando a la Sala la tentativa en su variante agravada de "acabada".

3.- Art. 849.1º LECr. Infracción de ley sustantiva penal, y en concreto el art. 563 Código Penal (delito de tenencia ilícita de armas), por su aplicación indebida. Se desiste de este motivo de impugnación.

Se desiste de este motivo de impugnación.

4.- Art. 849.1º LECr. Infracción de ley sustantiva penal, y en concreto el art. 242.1 y 3 del código Penal y art. 22.2º Código Penal (delito de robo con violencia con uso de armas de fuego y la gravante de disfraz), por su aplicación indebida.

Se desiste de este motivo de impugnación.

5.- Error en la apreciación de la prueba basado en documento obrante en las actuaciones, y consiguiente aplicación de los arts. 138 y 563 y 242.1 y 3 C y art. 22.2º CP. Los documentos invocados son el Informe de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Murcia de fecha 15 Febrero 2011 (señalando como particulares del mismo su página 10) e Informe de Balística de la Guardia Civil de 11 Febrero 2011 (señalando como particulares sus folios 33 a 35) y la Diligencia Policial de inspección Ocultar del lugar de los hechos, y declaración en sede judicial de Franco en fecha 30 Julio 2010 (señalando como particulares folios 699 a 701 de las actuaciones).

Se desiste de este motivo de impugnación.

Quinto.- El recurso interpuesto por Claudio, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Por infracción de Ley, conforme a lo prevenido en el artículo 849.1º y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando como precepto penal de carácter sustantivo vulnerado el artículo 20.4º del Código Penal, en relación con el art. 138 del mismo Cuerpo Legal, pues en cuanto a los delitos de **homicidio** en grado de tentativa imputados, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia concurre la eximente completa de legítima defensa, que la sentencia sólo reconoce como incompleta.

2.- Por vulneración de preceptos constitucionales, conforme a lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la LOPJ, señalando como preceptos constitucionales vulnerados el 24.1 y 2 de la Constitución, en cuanto que consagra los derechos a obtener tutela judicial efectiva sin indefensión, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada, a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la presunción de inocencia (motivos octavo y noveno del escrito de preparación), dado que don Claudio fue expulsado de la instrucción, impidiéndole intervenir en diligencias irreproducibles con posterioridad, que se siguieron a sus espaldas.

3.- Por infracción de Ley, conforme a lo prevenido en el artículo 849.1 de la Ley Enjuiciamiento Criminal, señalando como precepto penal de carácter sustantivo vulnerado el artículo 138 del Código Penal (motivo primero del escrito de preparación), por no concurrir "animus necandi" en la actuación de Don Claudio.

Entendemos que no estando establecida como hecho probado la intención homicida, en modo alguno puede aplicarse el tipo del art. 138 del Código Penal.

4.- Por vulneración de preceptos constitucionales, conforme a lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la LOPJ, señalando como preceptos constitucionales vulnerados el 24.2 de la CE, que consagra la presunción de inocencia y el art. 18.2 de la misma, que garantiza la inviolabilidad del domicilio (motivo décimo del escrito de preparación), inexistencia de "flagrancia" que legitime la realización del registro de la vivienda de Don Claudio.

5.- Por infracción de ley, conforme a lo prevenido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando como precepto penal de carácter sustantivo vulnerado el artículo 68 del Código Penal (motivo quinto del escrito de preparación), en relación con los arts. 20.4º, 21.1º, aplicados a los 138, 16 y 62, todos ellos también del Código Penal, pues el Tribunal tras reconocer la existencia de una eximente incompleta (art. 21.1º CP) se ha limitado a aplicar el precepto relativo a las atenuantes ordinarias (art. 66.1.1º CP) y no el que invocamos que contempla específicamente que en los casos del art. 21.1º los Tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley.



6.- Por vulneración de preceptos constitucionales, conforme a lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la LOPJ, señalando como preceptos constitucionales vulnerados el 24.1 de la CE, el derecho a obtener tutela judicial efectiva sin indefensión, en cuanto a la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, del art. 9.3 de la CE, en relación con la extensión de la pena impuesta conforme a lo previsto en el artículo 368 del Código Penal (motivo undécimo del escrito de preparación), por insuficiencia de motivación de la pena que se impone en la mitad superior.

Sexto.- El recurso interpuesto por Juan Enrique, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Por infracción de precepto constitucional.-

Se formula al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra CE en su artículo 24, número 2, en relación con el artículo 53, número 1, del propio Texto Constitucional.

Considera esta representación que se ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia de su representado, tanto porque es objetable la valoración de la prueba que hace la Audiencia Provincial, desde la perspectiva de la necesaria racionalidad y congruencia que debe requerirse para configurarla como prueba de cargo que permita la inferencia lógica necesaria para acreditar la culpabilidad de su mandante, por cuanto condenar a su mandante a tres delitos de **homicidio** en grado de tentativa, cuando el mismo recibió dos disparos y no hubo herido alguno en el "bando contrario" basando dicha convicción en las declaraciones del Sr. Claudio y Feliciano y Imanol con las contradicciones que las mismas presentan.

2.- Por infracción de Ley.-

Error en la apreciación de la prueba basado en documento obrante en las actuaciones, y consiguiente aplicación de los arts. 138 y 563 y 242.1 y 3 C y art. 22.2º CP. Los documentos invocados son el Informe de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Murcia de fecha 15 Febrero 2011 (señalando como particulares del mismo su página 10) e Informe de Balística de la Guardia Civil de 11 Febrero 2011 (señalando como particulares sus folios 33 a 35) y la Diligencia Policial de Inspección Ocular del lugar de los hechos, y declaración en sede judicial de Franco en fecha 30 Julio 2010 (señalando como particulares folios 699 a 701 de las actuaciones).

3.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim, en su número primero, por infracción de precepto legal al haber aplicado indebidamente el artículo art. 138 por aplicación indebida y también en relación con los artículos 16 y 62 que regulan la graduación de la pena a aplicar en el grado de tentativa.

4.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim, en su número primero, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el artículo art. 563 por aplicación indebida.

Nos remitimos a lo arriba referenciado en cuanto a la falta de prueba concreta que sostenga que su mandante portaba arma alguna, así como el hecho (también apuntado más arriba) de la no utilización por parte de su mandante de ningún arma de fuego.

Procede por las razones expuestas, apreciar el presente motivo casacional, casando y anulando la sentencia recurrida y dictando otra por la que se acuerda la absolución de su representado.

5.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim, en su número primero, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el artículo art. 242.1º y 3º por aplicación indebida.

La sentencia recurrida da por supuesto que su mandante y Arcadio tenían intención de ir a robar y ello no deja de ser una mera especulación sin que en la causa exista ni una sola prueba de que esa era la intención de los mismos.

Procede por las razones expuestas, apreciar el presente motivo casacional, casando y anulando la sentencia recurrida y dictando otra por la que se acuerde la absolución de su representado.

Séptimo.- Instruido el Ministerio Fiscal, por parte del mismo se interesa la desestimación de todos los motivos alegados en los recursos interpuestos, a excepción del quinto motivo del recurso de casación interpuesto por Claudio, respecto del que se adhiere parcialmente, todo ello por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día cinco de Noviembre de dos mil catorce.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- El recurrente Claudio interesó la celebración de vista, acordando esta Sala resolver el recurso sin tal diligencia, señalando día para deliberación y fallo. Contra esa decisión interpuso recurso de súplica.

Con independencia del camino procesal seguido por su recurso, una posible vulneración de sus derechos fundamentales se derivaría de la inexistencia de una respuesta razonada a su petición, aun cuando fuera desestimatoria de la misma.

Como el propio recurrente reconoce, esta Sala ha venido entendiendo que la previsión legal contenida en el artículo 893 bis a) de la LECrim relativa a la necesidad de vista cuando las partes lo solicitaren y la duración de la pena impuesta o que pudiera imponerse fuera superior a seis años, solo es aplicable a los casos en los que la vista sea solicitada por todas las partes, lo cual no es el caso, ya que solamente el recurrente lo solicitó. El Tribunal consideró que para la resolución de los distintos recursos era suficiente con las alegaciones desarrolladas en los escritos presentados por las partes, y resolvió en consecuencia, sin que, por lo tanto, las razones alegadas en los escritos presentados por el recurrente con posterioridad, que insisten en su apreciación sobre la cuestión, sean suficientes para rectificar dicha decisión.

Por otro lado, aun que el recurrente no lo ha alegado, no puede valorarse a estos efectos la condena por un delito de tenencia ilícita de armas, dado que en ninguno de los motivos de su recurso se desarrolla cuestión alguna sobre ese delito.

Recurso interpuesto por Arcadio

PRIMERO.- Al igual que el coacusado recurrente Juan Enrique, ha sido condenado como autor de tres delitos de **homicidio** intentado a la pena de siete años, seis meses y un día de prisión por cada uno de ellos; como autor de un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de un año y seis meses de prisión; y como autor de un delito intentado de robo con violencia y uso de armas a la pena de un año, seis meses y un día de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación. Tras señalar que desiste de los motivos tercero a quinto, en el primer motivo, que no desarrolla al relacionarlo en íntima conexión con el sexto, denuncia, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, la infracción del artículo 138 del Código Penal por aplicación indebida. Ya en el motivo sexto, al amparo del artículo 852 de la LECrim, denuncia la vulneración de la presunción de inocencia. Argumenta que, teniendo en cuenta que el Tribunal ha apreciado la existencia de dolo eventual, existiría la posibilidad de un ánimo lesivo o de un uso del arma solamente con propósito intimidatorio para facilitar el pretendido robo, lo que entiende que resulta más razonable que el ánimo homicida apreciado en la sentencia, invocando el principio in dubio pro reo. Señala que el Tribunal tiene por probada la intención de robar y que, además, razona en la fundamentación jurídica que los tres asaltantes utilizaron armas de fuego "entrando disparando y exigiendo que todos se tirasen al suelo" (sic), lo cual considera propio del robo pero ilógico si pretendieran causar un daño físico a los asaltados. Por otro lado, señala que las dos armas utilizadas son pistolas detonadoras que no realimentan automáticamente, sino que después del disparo precisan la retirada manual del casquillo percutido; y que una de ellas se disparó mientras que la otra se intentó, pero el disparo resultó fallido no llegando a hacerse efectivo, lo que pone de manifiesto una menor peligrosidad. Finalmente argumenta que en la sentencia no se precisa contra quien se dirigió el disparo efectivamente realizado o el intento del otro disparo que resultó fallido, por lo que en el peor de los casos solo podría hablarse de un intento de **homicidio**.

1. La intención del sujeto activo del delito es un hecho de conciencia, un hecho subjetivo precisado de prueba, cuya existencia no puede acreditarse normalmente a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia elaborado sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados. Salvo, es obvio, en los supuestos en que se disponga de una confesión del autor que por sus circunstancias resulte creíble. Esa inferencia debe aparecer de modo expreso en la sentencia y debe ser razonable, de tal manera que la conclusión obtenida acerca del elemento subjetivo surja naturalmente de los datos disponibles. Esa razonabilidad es precisamente el objeto del control casacional cuando la cuestión se plantea como aquí lo hace el recurrente. No es decisivo que aparezca en el relato de hechos probados o en la fundamentación jurídica.

A estos efectos, la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, para afirmar la existencia del ánimo propio del delito de **homicidio**, deben tenerse en cuenta los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; del comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende la existencia de agresiones previas, las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; del arma o de los instrumentos empleados; de la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; de la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; de la repetición o reiteración de los golpes; de la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y, en general de cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades



del caso concreto. (STS nº 57/2004, de 22 de enero). A estos efectos, y aunque todos los datos deben ser considerados, tienen especial interés, por su importante significado, el arma empleada, la forma de la agresión, especialmente su intensidad, su reiteración, y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida.

El delito de **homicidio** admite el dolo directo y el eventual. El primero existirá cuando la intención con que se ejecuta la conducta se dirija rectamente al resultado, o cuando éste se presente como una consecuencia necesaria de la concreta conducta ejecutada. El segundo, cuando el sujeto conozca el peligro jurídicamente desaprobado que crea con su conducta para el bien jurídico y a pesar de ello actúe aceptando la alta probabilidad de causación del resultado como concreción de aquel peligro.

2. En la sentencia impugnada se reconoce que solo es analizable un disparo de los efectuados por los tres asaltantes, pues solo de uno de ellos se encuentra la evidencia de un casquillo percutido y ya sin proyectil. De todos modos, no es posible razonar sobre la base de que los asaltantes hicieron más de un disparo cuando se dice, al mismo tiempo, que no existen pruebas de que dispararan más de una vez. Por otro lado, si, como se dice en la sentencia, el casquillo correspondiente a ese único disparo aparece al final de la estancia y de frente a la puerta, no es posible concluir de ese solo dato y de forma terminante que el disparo se efectuó desde la puerta y hacia el lugar donde se encontraba, al menos, una de las personas que se encontraban en la vivienda. Pues, de un lado, de los datos manejados en la sentencia resulta que el arma de la que procedía tal disparo no expulsaba la vaina y cargaba automáticamente un nuevo cartucho, sino que precisaba una actuación manual para ello, con lo cual ya no es posible calcular adecuadamente, sobre ese solo dato el lugar donde se encontraba el autor del disparo al efectuarlo. Y, de otro lado, la ubicación del casquillo, por sí solo, es un dato excesivamente débil para establecer de forma suficientemente consistente el lugar en que se encontraba el autor de ese disparo, si se tiene en cuenta que este tuvo lugar en una estancia de pequeño tamaño y que en la misma se encontraban, en el momento del tiroteo, seis personas.

Los impactos en la zona del fondo de la estancia tampoco son decisivos a estos efectos, pues es posible que procedieran de los efectuados por Claudio al hacer uso de las armas que tenía a su alcance, si se tiene en cuenta que aparecen datos objetivos que permiten concluir que efectuó catorce disparos, mientras que solo aparecen datos demostrativos de un disparo por parte de los asaltantes. La Audiencia entiende que ese disparo no puede considerarse intimidatorio, pues los impactos están a la altura de una persona y bien pudieron haberla alcanzado, de donde deduce el dolo eventual. Sin embargo, de la propia sentencia se desprenden, al menos, tres elementos que actúan en sentido contrario al sostenido en ese aspecto de su fundamentación. De un lado, que los asaltados estaban sentados en el interior de la estancia cuando entra el recurrente junto con los otros dos asaltantes, por lo que su altura era notoriamente inferior a la que presentan los impactos; lo cual, aun relacionando alguno de éstos con el disparo efectuado por Juan Enrique, viene a indicar que se apuntó por encima de aquellos, por lo que, por sí solo no demostraría el dolo homicida, ni siquiera como eventual. De otro lado, en segundo lugar, que aunque en la sentencia se hace referencia como elemento demostrativo de esa forma de actuar con dolo homicida, a los impactos causados por los proyectiles que se identifican en la sentencia con referencia a la inspección ocular policial, con las letras "H", "I" y "J", en realidad, esta Sala, al amparo del artículo 899 de la LECrim, ha podido comprobar que tales impactos, que aparecen al fondo de la estancia, se corresponden con proyectiles que no fueron disparados por los asaltantes, pues según la prueba pericial de balística, folio 1029 de la causa, fueron disparados por un arma calibre 9 mm. Parabellum o 9 mm. largo, y también se ha declarado probado que el arma empuñada por Franco, de ese calibre, no efectuó ningún disparo, y que las utilizadas por el recurrente y por Juan Enrique, tenían un calibre diferente. Así lo reconoce poco antes el propio Tribunal en la sentencia impugnada, fundamento jurídico sexto.1.d, cuando establece que esos proyectiles fueron disparados por la misma arma calibre 9 mm. Parabellum o 9 mm. largo que disparó otro proyectil, identificado como evidencia AK, que fue extraído del cuerpo de Franco. Y, finalmente, en tercer lugar, que la propia sentencia recoge en su fundamentación que cuando los tres asaltantes entran en la estancia lo hacen disparando y "exigiendo que todos se tirasen al suelo", lo cual resulta difícilmente compatible con la intención homicida o con el conocimiento de la creación de un peligro jurídicamente desaprobado para la vida de los asaltados y de la alta probabilidad de resultado de muerte como concreción del mismo, a causa de la conducta ejecutada.

Esta evidente incompatibilidad, unida a la escasa precisión de los datos respecto a la dirección exacta del disparo efectivamente efectuado o del lugar hacia el que se apuntaba al intentar el segundo disparo por otro de los asaltantes acusados, precisamente el recurrente, así como la imposibilidad de vincular a la acción de los asaltantes los impactos identificados con las letras "H", "I" y "J" del informe de inspección ocular, conduce a considerar que no puede entenderse suficientemente acreditado el dolo homicida, ni directo ni eventual, de forma que ha de concluirse que el uso de las armas solo se encaminó a intimidar a los asaltados sin que el disparo efectuado llegara a poner en peligro concreto la vida de ninguno de ellos.



Por lo tanto, el motivo se estima y se acordará la absolución del recurrente y del otro recurrente Juan Enrique por los delitos de **homicidio** intentado.

SEGUNDO.- En el motivo segundo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, se queja de la graduación de la pena en el delito de **homicidio** en grado de tentativa.

El motivo, formalizado para el supuesto de desestimarse el anterior, queda sin contenido al estimarse aquel.

Recurso interpuesto por Juan Enrique

TERCERO.- Condenado al igual que el anterior recurrente, interpone contra la sentencia recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración de la presunción de inocencia al ser condenado como autor de tres delitos intentados de **homicidio**, cuando recibió dos disparos mientras que en el "bando contrario" no hubo heridos, basándose solamente en las declaraciones de otros acusados, Claudio , Feliciano y Imanol . Argumenta que no existe prueba de que portara ningún arma de fuego y si existen restos de ADN suyo en la pistola Blow Mini 8 es porque se disparó pegada a su pecho en el forcejeo con Claudio . Que dio resultado negativo en la prueba de pólvora. En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, denuncia error de hecho y designa como documentos el informe de la Unidad Orgánica de Policía Judicial, folio 10; el informe de balística de la Guardia Civil, folios 33 a 35; la diligencia policial de inspección ocular y la declaración en sede judicial de Franco , de todos los cuales entiende que resulta la confirmación de la versión del recurrente en cuanto a que fueron a comprar droga y desarmados, pero no con Franco , y que no efectuaron disparo alguno. En el motivo tercero se queja de la aplicación de los artículos 16 y 62 en cuanto a la graduación de la pena de la tentativa de **homicidio**. En los motivos cuarto y quinto, al amparo del artículo 849.1º denuncia la vulneración de los artículos 563 y 242 del Código Penal al no haber quedado acreditado, a su juicio, que portaba ningún arma y que tenían intención de robar.

1. En lo que se refiere a la presunción de inocencia en lo que afecta a los delitos intentados de **homicidio**, debe darse por reproducido lo ya dicho en el fundamento jurídico primero de esta sentencia de casación en relación con el recurrente Arcadio , aplicable igualmente al recurrente, por lo que ha de estimarse su queja y considerarse que no está acreditada la existencia de dolo homicida, lo que determinará, como ya se ha dicho, la absolución por los delitos intentados de **homicidio**. Del mismo modo, pues, queda sin contenido el motivo tercero.

2. En cuanto al motivo segundo, en el que alega error en la apreciación de la prueba, la jurisprudencia ha entendido que es preciso que se cumplan los siguientes requisitos: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto 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.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

En el caso, es cierto que los documentos designados pudieran permitir una argumentación diferente de la que se hace en la sentencia, pero su contenido no demuestra un error del Tribunal al declarar probados determinados hechos, pues de ninguno de los documentos resulta de forma incontrovertible que el recurrente no portara arma alguna o que su intención fuera comprar droga y no robar. Por lo tanto, su queja ha de ser desestimada.

3. En lo que se refiere a la vulneración de la presunción de inocencia respecto a la tenencia de un arma y a la intención de robar, el Tribunal se ha basado en la declaración de las personas asaltadas, que igualmente fueron acusadas en esta causa y que declararon en el plenario como acusados. Pero no solamente, pues la afirmación de que los asaltantes rompieron la puerta con un neumático de vehículo se corrobora por la misma existencia



de tal objeto al lado de la puerta y por los daños que esta presentaba, y la intención de robar resulta no solo de esta forma de proceder, sino de la utilización de gorras, pasamontañas, bufandas y guantes, impropios e inadecuados para la temperatura de la época del año, que solo se explican por la voluntad de ocultar su aspecto, conducta compatible con aquella intención.

En cuanto a la posesión de las armas, igualmente es así afirmado por los otros acusados, pero además, resulta de la aparición de un arma en las inmediaciones de Franco cuando fue encontrado herido, con la aparición de otra arma en el exterior de la estancia, que se entiende que fue abandonada por Arcadio al huir herido del lugar, y con la aparición de la tercera arma en el interior de la estancia luego de que todos huyeran del lugar, teniendo en cuenta que los disparos efectuados por Claudio lo fueron con otras armas diferentes, aunque solo se haya podido establecer su calibre.

Por lo tanto, ha existido prueba de cargo y en estos aspectos ha sido valorada por el Tribunal de instancia de forma razonable, por lo que los distintos motivos se desestiman

Recurso interpuesto por Claudio

CUARTO.- Ha sido condenado en la sentencia de instancia como autor de tres delitos de **homicidio** en grado de tentativa con la concurrencia de la eximente incompleta de legítima defensa a la pena de cinco años de prisión por cada delito; como autor de un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de un año y seis meses de prisión; y como autor de un delito contra la salud pública a la pena de cuatro años y seis meses de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción del artículo 20.4 del Código Penal, pues entiende que dados los hechos probados debió apreciarse la eximente completa de legítima defensa. Argumenta que en la sentencia impugnada se reconoce la concurrencia de los elementos de la eximente consistentes en agresión ilegítima por parte de quienes resultan luego lesionados, y falta de provocación por parte de quien se defiende, y que la proporcionalidad del medio se reconoce inicialmente, aunque luego el Tribunal entiende que se incurre en exceso en los medios por la conducta posterior del recurrente, que determinó un mantenimiento del tiroteo ya solo por su parte y por el uso de dos pistolas, y razonando que los magrebíes salieron huyendo del lugar en cuanto comenzó Claudio a disparar y alguno de ellos resultó herido, de forma que quedó en el interior de la habitación un solo asaltante, Juan Enrique. Recuerda que éste resultó nuevamente lesionado por un disparo que se produjo durante el forcejeo que mantuvo con el recurrente y que el propio Tribunal razona que dado que éste tenía en ese momento en su poder un arma, "es justificado que no se intentase la reducción del mismo por otros medios diferentes al disparo por lo que no puede considerarse que exista un exceso" (sic). Señala que en el relato de hechos se consigna que a consecuencia de los disparos efectuados con las dos armas por el recurrente, hirió a los tres asaltantes, abandonando el lugar los dos primeros (Arcadio y Franco) y quedando en el lugar Juan Enrique, el cual, al tratar de huir tuvo un forcejeo con el recurrente durante el cual recibió un segundo disparo, hasta que finalmente logró huir de la estancia hacia el exterior, arrebatando el recurrente en ese momento el arma que el lesionado portaba, dejando la misma encima de la mesa. Resalta que después de ese momento, ni disparó en más ocasiones contra los asaltantes que huían ni los persiguió fuera de la estancia.

1. Los requisitos legalmente exigidos para la aplicación de la circunstancia eximente de legítima defensa, según el artículo 20.4º del Código Penal, son: en primer lugar, la existencia de una agresión ilegítima, actual o inminente, previa a la actuación defensiva que se enjuicia; en segundo lugar, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esa agresión, que se integra en el exclusivo ánimo de defensa que rige la conducta del agente; y en tercer lugar, la falta de provocación suficiente por parte del propio defensor.

La eximente, en relación con su naturaleza de causa de justificación, se basa, como elementos imprescindibles, de un lado en la existencia de una agresión ilegítima y de otro en la necesidad de actuar en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, a causa precisamente del carácter actual o inminente de esa agresión. Como recuerda la STS nº 900/2004, de 12 de julio, "por agresión debe entenderse «toda creación de un riesgo inminente para bienes jurídicos legítimamente defendibles», creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un «acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo», pero también «cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato», como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que les acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino que también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente. Según la sentencia de 30 de marzo de 1993, «constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes». (En el mismo sentido sentencias 27-4-1998, 16-11-2000 y 18-12-03)".



Como requisitos de la agresión ilegítima se ha señalado que debe ser actual o inminente, pues solo así se explica el carácter necesario de la defensa. No existirá, pues, una auténtica agresión ilegítima que pueda dar paso a una defensa legítima cuando la agresión ya haya finalizado, ni tampoco cuando ni siquiera se haya anunciado su inmediato comienzo.

En cuanto a la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, la jurisprudencia lo ha entendido como una exigencia que abarca dos aspectos. De un lado, la necesidad de defensa, y de otro lado, la necesidad del medio empleado, pero no como un juicio de proporcionalidad objetiva entre la clase o el tipo de medio utilizado en la agresión y el empleado por el defensor, sino en atención a todas las circunstancias concurrentes, tanto en relación a la agresión como a la situación del que defiende y a la forma en que lo hace, todo ello bajo la perspectiva de lo que, en el caso, podría considerarse una reacción eficaz.

En este sentido, se decía en la STS nº 218/2005, que, "*... para pronunciarse sobre esta cuestión, es preciso atender tanto a las circunstancias objetivas como a las subjetivas; y no tanto a la semejanza de las armas o instrumentos utilizados por los contendientes, como a la situación personal y afectiva de los mismos; que hay que tener en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y a la gravedad del bien jurídico en peligro; así como a las circunstancias en las que, en definitiva, haya actuado el acusado; y que, en definitiva, deben tenerse en cuenta los criterios derivados de las máximas de experiencia (v. ad exemplum, SSTS de 23 de junio de 1902, 12 de febrero de 1966, 24 de septiembre de 1994, 2 de octubre de 2002, y de 1 de abril de 2004)*".

En la STS nº 962/2005, se lee que se trata de una "*cuestión compleja, pues como ya dijeron las Sentencias de esta Sala de 30 marzo, 26 abril 1993, 5 y 11 abril, 15 diciembre 1995 y 4 diciembre 1997, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código Penal en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva «ex ante»*".

De esta forma, aspectos subjetivos como la perturbación del ánimo del defensor o cuestiones relacionadas con la exigibilidad de otra conducta distinta, no dejan de tener su relevancia para la valoración del exceso intensivo en el ámbito de una causa de justificación como la legítima defensa, naturaleza que no pierde, pues, en definitiva, se trata de una reacción actualmente necesaria contra una conducta ilícita.

En este mismo sentido de la STS nº 962/2005 se pronunciaba esta Sala en la STS nº 1031/2009, de 7 de octubre.

Y en la STS nº 593/2009, de 29 de mayo, se señalaba que "*La racionalidad o proporcionalidad del medio defensivo empleado exige para su debida valoración establecer la relación entre la entidad del ataque y de la defensa, y determinar si la defensa sobrepasó o no la intensidad y grado necesarios para la neutralización del ataque. Esta operación valorativa exige atender no a la hipótesis defensiva imaginaria que hubiera sido más proporcionada a la gravedad de la concreta agresión sufrida, sino a la más adecuada dentro estrictamente de lo que en el caso fuera posible, lo cual obliga a considerar la actuación concreta de la víctima y la efectiva disponibilidad de los medios defensivos que estuviera en condiciones de usar. Por eso esta Sala señala que ha de utilizarse "aquél de los medios de que disponga" que al tiempo que sea eficaz para repeler o impedir la agresión, sea el que menos daño puede causar al agresor (Sª 1053/02, de 5 de junio), y que "hay que tener en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque" (Sª 618/05 de 2 de mayo)*".

En definitiva se trata de establecer si, dadas todas las circunstancias del caso, la reacción defensiva se corresponde con la entidad de la agresión de manera que pueda entenderse que va orientada a contrarrestarla de forma proporcionada. Es decir, que se actúa en defensa utilizando los medios de los que dispone el agredido, que han de ser valorados respecto a la proporcionalidad de su empleo en atención a la naturaleza y características de la agresión y demás circunstancias concurrentes. Así pues, deben ser valoradas, en primer lugar, las características de la agresión; en segundo lugar, la situación del defensor; en tercer lugar, los medios defensivos disponibles; y, en cuarto lugar, la forma en que se concreta la acción defensiva, tanto en relación al medio concreto empleado como a su utilización en el caso.



2. En la sentencia impugnada se declara probado, en lo que aquí interesa y expuesto de manera sucinta, que los tres acusados Juan Enrique , Arcadio y un tercero al que no se juzga, puestos de acuerdo y con intención de robar, llevando puesta ropa de color negro y ocultos sus rostros por pasamontañas, guantes y gorras para impedir ser identificados, tras derribar la puerta de acceso tirando contra la misma una rueda de coche que la fracturó, entraron en la estancia en la que se encontraban sentados, a la derecha de la puerta de entrada el recurrente, de frente a la puerta, a su lado Feliciano , y a la izquierda de la puerta, Imanol . Que aquellos portaban cada uno una pistola, y efectuaron al menos dos disparos, efectivo solo uno de ellos, desde la puerta hacia el interior de la estancia, aunque no llegaron a alcanzar a ninguna de las personas que se hallaban en el lugar. Que el recurrente, como consecuencia de esa entrada sorpresiva, reaccionó haciendo uso de una primera pistola con la que hizo siete disparos en el interior de la estancia, haciendo uso después de una segunda pistola con la que hizo al menos siete disparos más a los asaltantes, todos ellos desde el lugar en que se encontraba en la habitación. Que como consecuencia de esos disparos resultaron heridos los tres asaltantes, abandonando el lugar dos de ellos, Arcadio y el tercero al que no se juzga, y quedando en el mismo Juan Enrique , ya alcanzado por un disparo, el cual, al tratar de huir tuvo un forcejeo con el recurrente en el curso del cual recibió un segundo disparo, hasta que finalmente logró huir de la estancia hacia el exterior de la finca arrebatándole en ese momento el recurrente la pistola que portaba, una Blow Mini 8, inicialmente detonadora, modificada para disparar proyectiles de 8 mm..

Del relato de hechos probados resulta sin dificultad la existencia de una agresión ilegítima y la ausencia de cualquier provocación previa por parte de quienes se encontraban en el interior de la estancia y fueron atacados. Así lo reconoce el Tribunal, que no se cuestiona ninguno de estos elementos.

Resulta igualmente claro que en las circunstancias descritas la defensa era necesaria, pues la agresión era actual y ponía en peligro de forma evidente la vida, entre otros, del recurrente, en tanto que el ataque se estaba efectuando en el reducido interior de una estancia y mediante el empleo de armas de fuego, que llegaron a ser utilizadas mediante un disparo efectuado contra el interior de la estancia donde estaban los atacados. Peligro que existía tanto si se entiende que la intención de los agresores era atentar contra la vida de aquellos, como si se considera que su intención era el robo, ya que éste, con toda evidencia, pretendían asegurarlo mediante el empleo de armas de fuego contra quienes eventualmente se resistieran.

3. La cuestión, por lo tanto, se concreta en determinar si el empleo de armas de fuego por parte del recurrente fue una reacción adecuada a la intensidad y gravedad de la agresión, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes. Dicho de otra forma, en términos de la ley, si existió necesidad racional del medio empleado en la defensa.

La respuesta debe ser afirmativa, y, en principio, así lo entiende también el Tribunal de instancia, pues en esos momentos, frente a una agresión realizada empuñando armas de fuego, de las que una fue disparada, a escasa distancia, por tres personas con los rostros ocultos, no disponía de otros elementos defensivos que las armas de fuego que tenía a su disposición.

Se sostiene en la sentencia impugnada que, a pesar de todo ello, existió un exceso al prolongar el tiroteo, ya solo por su cuenta, más allá de la primera agresión sufrida cuando los magrebíes entraron en la vivienda disparando. Pues, se dice en la sentencia impugnada, respondió a la agresión con el empleo no solo de un arma, sino de dos, y el empleo de ambas no fue aislado sino que se produjo en varias ocasiones descargando un primer cargador y después cogiendo una segunda pistola con la que continuó disparando, lo que supone una reiteración de disparos que va más allá de la inicial defensa ante el primer ataque, señalando a continuación que Juan Enrique quedó en el lugar, pues los otros dos salieron huyendo del lugar en cuanto comenzó Claudio a disparar.

4. En realidad, en primer lugar, si el recurrente hubiera prolongado la reacción, inicialmente defensiva, a momentos en los que ya no era necesaria la defensa por haber cesado o finalizado la agresión y no existir peligro inminente de reiteración de aquella, un eventual intento de **homicidio**, o los resultados lesivos o mortales causados a partir de aquel instante, no podrían considerarse amparados por la eximente, pues se trataría propiamente de un exceso extensivo, mediante un ataque cuando la defensa ya no era necesaria, lo cual impediría su aplicación tanto completa como incompleta, aun cuando pudieran considerarse otras posibilidades, relativas más bien a la culpabilidad.

En el caso, sin embargo, no se aprecia un exceso extensivo en la defensa pues no consta la realización de actos agresivos posteriores a los momentos en los que el propio Tribunal ha considerado justificada la reacción defensiva. Pues partiendo de que todo hubo de tener lugar en un breve espacio de tiempo, y en medio de cierta confusión una vez que se inicia la acción defensiva, ha de tenerse en cuenta que, tal como se describe lo ocurrido en los hechos probados, el recurrente reaccionó haciendo fuego con las armas de las que disponía, alcanzando a los tres asaltantes, mientras éstos ejecutaban su acto agresivo con las armas en su poder,



reacción defensiva que hizo que dos de ellos huyeran, portando todavía cada uno su arma, y que el tercero, al tratar de huir, forcejeara hasta que consiguió escapar, aunque le fuera arrebatada previamente el arma que portaba.

No se declara probado, por lo tanto, que el recurrente, que inicia legítimamente su defensa disparando contra los que, de forma amenazante hacia él y hacia quienes le acompañaban, disparan dentro de la estancia donde se encontraban, continuara haciendo fuego contra los asaltantes después de conseguir que cesara la agresión, o, al menos, después de que, desde un punto de vista objetivo, fuera posible pensar que la agresión cesaría, sino que, en la secuencia de hechos probados, todos los disparos son previos a la puesta en fuga de aquellos y son realizados cuando los asaltantes todavía tienen sus armas en su poder. Una vez que dos de ellos huyen del lugar, no efectúa ningún disparo más sobre aquellos, produciéndose solo un forcejeo con el tercero, que igualmente trataba de huir, y que todavía portaba una pistola, efectuándose un disparo en el curso de dicho forcejeo hasta que el asaltante logra huir abandonando el arma en el lugar, arrebatada por el recurrente, momento en el que cesa la reacción defensiva de éste.

Por lo tanto, aun cuando el recurrente efectuara un alto número de disparos, de los que, prescindiendo del producido durante el forcejeo, cuatro de ellos alcanzaron a los asaltantes, lo cierto es que todos ellos se realizaron mientras los asaltantes aún tenían sus armas en su poder, y como reacción defensiva ante una agresión ilegítima efectuada con armas de fuego, llegando los agresores a efectuar un disparo hacia el interior de la estancia donde estaban los agredidos.

5. De lo que se acaba de decir también resulta que tampoco puede apreciarse un exceso intensivo en la defensa, si se tiene en cuenta la inexistencia de alternativas a la reacción defensiva realizada. Reacción defensiva basada en la consideración razonable de que solo alcanzando a los asaltantes se interrumpiría la agresión. Todos los disparos realizados por el recurrente fueron anteriores a la fuga de los asaltantes y todos ellos en momentos en los que aquellos tenían sus armas en su poder, por lo que no es posible dividir la conducta para establecer cuántos de aquellos disparos eran proporcionales a la entidad de la agresión y resultaban bastantes para neutralizarla, y cuales o cuantos o a partir de qué momento constituyeron un exceso intensivo en la defensa, en tanto que pueden considerarse como prescindibles.

Dadas, pues, las circunstancias del caso, no es posible negar la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima sufrida.

6. Restaría considerar si lo dicho es aplicable también al momento concreto de los hechos probados relativo a Juan Enrique . Pues si el recurrente forcejea con él cuando trataba de huir, los resultados causados en esa acción ya no podrían estar amparados por una legítima defensa aun cuando no fuera posible prescindir de la incompleta apreciada por el Tribunal de instancia, por razones obvias. Efectivamente, en ese momento, ya no existe agresión, dado que el agresor solo trataba de huir, por lo cual la defensa ya no era necesaria. El Tribunal entiende que, aún así, podría entender que todavía podía utilizar el arma, lo que justificaría la acción del recurrente. Sin embargo, por un lado, no precisa cuáles son las razones existentes para entender que subsistía el peligro de utilización del arma, cuando declara probado que solamente trataba de huir al igual que los otros dos asaltantes, lo cual no es compatible con el peligro de reiteración de la agresión. Y de otro, la falta de concreción y precisión de la sentencia en ese aspecto de los hechos impide establecer la responsabilidad del recurrente por las lesiones causadas por ese último disparo. En la sentencia se declara probado que al tratar de huir Juan Enrique tuvo un forcejeo con el recurrente "durante el cual recibió un segundo disparo". Más adelante, todavía en el relato fáctico, se dice que "el segundo disparo se efectuó durante el forcejeo" sostenido por Juan Enrique con Claudio cuando aquel pretendía huir del lugar y en contacto directo de la boca de fuego con el cuerpo del lesionado. Ya en la fundamentación jurídica se argumenta que quedó en el interior Juan Enrique , "ya herido por la primera tanda de disparos y al que hirió por segunda vez cuando pretendía huir del lugar, pues como ya se señaló se produjo un forcejeo entre ambos del que resultó el segundo disparo como lo demuestra el tipo de herida sufrida y el hecho de encontrar restos biológicos de Juan Enrique en la punta del cañón de la pistola Blow mini 8", de lo cual parece desprenderse que el disparo fue involuntario y que el arma disparada en ese forcejeo es la que el Tribunal considera que portaba precisamente Juan Enrique . Y a continuación se razona que dado que Juan Enrique llevaba en su poder en dicho momento un arma, la Blow mini 8, es justificase que no se intentase la reducción del mismo "por otros medios diferentes al disparo", de donde podría deducirse que el disparo no fue una consecuencia involuntaria del forcejeo, sino intencionado. Las referidas imprecisiones impiden afirmar que el disparo fue intencionado y que fue efectuado con una de las armas que el recurrente utilizó, por lo que, ante las dudas suscitadas, no es posible establecer responsabilidad penal del recurrente en relación a esos concretos aspectos fácticos.

En consecuencia, el motivo se estima, y se dictará segunda sentencia en la que se apreciará la eximente completa de legítima defensa.



SEGUNDO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 852 de la LECrim y del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración de derechos constitucionales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, dado que entiende que fue expulsado de la instrucción impidiéndole intervenir en diligencias irreproducibles con posterioridad, que se siguieron a sus espaldas. Señala que el día 23 de junio de 2010, dos días después de los hechos, presentó una denuncia y presentó un escrito de personación con Abogado y Procurador, en calidad de perjudicado y como acusación particular. El Juez de instrucción, por medio de providencia del día 1 de julio, denegó la personación e indicó que podía presentarse ante la Guardia Civil dado que pudieran existir indicios de criminalidad contra él. No fue detenido hasta el 11 de mayo de 2011 y no pudo intervenir en las pruebas relativas a las lesiones del supuesto tercer asaltante, Franco ; ni pudo contradecir los informes médicos de los demás lesionados; ni tampoco pudo intervenir en las periciales sobre las drogas.

1. No puede considerarse incorrecto que el Juez de instrucción deniegue la personación como perjudicado a quien aparece como posible responsable penal de hechos que presentan apariencia delictiva y que constituyen el objeto del proceso. Por lo tanto, si de los datos obrantes en ese momento en poder del Juez de instrucción se desprende la existencia de versiones dispares acerca de lo ocurrido, y si de una de ellas resultaba la posible comisión de uno o varios delitos intentados de **homicidio**, de los que podría ser responsable el recurrente, no puede considerarse incorrecta la decisión judicial denegando la personación como perjudicado. Es cierto, sin embargo, que no merece la misma consideración la indicación contenida en la providencia judicial relativa a la presentación del recurrente ante la Guardia Civil. Pues si la causa ya se encuentra bajo la autoridad del juez, es a éste a quien corresponde decidir si el sospechoso debe ser o no citado en calidad de imputado. Y si la respuesta a esa cuestión es afirmativa, debió tenerlo por personado en ese concepto para facilitar conforme a ley el ejercicio del derecho de defensa. Y, de otro lado, corresponde igualmente al Juez adoptar las medidas pertinentes para la comparecencia del imputado o del sospechoso, comunicándole formalmente la imputación y permitiéndole el ejercicio del derecho de defensa.

2. En cuanto a la imposibilidad de intervenir en las diligencias de instrucción, de un lado ha de tenerse en cuenta que, tras conocer la denegación de su personación como perjudicado, y de que, por lo tanto, aparecía en la causa como posible responsable penal, el recurrente se situó voluntariamente fuera de la acción y el alcance de la Justicia, siendo detenido casi un año después, de forma que no puede ahora eludir su responsabilidad en la no participación en las diligencias de instrucción practicadas en ese tiempo. Su ausencia de tales diligencias no es una consecuencia de la denegación de su personación como perjudicado, sino de su actuación personal situándose fuera del alcance de la Justicia, pues es claro que, salvo que el Juez hubiera acordado el secreto de las actuaciones, hubiera podido intervenir como imputado desde que se le comunicara la imputación.

No obstante, la cuestión carece de la trascendencia con la que pretende presentarla. En cuanto a las lesiones de quien aparece provisionalmente como el tercer asaltante, Franco , el informe del médico forense, que de no ser expresamente cuestionado no precisa de una ratificación expresa, fue emitido sobre la base de una documentación obrante en autos, acerca de la historia clínica del lesionado, pues no fue posible su reconocimiento directo al haber sido expulsado por error del territorio nacional, de forma que cualquier evaluación sobre esos datos continuaba siendo posible al tiempo del juicio oral. Nada impedía al recurrente proponer la práctica de las pruebas que considerase atinentes a su derecho, con independencia de la decisión que correspondiera adoptar al Tribunal sobre la pertinencia de las mismas.

Además, la cuestión ya carece de trascendencia dada la estimación del anterior motivo, que determina su absolución por los delitos de **homicidio** intentado.

3. En cuanto a las sustancias intervenidas, señala que dada la diferencia de pesaje entre la sustancia intervenida y la analizada y la imposibilidad de asistir al desprecinto, hacen que no le resulte posible probar que la sustancia analizada y la intervenida no son las mismas. Es claro que el mero hecho de asistir al desprecinto no le facilitaría esa prueba que pretende, y los datos objetivos en los que pudiera basar su argumentación sobre los defectos en la cadena de custodia están igualmente a su alcance. Además, la cuestión carece de trascendencia por lo que luego se dirá.

Por todo ello, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 138 del Código Penal, pues entiende que no existió animus necandi, pues no está establecida como hecho probado la intención homicida.

1. Ha de reiterarse el contenido del Fundamento jurídico primero, apartado 1 de esta sentencia de casación sobre el dolo propio del delito de **homicidio**.

2. En el caso, y aunque la cuestión carezca de trascendencia para el fallo, de la conducta del recurrente se desprende con claridad el dolo directo de causar la muerte a los asaltantes. Pues, con independencia de la



justificación de su conducta en tanto se trata de una reacción defensiva ante una agresión ilegítima, así resulta en una valoración razonable, del empleo de un arma de fuego capaz de causar la muerte; de los numerosos disparos efectuados; del hecho de que la conducta se ejecutara en un espacio reducido como es una habitación de pequeño tamaño; y del dato de que los asaltantes fueran alcanzados en zonas vitales o cercanas a ellas, pues Franco recibió dos disparos en hemitórax derecho e izquierdo, Arcadio en epigastrio y Juan Enrique en el húmero pero a la altura del corazón.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el cuarto motivo, al amparo nuevamente de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por inexistencia de flagrancia que legitime la realización del registro en la vivienda del recurrente. Señala que no se discute que se tratara del domicilio; que los hechos ocurren sobre las 23,30, habiendo finalizado a las 23,50 en que se recibe la primera llamada por la Policía Local; que la Guardia Civil, que es quien realiza el registro llega al lugar después de la Policía Local; se precinta la vivienda; a la 1,55 se llama al instructor de la Guardia Civil; y a las 3,15 se inicia la inspección ocular con el registro de la vivienda. Sostiene que no ha existido flagrancia, pues el delito no se estaba cometiendo, no se acababa de cometer y no existía urgencia alguna en la actuación policial.

1. El derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental del individuo que, según el artículo 18.2 de la Constitución sólo cede en caso de consentimiento del titular; cuando se trate de un delito flagrante, o cuando medie resolución judicial.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12, proscribire las injerencias arbitrarias en el domicilio de las personas, reconociendo el derecho de éstas a la protección de la ley contra las mismas. En la misma forma se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17. Y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone en su artículo 8 que, «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Se trata, por lo tanto, en cuanto recogido con ese carácter en la Constitución, de un derecho fundamental que protege una de las esferas más íntimas del individuo, donde desarrolla su vida privada sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, a salvo de invasiones o agresiones procedentes de otras personas o, especialmente, de la autoridad pública, aunque puede ceder ante la presencia de intereses que se consideran prevalentes en una sociedad democrática.

No todo espacio cerrado ni todo lugar que necesite el consentimiento del titular para que terceros puedan entrar en él lícitamente constituyen domicilio. Encontrarán la protección dispensada al domicilio aquellos lugares en los que, permanente o transitoriamente, desarrolle el individuo esferas de su privacidad alejadas de la intromisión de terceros no autorizados.

2. Como hemos señalado, la Constitución contempla la legitimidad de la entrada en el domicilio de un particular en caso de flagrante delito. La idea de flagrancia se asocia a la percepción del delito que se está cometiendo, se va a cometer o se acaba de cometer, unida a la urgencia de la actuación, generalmente policial, aunque es claro que esta, por sí misma, no determina la flagrancia, sin perjuicio de que pudiera dar lugar a consideraciones relacionadas con una situación de necesidad en la que fuera necesaria la ponderación de bienes afectados. Como se recordaba en la STS nº 758/2010, de 30 de junio, " *Teniendo en cuenta la definición legal de delito flagrante incorporada por el artículo 795.1.1ª LECrim . (Reforma llevada a cabo por la Ley 38/02, que entró en vigor el 28/04/03), la Jurisprudencia viene exigiendo las siguientes notas para estimar su presencia: en primer lugar, la inmediatez de la acción que se esté cometiendo o se haya cometido instantes antes, es decir, la actualidad en la comisión del delito o su inmediatez temporal, lo que equivale a que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo, aunque también se ha considerado cumplido este requisito cuando el delincuente sea sorprendido en el momento de ir a cometerlo o en un momento posterior a su comisión; en segundo lugar, la inmediatez personal, que equivale a la presencia de un delincuente en relación con el objeto o instrumento del delito, lo que supone la evidencia de éste y de que el sujeto sorprendido ha tenido participación en el mismo, de forma que aquélla puede resultar de la percepción directa del delincuente en el lugar del hecho o bien a través de apreciaciones de otras personas que advierten a la policía que el delito se está cometiendo, en todo caso, la evidencia solo puede afirmarse cuando el juicio permite relacionar las percepciones de los agentes con la comisión del delito y/o la participación de un sujeto determinado prácticamente de forma instantánea, y si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito*



y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia; y en tercer lugar, la necesidad urgente de la intervención policial, de tal modo que por las circunstancias concurrentes se vea impelida la policía a intervenir inmediatamente para evitar la progresión delictiva o la propagación del mal que la infracción acarrea, la detención del delincuente y/o la obtención de pruebas que desaparecerían si se acudiera a solicitar la autorización judicial (recientes S.S.T.S., además de los precedentes citados en las mismas, 181/07 o 111/10)".

En similar sentido, la STS nº 1602/2001, de 10 de setiembre, concluía que " En consecuencia, la entrada y registro policial en un domicilio, sin previa autorización judicial y sin que medie el consentimiento expreso de su titular, únicamente es admisible, desde el punto de vista constitucional, cuando dicha injerencia se produzca ante el conocimiento o percepción evidente de que en dicho domicilio se está cometiendo un delito, y siempre que la intervención policial resulte urgente para impedir su consumación, detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima o, por último, para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito". Y también la STS nº 879/2006, de 20 de setiembre, entre otras.

Con anterioridad, el Tribunal Constitucional se había referido a " la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito", STC nº 341/1993, de 18 de noviembre.

2. En el caso, de un lado, como se recoge en la sentencia impugnada, no se ha cuestionado que el lugar constituía el domicilio del recurrente. De otro lado, aunque no conste en detalle en el relato fáctico, resulta de la sentencia que los hechos tienen lugar sobre las 23,30 horas, que a las 23,50 llegan los primeros agentes, que precintan la entrada a la vivienda y que el registro se inicia sobre las 3,15 del día siguiente, sosteniendo el Tribunal de instancia que los agentes tuvieron conocimiento de la existencia de un delito grave, como era un tiroteo con varios heridos, que precintaron la vivienda donde ocurrieron los hechos luego de comprobar que no había nadie herido en su interior y que la nota de flagrancia se extiende desde el primer momento a toda la actuación policial.

Esta Sala comparte esa valoración solo parcialmente. Pues la flagrancia, basada en la inmediatez del hecho ocurrido y en la urgencia de la intervención, puede apreciarse en un primer momento, cuando los primeros agentes llegan al lugar y penetran en la vivienda con la finalidad de comprobar si había algún herido en su interior, luego de haber tenido noticia de un tiroteo que había finalizado muy poco antes, de haber comprobado que se habían causado heridas graves a algunas personas y de haber oído a alguno de los lesionados que existían otros heridos. Puede entenderse que, en esos primeros momentos, y a los efectos de comprobar si había alguna persona herida que pudiera necesitar ayuda, el delito acababa de cometerse. En todo caso, sería una actuación justificada por la necesidad, en atención a los bienes en conflicto. Pero finalizada esta inspección inicial con resultado negativo y una vez que se procedió al precintado de la vivienda, no existía ya inmediatez en la comisión del delito ni tampoco, especialmente, urgencia alguna en la actuación policial, pues la situación estaba controlada policialmente asegurando la vivienda e impidiendo el acceso de cualquier persona a la misma, de manera que nada impedía solicitar el correspondiente mandamiento judicial para proceder al registro.

Ha existido, pues, una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que, en principio, determinaría la imposibilidad de valorar las pruebas obtenidas con tal vulneración. Ello afecta directamente a los hechos relacionados con la posesión de las drogas halladas en el curso del registro, por lo que el recurrente será absuelto del delito contra la salud pública. No afecta al delito de tenencia ilícita de armas, pues la posesión de las mismas se ha acreditado con otras pruebas independientes, como las declaraciones de los coimputados y la corroboración de las mismas por la prueba de las lesiones sufridas por ellos.

QUINTO.- En el motivo quinto se queja de la infracción del artículo 68 del Código Penal al imponer una pena superior a la que legalmente resultaría de reducir en un grado por la tentativa y en otro por la eximente incompleta en cuanto a los delitos de **homicidio**. Y en el motivo sexto se queja de la individualización de la pena impuesta por el delito contra la salud pública que considera insuficientemente motivada.

Ambos motivos quedan sin contenido dada la estimación de los formalizados como primero y cuarto.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE** a los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, interpuestos por las representaciones procesales de los acusados **Arcadio , Juan Enrique y Claudio** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Quinta, con fecha 29 de Julio de 2.013, en causa seguida contra



los mismos y otros dos más, por delitos de **homicidio** en grado de tentativa, contra la salud pública, tenencia ilícita de armas y robo con violencia. Declarándose de oficio las costas correspondientes a sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta **Miguel Colmenero Menendez de Luarca** Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Noviembre de dos mil catorce.

El Juzgado de Instrucción número 5 de los de Cartagena instruyó el Sumario con el número 3/2011, por delitos de **homicidio** en grado de tentativa, contra la salud pública, tenencia ilícita de armas y robo con violencia, contra Feliciano , Imanol , Arcadio y Claudio ; y una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia -sede en Cartagena- (Sección Quinta, rollo nº 22/2011), que con fecha veintinueve de Julio de dos mil trece, dictó Sentencia condenado a: 1.- Claudio , como autor penalmente responsable de los siguientes delitos: a) Tres delitos de **homicidio** en grado de tentativa del artículo 138 CP con la apreciación de al eximente incompleta de legítima defensa a la pena de cinco años de prisión por cada uno de los tres delitos, con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. b) Un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.1.1º CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la privación del derecho de tenencia y porte de armas por un periodo de cuatro años y seis meses. c) Un delito contra la salud pública del artículo 368 CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión , con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la pena de multa de 41.833,78 euros con 4 meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la misma. d) En sede de responsabilidad civil deberá abonar a Arcadio la cantidad de 3.141,91 euros y a Juan Enrique la cantidad de 15.195,80 euros por los días de incapacidad y secuelas. Dichas cantidades generarán los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . e) Al abono de 5/25 partes de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular sostenida por Arcadio . 2.- Arcadio , como autor penalmente responsable de los siguientes delitos: a) Tres delitos de **homicidio** en grado de tentativa del artículo 138 CP con la agravante de disfraz a la pena de siete años, seis meses y un día de prisión para cada uno de los tres delitos, con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. b) Un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena de un año y seis meses de prisión con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de la privación del derecho de tenencia y porte de armas por un periodo de cuatro años y seis meses. c) Un delito de robo con violencia del artículo 242.1 y 3, en grado de tentativa y con la agravante de disfraz del artículo 22.2º CP, a la pena de un año, seis meses y un día de prisión con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. d) En sede de responsabilidad civil deberá abonar de forma solidaria con Juan Enrique a Claudio la cantidad de 9.000 euros por daños morales, cantidad que generará los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.e) Se le condena al pago de 5/25 partes de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular de Claudio . 3.- Juan Enrique , como autor penalmente responsable de los siguientes delitos: a) Tres delitos de **homicidio** en grado de tentativa del artículo 138 CP con la agravante de disfraz a la pena de siete años, seis meses y un día de prisión para cada uno de los tres delitos, con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. b) Un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena de un año y seis meses de prisión con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de la privación del derecho de tenencia y porte de armas por un periodo de cuatro años y seis meses. c) Un delito de robo con violencia del artículo 242.1 y 3, en grado de tentativa y con la agravante de disfraz del artículo 22.2º CP , a la pena de un año, seis meses y un día de prisión con la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. d) En sede de responsabilidad civil deberá abonar de forma solidaria con Arcadio a Claudio la cantidad de 9.000 euros por daños morales, cantidad que generará los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. e) Se le condena al pago de 5/25 partes de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular de Claudio .- Absolviendo a Feliciano y Imanol de los delitos de **homicidio** en grado



de tentativa, tenencia ilícita de armas y contra la salud pública de los que venían siendo acusados, con todos los pronunciamientos favorables y declarando de oficio 10/25 partes de las costas procesales.- Acordándose el comiso y destrucción de las armas intervenidas y de las drogas aprehendidas si ya no lo hubiesen sido con anterioridad.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** por las representaciones legales de tres de los acusados y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Primero.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver a Arcadio y Juan Enrique de los tres delitos de **homicidio** intentado por los que venían condenados.

Procede apreciar la concurrencia de la eximente completa de legítima defensa en cuanto a los tres delitos de **homicidio** intentado imputados al acusado Claudio, con la consiguiente absolución.

Procede igualmente la absolución del anterior como autor de un delito contra la salud pública, dada la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental.

III. FALLO

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS a los acusados Arcadio y Juan Enrique de los tres delitos intentados de **homicidio** de los que venían acusados.

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Claudio de los tres delitos intentados de **homicidio** por la concurrencia de la eximente completa de legítima defensa.

Se dejan sin efecto las indemnizaciones acordadas por estos delitos.

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Claudio del delito contra la salud pública.

Se declaran de oficio las correspondientes costas de la instancia.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

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