

Roj: **STS 4224/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4224**Id Cendoj: **28079120012014100663**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/10/2014**Nº de Recurso: **278/2014**Nº de Resolución: **645/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CO 783/2013,**
STSJ AND 13996/2013,
STS 4224/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Octubre de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de la **acusación particular** ejercida por **Constancio**, contra la sentencia núm. 40/2013 de fecha 10 de diciembre de 2013, dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en apelación penal nº 40/2013, en causa seguida contra Federico, por delito de asesinato, 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. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, la acusación particular Constancio representada por el procurador D. Ángel Luis Rodríguez Velasco y como parte recurrida Federico representado por el procurador D. Isacio Calleja García. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de primera instancia e instrucción nº 3 de Lucena, incoó autos de Tribunal de Jurado núm. 1/2011, seguidos ante la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección Primera), contra Federico que, con fecha 14 de junio de 2013, dictó sentencia nº 4/2013 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"En el acta de votación del veredicto se declararon probados por el Tribunal del Jurado los hechos del objeto de veredicto que le fue presentado con números 1, 2, 3, 4, 5, 12, 14, 15, 16, 17, 26, 27, 28, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 43.

También consideró el Tribunal del Jurado probado el hecho 7, si bien no con la redacción que le fue presentada, sino con las precisiones consistentes en considerar probado que el acusado efectuó dos disparos con la escopeta, pero no desde la ventana, sino desde la puerta lateral que está junto a la ventana que da al corral, corral que no tenía visibilidad, efectuándose con el arma en posición horizontal.

Igualmente consideró probado el hecho 22, pero no con la redacción que le fue presentada, sino con las precisiones de que los dos disparos efectuados por el acusado se hicieron, no desde la ventana, sino desde la puerta lateral existente junto a la ventana que da al corral, corral que no tenía visibilidad, efectuándose con el arma en posición horizontal.

Este Tribunal, de acuerdo con el veredicto del Jurado, declara probados los siguientes hechos:

Federico es propietario de una explotación ganadera, dedicada a la cría de ganado caprino, sita en el PARAJE000, de la localidad de Rute, finca cercada en su totalidad con una alambrada de unos 140 centímetros

de altura, dotada de una cancela de entrada tras la cual hay un camino de 60 metros, que conduce a una nave donde tenía en noviembre de 2.010 habilitada una sala como vivienda. Hacia la mitad del camino hasta la misma estaban atados dos perros que guardaban la explotación.

La sala mencionada tiene varias puertas, una de ellas al interior de la nave, que da acceso a una sala de ordeño, en la cual hay dos ventanas de aluminio que dan a un corral contiguo, cercado con una valla de alambre, con una parte a cielo abierto, donde se guarda el ganado.

La finca se encuentra en una zona rural apartada, a gran distancia de otras viviendas.

Federico es cazador y tenía en la sala habilitada como vivienda una escopeta de dos cañones superpuestos, marca LAURONA, modelo S.P., con nº de serie NUM002, en perfectas condiciones de uso, contando con munición, tanto de bala (17 cartuchos del calibre 12 mm) como de perdigones.

El 27 de noviembre de 2010, sobre las 21 horas, Federico, que estaba en el interior de la sala habilitada como vivienda, donde moraba desde hacía algún tiempo por razones personales, oyó el ladrido de los perros y, seguidamente, alboroto de las cabras que se hallaban en la parte cubierta del corral.

Varios días antes había encontrado en el corral una cabra degollada.

Por ello cogió entonces Federico la escopeta mencionada, la cargó con dos cartuchos de perdigones (marca RIO del calibre 12") y entró en la sala de ordeño.

Estaba muy nublado, por lo que apenas se adivinaban las siluetas y las sombras.

Juan Miguel había entrado en el corral saltando la valla de la finca.

Al verle en el corral de su explotación Federico sintió miedo, que le dominó, siendo el temor sufrido, en dichas circunstancias, no controlable por una persona normal, a tiempo que era la razón primordial de sus acciones.

A continuación efectuó, desde el interior de la nave, dos disparos desde la puerta lateral que está junto a la ventana que da al corral, corral que no tenía visibilidad, efectuándose en posición horizontal del arma, cuando se hallaba a menos de cuatro metros de distancia de Juan Miguel, tratando, al disparar, de defenderse de la entrada en su propiedad de una persona que pensaba que podía agredirle y que pretendía robar.

Uno de los dos disparos le alcanzó a Juan Miguel en el vacío abdominal derecho y el otro en región posterolateral derecha (los dos tacos de los cartuchos percutidos quedaron en el interior del cuerpo), siendo las direcciones y trayectos de los disparos los siguientes:

Región dorsolumbar derecha: de derecha a izquierda, de atrás hacia delante y con oblicuidad ascendente.

Vacío abdominal derecho: De derecha a izquierda, de atrás hacia delante y con ligera oblicuidad descendente.

El orden de los disparos fue el siguiente:

El primer disparo se efectuó de arriba abajo interesando a la zona inferior del vacío abdominal derecho (por encima de la cresta iliaca), lo que provocaría la desestabilización y cambio de posición de la víctima.

En este momento y tras haberse modificado la posición o postura corporal de la víctima (encontrándose bien encorvado y desequilibrado) recibe el segundo disparo impactado de abajo a arriba en la región postolateral derecha de la espalda.

Siendo éste disparo el que provocó las lesiones causantes de la muerte de Juan Miguel.

En el organismo de Juan Miguel, que padecía una dependencia a las bebidas alcohólicas, la concentración de alcohol etílico era de 2,46 gramos por litro de sangre. La de tetrahidrocannabinol alcanzaba los 101,5 ng. Por mililitro de orina.

En el momento de los hechos Juan Miguel portaba en su mano izquierda un llavero que contenía varias llaves y una pequeña navaja abierta de tres centímetros de hoja.

Juan Miguel tenía un pasaporte marroquí nº NUM003, no estaba casado, ni mantenía relación análoga a la conyugal. En el momento de su muerte vivían sus padres, aunque actualmente su madre ha fallecido y le sobrevive un hermano, Constancio. No consta que tuviera hijos.

Sobre las 21:20 horas, Federico llamó por teléfono a la Policía Local de Rute, luego a su hermano Emilio y, más tarde, a la Guardia Civil. Cuando contactó con la Policía Local de Rute le dijo al agente con el que habló, nº NUM004, que le había pegado a uno dos tiros, que no sabía si lo había matado y que él estaba encerrado en la nave.

Cuando llegaron al a finca los agentes de la Policía Local de Rute nº NUM004 y NUM005 , comprobaron que cancela estaba cerrada con candado, pero la abrieron con las instrucciones que les había dado Federico , quien abrió la puerta de la nave y les entregó la escopeta con la que había disparado, con dos cartuchos sin detonar.

Los agentes de la Policía Local, que habían avisado ya a la Guardia Civil, cuando observaron, haciendo uso de sus linternas y tras saltar la valla metálica del corral, que en el mismo yacía el cuerpo de un hombre y que no se movía, avisaron a los servicios sanitarios.

El médico Justiniano , del servicio de urgencias, desplazado al lugar, comprobó el fallecimiento.

Llegados a la finca los Guardias Civiles con TIP NUM006 y NUM007 , recibieron de los Policías Locales la escopeta y recogieron también los dos cartuchos percutidos con los que Federico había cargado aquella y disparado a Juan Miguel .

La versión que de lo ocurrido proporcionó Federico a los agentes fue veraz en cuanto al hecho principal y se produjo antes de que hubieran comenzado a investigar".

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

"FALLO: QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a Federico , del delito de asesinato de que ha sido acusado en estas actuaciones, declarando de oficio las costas procesales causadas.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas y llévase testimonio de la misma a los autos, archivándose el original en legal forma".

Tercero.- La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso de apelación de Tribunal de Jurado rollo núm. 1/2012 , procedente de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, dictó sentencia nº 40 de fecha 10 de diciembre de 2013 , cuyo fallo es el siguiente:

"Que desestimando íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación de la acusación particular ejercitada por Don Don (sic) Constancio contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba (Sección Primera), en causa seguida por delito de asesinato, debe confirmar y confirma la referida resolución, impugnada en todos sus extremos, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese esta Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes, incluso las no personadas, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma".

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

Quinto.- La representación legal del recurrente como acusación particular Federico , basa su recurso en un **único motivo** de casación :

Único .- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim por no aplicación de los arts. 138 , 139 , 140 y 142.1 del CP .

Sexto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 25 de marzo de 2014, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión del recurso formulado.

Séptimo.- Por providencia de fecha 3 de septiembre de 2014 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 1 de octubre de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1 .- Por la representación procesal de la acusación particular ejercida por Constancio , se interpone recurso de casación contra la sentencia núm. 40/2013, de fecha 10 de diciembre de 2013, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , en el recurso de apelación entablado contra la sentencia núm. 4/2013, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, en el procedimiento ante el Tribunal

del Jurado núm. 1/2011, seguido por el delito de asesinato contra Federico , instruido por el Juzgado mixto núm. 3 de Lucena.

Se formaliza un único motivo, al amparo del art. 849.1º de la LECrim y se denuncia infracción de ley, indebida inaplicación de los arts. 138 , 139 , 140 y 142.1 del CP . La acusación parte de la base, en coincidencia con el razonamiento que anima el FJ 3º de la resolución recurrida, que la reacción del acusado absuelto no puede encajar en la eximente de legítima defensa, a la vista de la falta de proporcionalidad en la respuesta de Federico , que tenía a su alcance alternativas de defensa igualmente eficaces, como podría haber sido disparar al aire desde una situación pertrechada o protegida. También estima que no puede ser calificado el miedo padecido como " *insuperable*", en la medida en que, a la vista del intruso que irrumpió en su finca, podía haberse mantenido en el interior del inmueble, advertir a gritos y con disparos al aire hasta provocar una reacción de quien se convirtió en víctima, a fin de cerciorarse si el invasor representaba o no un peligro real y con entidad suficiente para merecer semejante respuesta.

Entiende el Letrado de la acusación particular que la existencia de una sentencia absolutoria en la instancia no es obstáculo, por el cauce del art. 849.1 de la LECrim , para rectificar el juicio de subsunción respetando los hechos objetivos que han sido declarados probados. Se trataría, pues, de descartar la legítima defensa que ha estimado concurrente el Tribunal del Jurado, toda vez que esa apreciación es más el resultado de una opinión de sus integrantes acerca de "... *cuándo y con qué condiciones es legítimo defenderse atacando, pues ello es materia reservada al legislador y por tanto tiene que ver con la interpretación de la norma y no con la valoración de los hechos*".

Añade el motivo que, excluidos en términos estrictamente jurídicos las eximentes de legítima defensa y miedo insuperable, no habría obstáculo para condenar al acusado como autor de un delito de homicidio doloso o asesinato "... *y alternativamente como autor de un delito de homicidio imprudente toda vez que el propio acusado en su escrito de defensa (folio 479 de las actuaciones de instrucción) calificó los hechos como constitutivos de un homicidio por imprudencia del art. 142.2 del CP* ".

2.- Tres razones condicionan el desenlace del presente proceso.

A) La primera de ellas está ligada al estado actual de la jurisprudencia constitucional, del TEDH y de esta Sala en relación con la posibilidad de anulación de una sentencia absolutoria, de modo singular, en aquellos casos en los que ésta se ha basado en la valoración de pruebas de carácter personal. Hemos reiterado - cfr. SSTS 789/2012, 11 de octubre y 1061/2012, 21 de diciembre , entre otras muchas que se adscriben a la línea jurisprudencial proclamada por las SSTC 157/2013, 23 de septiembre ; 45/2011, de 11 de abril, FJ 3 ; 170/2002, 30 de septiembre - que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. De tal manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.

Ahora bien, la STC 157/2013, 23 de septiembre -con cita de la STC 126/2012, de 18 de junio , FJ 4- puntualiza que «el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales», siendo por ello precisa la previa audiencia de los acusados, pronunciamiento consecuente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que cita la sentencia, (SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, *caso Lacadena Calero c. España* , §§ 46 a 49 ; y de 13 de diciembre de 2011, *caso Valbuena Redondo c. España* , §§37 y 39), y con otros posteriores en idéntico sentido (SSTEDH de 20 marzo 2012, *caso Serrano Contreras c. España* , §§ 37 a 39 ; y de 27 de noviembre de 2012, *caso Vilanova Goterris y Llop García c. España* , § 35).

En consecuencia, ningún obstáculo existiría, de prosperar la impugnación del recurrente, para sustituir el pronunciamiento absolutorio por uno de condena, siempre que ello fuera consecuencia de la incorrección jurídica detectada en la instancia y que ello no implicara una rectificación o adición en el relato de hechos probados proclamado por el Tribunal a quo.

B) La segunda dificultad que condiciona nuestro análisis se deriva de los términos en que ha sido formalizado el recurso, que sólo cuestiona el error en el juicio de subsunción, sin poner el acento en las posibles

contradicciones que anidan en el veredicto y, por tanto, sin ofrecer a esta Sala la posibilidad de valorar el alcance constitucional de una respuesta jurisdiccional en la que los errores conceptuales del veredicto podrían suscitar la duda de si han contaminado la decisión del Magistrado-Presidente hasta el punto de convertirla en una resolución irrazonable. La vía procesal seleccionada por la acusación -cuya corrección es innegable cuando de lo que se trata es de instar una rectificación del juicio de tipicidad, sobre todo, tratándose de sentencias absolutorias- no deja espacio, sin embargo, para analizar otras cuestiones que quizás habrían merecido una valoración más detenida. No estamos refiriendo, por ejemplo, a la técnica de integración del *factum* empleada por el Magistrado-Presidente. Así, bajo el epígrafe "*hechos probados*" se incluye una primera mención a la declaración como tales de aquellos hechos que fueron incluidos en las proposiciones sometidas al colegio decisorio. Sin embargo, un examen de contraste del acta de votación del Jurado, cuya legitimidad está amparada por el art. 899 de la LECrim, pone de manifiesto que la proposición núm. 5 no fue declarada probada, pese a que así se afirma por el Magistrado-Presidente y como tal se incorpora al *factum*. Lo mismo puede decirse de las proposiciones enumeradas con los ordinales 26, 28 y 32, respecto de los cuales el Jurado no llegó a pronunciarse y guardó inicialmente silencio. De ahí que no aparezcan incluidas en ninguno de los dos epígrafes que sistematizan el acta de votación: "*hechos que consideramos probados / hechos que consideramos no probados*".

El examen de la causa evidencia, sin embargo, que la respuesta del Jurado fue objeto de devolución por el Magistrado-Presidente, pues así se indica en un escueto acta (folio 438) que sigue al que recoge la decisión inicial del Jurado (folio 436). Sin embargo, no se precisa en qué términos fue rectificado y con qué alcance. La Sala se ha visto obligada a reproducir el soporte digital en el que se contiene la devolución del acta. Sólo así ha podido constatar que, en efecto, la proposición 26 en la que se afirma que el acusado "*... no tenía propósito de quitar la vida de nadie, ni conciencia de ponerla en peligro con los disparos efectuados*", fue aprobada por el colegio decisorio. Y esa afirmación es decisiva -como razonamos *infra*- para el desenlace del presente recurso. Constatamos también que los defectos inicialmente advertidos fueron debidamente subsanados.

C) En tercer lugar, conviene no olvidar que la posibilidad de una declaración unilateral de nulidad por esta Sala carece de cobertura legal, a la vista de los términos en que ha sido redactado el apartado 3 del art. 240 de la LOPJ, en la redacción vigente desde la aprobación de la LO 19/2003, 23 de diciembre. Allí se dispone que "*... en ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal*".

Nuestro espacio de conocimiento y decisión está, por tanto, constreñido metodológicamente a los términos en los que el objeto del proceso casacional ha sido delimitado por las partes. Ello es acorde, no sólo con el explícito mandato legal impuesto por el precepto antes transcrito, sino con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación.

3 .- Centrándonos por tanto en los términos en los que el recurso ha sido formalizado, no podemos sino coincidir con el criterio de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, que ha cuestionado la concurrencia de las eximentes previstas en los apartados 4 y 6 del art. 20 del CP.

A) La conclusión del Jurado acerca de la exclusión de la antijuridicidad por legítima defensa, respecto de la conducta de Federico, no es asumible por esta Sala.

La habitual invocación de esa causa de exoneración ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia de esta Sala que, con visible casuismo, ha ido definiendo los presupuestos que excluirían la antijuridicidad. Así, en la STS 527/2007, 5 de junio -con cita de la STS 1131/2006, 20 de noviembre- recapitulábamos acerca del entendimiento jurisprudencial de los requisitos legalmente exigidos para la aplicación de esta circunstancia eximente. 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 ánimo de defensa que rige la conducta del agente, y se relaciona con la necesidad de la defensa por un lado y con la necesidad del medio concreto empleado en función de las circunstancias, por otro; 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.

Ese ánimo de defensa -también hemos dicho con anterioridad-, queda excluido por el pretexto de defensa y se completa con la *necesitas defenssionis*, cuya ausencia da lugar al llamado efecto extensivo o impropio, excluyente de la legítima defensa, incluso, como eximente incompleta (SSTS 972/1993, 26 de abril, 74/2001, 22 de enero y 794/2003, 3 de junio).

En definitiva, como recuerda la STS 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»".

Que el acusado estaba siendo objeto de una agresión ilegítima resulta evidente. De hecho, el art. 20.4 del CP considera que "... en caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquéllas o éstas". El juicio histórico da por probado que Juan Miguel "... había entrado en el corral saltando la valla de la finca". Da también por probado que el acusado Federico tenía su domicilio habitual, por razones familiares, en un habitáculo que había sido habilitado como vivienda, "... donde moraba desde hacía algún tiempo por razones personales".

Sin embargo, la existencia de otras alternativas de respuesta proporcional al alcance de quien se defiende era incuestionable. La apreciación de la eximente completa de legítima defensa (art. 20.4 CP) no es correcta en términos jurídicos.

Para explicar la indebida aplicación de esa causa de exclusión de la antijuridicidad, la Sala hace suyas las precisas palabras de la sentencia cuestionada cuando razona en los siguientes términos: "... no consta, en efecto, más agresión por parte de la víctima que la entrada incontestada en una propiedad privada saltando vallas de cerramiento, "con ánimo de delinquir". Es claro que el acusado se situó en situación de defensa ante un ataque a su propiedad por parte de la víctima (pues no quedó establecido ningún motivo por el cual el objetivo de la víctima fuese agredir personalmente al acusado, a quien ni siquiera es seguro que conociese con antelación). Pero disparar dos cartuchos y matar a quien probablemente está intentando robar alguna cabeza de ganado no puede jurídicamente considerarse proporcionado, sin que el hecho de estar asustado permita compensar esa falta de proporción, pues en todo caso nos llevaría a una legítima defensa putativa que difícilmente podría ser considerada como eximente completa. Tampoco consta que, desde un punto de vista objetivo, no existiesen alternativas de defensa eficaces, como podría ser disparar al cielo desde una situación pertrechada o protegida, a fin de disuadir a quien o a quienes estuviesen acechando. Dicho de otro modo, ni siquiera la inserción del temor o miedo dentro de la estructura de la legítima defensa, que tan brillantemente es argumentada por el Magistrado Presidente en su sentencia, permite en este caso concreto equiparar proporcionalmente la magnitud de la agresión sufrida con la reacción consistente en disparar hacia donde era posible que se hallase quien estaba acechando. Y no se trata de marginar la perspectiva del sujeto ni de "situar la escena en un laboratorio para diseccionar fríamente posibilidades, cálculos y comparaciones", como tan expresivamente se dice en la sentencia apelada, sino de dar contenido jurídico a la eximente de legítima defensa, cuya apreciación no puede derivar de lo que al Jurado le parezca "lógico" o "natural", pues ello supone ya adentrarse en el componente normativo de tal figura, y en ese plano los jurados ya no están valorando pruebas ni constatando hechos, sino emitiendo opiniones que de ninguna manera vinculan al órgano de apelación. Dicho de otro modo, la Sala puede a través de un motivo basado en infracción legal, respetando los hechos objetivos que hayan sido declarados probados, descartar la legítima defensa que ha apreciado un Jurado cuando tal apreciación sea el resultado de una opinión del Jurado sobre cuándo y con qué condiciones es legítimo defenderse atacando, pues ello es materia reservada al legislador y por tanto tiene que ver con la interpretación de la norma, y no con la valoración de los hechos. Y desde ese punto de vista, la Sala entiende que falta el requisito de la proporcionalidad del medio de defensa empleado, debiendo prevalecer el deber jurídico de no poner en peligro la vida de los demás ante situaciones de peligro incierto e indeterminado, como fue al que se enfrentó el acusado (carácter incierto que el propio Jurado destaca en su motivación, al decir que "no sabía el peligro que podía correr")".

En efecto, la Sala no puede avalar que la antijuridicidad que inicialmente encierra toda acción violenta que provoca la muerte de una persona, pueda ser excluida en supuestos como el presente. La presencia de un desconocido que ha superado la valla que circunda un inmueble y que se encuentra a escasos metros de la vivienda que ocupa el morador, no justifica, sin más, efectuar dos disparos que acaban con la vida del intruso. Se trata de una reacción desproporcionada que justificaría, claro es, la rebaja de pena asociada al carácter incompleto de una eximente, pero nunca la exclusión de la antijuridicidad. El acusado absuelto se hallaba en el interior del habitáculo que le servía de vivienda. La víctima no había exteriorizado todavía ninguna intención de forzar las puertas y adentrarse en su interior. La posibilidad de unos disparos al aire, de unas voces que avisaran

de la posesión de un arma de fuego con capacidad para ser disparada y, en fin, de una llamada de auxilio, son alternativas reales de las que no puede prescindirse en el momento de ponderar el juicio de proporcionalidad.

B) La misma discrepancia suscribe la Sala respecto de la apreciación de la eximente de miedo insuperable.

De entrada, excluida la antijuridicidad de la acción, mal puede suscitarse después la concurrencia de miedo insuperable y consiguiente inexigibilidad de una conducta distinta.

Es cierto que la explicación dogmática del miedo insuperable no siempre se ha situado en la inexigibilidad de una conducta distinta. Así lo razonaba esta Sala en la STS 907/2008, 18 de diciembre, en la que con cita de la STS 722/2003, 12 de mayo, decíamos que la eximente de miedo insuperable ha sido encuadrada por la doctrina entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. El art. 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8.10º del Código Penal derogado. La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima. Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado. Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio. La aplicación de la eximente incompleta exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aun reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta (STS 1095/2001, 16 de julio). La doctrina jurisprudencial (STS 19 octubre 1999, rec. 2034/1998), exige para la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable, la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva (STS 29 junio 1990). Pueden faltar los requisitos de insuperabilidad del miedo, carácter inminente de la amenaza (STS 22 febrero 1981) o que el mal temido fuese igual o mayor, requisito que hoy ya no se exige en el Código Penal de 1995.

Esta Sala ha admitido excepcionalmente la convergencia entre legítima defensa y miedo insuperable. Pero no la compatibilidad. Se trata de supuestos de hechos en los que la apreciación de la legítima defensa es siempre de carácter incompleto. En efecto, decíamos en la STS 907/2008, 18 de diciembre que la jurisprudencia ha relacionado en ocasiones la eximente de miedo insuperable con la legítima defensa, cuya compatibilidad dogmática ha reconocido, llegando a apreciar el miedo insuperable inserto en la defensa para cubrir la existencia de un exceso intensivo por parte de quien se defiende (cfr. STS 332/2000, 24 de febrero, que incorpora un detenido estudio de la evolución jurisprudencial sobre el tratamiento del miedo insuperable). El miedo puede operar según los casos como un elemento que dificulta una correcta valoración de la necesidad de la defensa por parte de quien se defiende (cfr. STS 322/2005, 11 de marzo).

Ha de quedar claro, en cualquier caso, que la eximente completa de legítima defensa debe interrumpir el análisis secuencial del delito. Excluida la antijuridicidad, huelga plantearse si la acción fue culpable.

Sea como fuere, también ahora la Sala hace suyo el razonamiento de Tribunal Superior de Justicia cuando explica que "... lo decisivo para aplicar la eximente de miedo insuperable no es que el Jurado haya considerado que el miedo que sufría el acusado "dominaba de modo invencible su voluntad, siendo el temor sufrido, en dichas circunstancias, no controlable por una persona normal, al tiempo que era la razón primordial de sus acciones" (punto 28), pues de nuevo no se trata tanto de una valoración de hechos como una opinión jurídica sobre cuándo es exigible a una persona normal una conducta diferente como reacción frente al miedo que debía tener en ese momento. Y al respecto la Sala está autorizada para corregir ese criterio del Jurado y entender que, siendo evidente que el acusado se debió ver sometido a una situación de miedo intenso y angustia al ver que una o varias personas desconocidas entraban ilegítimamente en su propiedad, de noche y en lugar aislado, con intenciones

más que previsiblemente delictivas, tal miedo no puede calificarse jurídicamente como insuperable, pues el acusado pudo, y por tanto debió, antes que afrontar el miedo disparando hacia la zona donde previsiblemente se encontraba el acusado, aprovechar la seguridad y probable superioridad que le daba estar dentro de la vivienda provisto de un arma para esperar acontecimientos, advertir a gritos y con disparos al aire, o demorar los disparos a la zona donde se escuchaba al invasor hasta cerciorarse de que el peligro era real y con entidad como para merecer semejante respuesta".

En consecuencia, no debió ser apreciada la completa exención de responsabilidad asociada a un miedo insuperable que estaría en el origen de la acción imputada a Federico .

C) El desacuerdo de esta Sala con el tratamiento que el Jurado ha dispensado a la legítima defensa y al miedo insuperable, no puede ser ahora corregido en casación. En el FJ 2º de esta resolución explicábamos las razones que condicionan nuestro ámbito de conocimiento. Y es que resulta inviable la rectificación del desenlace valorativo del Jurado después de que sus miembros dieran por probado que el acusado *"... no tenía propósito de quitar la vida de nadie, ni conciencia de ponerla en peligro por los disparos efectuados"*.

Esta afirmación, que todavía añade más dosis de debilidad estructural al veredicto del Jurado y que quebranta de manera irreparable la congruencia de la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente, supone la exclusión del tipo subjetivo del homicidio doloso, tanto en su modalidad de dolo directo como de dolo eventual. La defensa sugiere que no existiría obstáculo para que esta Sala valorara ahora la posibilidad de que los hechos fueran constitutivos de un delito imprudente de homicidio. En el desarrollo del único motivo formalizado se afirma haber ofrecido al Jurado esta calificación alternativa. Sin embargo, no es así. En el acta del juicio oral (folio 428) se dice expresamente: *"... Ldo. Acusación Particular: las modifica y determina como calificación jurídica el delito de asesinato con la pena que estaba establecida en su escrito de calificación provisional"*.

La Sala no puede tomar ahora como referencia el escrito de conclusiones provisionales de la acusación particular. Vulneraríamos con ello el principio acusatorio. El objeto del proceso -decíamos en nuestras SSTs 1143/2011, 28 de octubre ; 651/2009, 9 de junio y 777/2009, 24 de junio - es de cristalización progresiva. Las conclusiones provisionales (art. 650 LECrim) permiten definir los términos de los debates del juicio oral. Pero son las conclusiones definitivas las que delimitan el objeto del proceso, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva. Y son precisamente tales conclusiones definitivas, formuladas una vez practicada las pruebas en el juicio oral, las que han de ser tomadas como referencia para determinar la ineludible correlación entre la acusación y el fallo, presupuesto inderogable del principio acusatorio.

En palabras de la STS 284/2001, 20 de febrero , es doctrina consolidada la de que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, habiendo de resolver la sentencia penal sobre tales conclusiones de las partes y no sobre las provisionales; (...). De ahí que toda pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificación provisional privaría de sentido al art. 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral. La calificación de que ha de partir el juzgador es la contenida en el escrito de «conclusiones definitivas» que pueden ser distintas de las «provisionales», como consecuencia del resultado del Juicio Oral (artículo 732 LECrim), ya que el verdadero instrumento procesal de la acusación es dicho escrito de «conclusiones definitivas» (SSTC 12/1981, 10 de abril , 20/1987, 19 de febrero ; 21/1989, 16 de mayo ; y SSTs 2389/1992, 11 de noviembre y 1273/1991, 9 de junio . La pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría, como se ha expuesto, por un lado, de sentido al artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por otro, haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral. La posibilidad de modificación de conclusiones al formularse la calificación definitiva a la vista del resultado probatorio viene ofrecida por el artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , siendo en esta definitiva calificación donde queda fijado el objeto del proceso y se establece la exigencia de correlato entre acusación y fallo.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado.

4 .- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim , con pérdida del depósito si éste hubiera sido constituido.

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de la **acusación particular** ejercida por **Constancio** , contra la sentencia núm. 40/2013, de fecha 10 de diciembre de 2013, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , en el recurso de apelación entablado contra la sentencia núm. 4/2013, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado núm. 1/2011, seguido por



el delito de asesinato contra Federico y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas y, en caso, a la pérdida del depósito constituido.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, 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 D. Joaquin Gimenez Garcia D. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda D. Francisco Monterde Ferrer D. Manuel Marchena Gomez Dña. Ana Maria Ferrer Garcia.

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gomez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS