



Roj: **STS 5617/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5617**

Id Cendoj: **28079120012015100836**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2015**

Nº de Recurso: **10483/2015**

Nº de Resolución: **830/2015**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 745/2015,**
STS 5617/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 830/2015

RECURSO CASACION (P) Nº : 10483/2015 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha Sentencia : 22/12/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Julián Sánchez Melgar

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por : BDL

* Tiroteo entre dos bandos, compuestos cada uno de ellos por tres personas.

* Eximentes de legítima defensa o miedo insuperable: desestimación.

* No hay delito imposible.

* La finalidad de la legítima defensa, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, reside, en definitiva, en evitar el ataque actual e inminente, ilegítimo, que sufre quien se defiende justificadamente y protege con él su vida. La jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un «animus defendendi» que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor («animus necandi»), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo. El agente debe obrar en «estado» o

«situación defensiva», vale decir en «estado de necesidad defensiva», necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

* La coautoría requiere la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el



elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o en el grado de subordinado del partícipe a la acción del autor.

* La coautoría aparece caracterizada, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas o en el acto convenidas; y desde el plano objetivo, que las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito, mediante una aportación causal materializada en un acto de contribución al fin propuesto por todos ellos.

* Complicidad: sus indicaciones, agresivas o defensivas, la posibilidad de cargar las armas, y general, el acto de acompañamiento a los otros dos, desde el bar donde se inicia el plan atacante, supone una disponibilidad a la que debe conferirse un grado menor que la coautoría, reservada para los que disparan a los contrarios, pero no inocua, por lo que será condenado como cómplice de cada uno de los tres delitos de tentativa de homicidio.

* Individualización penológica: peligro inherente al intento: la Audiencia lleva a cabo una distinción que no mantiene en todos los casos, por lo que se resiente el principio de igualdad, conforme a jurisprudencia reiterada de esta Sala.

* Tenencia ilícita de armas: la modificación del cargador y el cañón recortado contribuyen a dar cabida al subtipo agravado, que correctamente aplicó el Tribunal de instancia.

* Presunción de inocencia: desestimación.

* "Animus necandi": concurrencia.

* "Error facti": desestimación.

* Vicio sentencial de contradicción.

* "In dubio pro reo": alcance en sede casacional, diferencia con el principio constitucional de presunción de inocencia.

Nº: 10483 / 2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Vista: 10/12/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 830/2015

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de dos mil quince. En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por las representaciones legales de los procesados **Casimiro** , **Esteban** , **Humberto** , **Marcos** , **Rodolfo** , contra Sentencia núm. 185/2015, de 23 de abril de 2015 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante, dictada en el Rollo de Sala núm. 6/2014 , dimanante del Sumario núm. 1/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig seguido por delitos de tentativa de homicidio y tenencia ilícita de armas contra Esteban



, Humberto , Alfredo , Marcos , Rodolfo , Casimiro y Cesareo ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar; siendo partes el Ministerio fiscal, y estando los recurrentes representados por: Casimiro por la Procuradora de los Tribunales Doña María Paz Landete García y defendido por el Letrado Don Joaquín de Lacy Pérez de los Cobos, Marcos por la Procuradora de los Tribunales Doña María Teresa Moncayola Martín y defendido por el Letrado Don José Manuel Sánchez Ibarra, Rodolfo por la Procuradora de los Tribunales Doña Olga Gutiérrez Álvarez y defendido por el Letrado Don Laureano Miguel del Castillo Gómez, Humberto por la Procuradora de los Tribunales Doña Lourdes Cano Ochoa y defendido por el Letrado Don Aitor Esteban Gallastegui, Esteban por la Procuradora de los Tribunales Doña Lourdes Cano Ochoa y defendido por el Letrado Don Aitor Esteban Gallastegui.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de San Vicente del Raspeig (Alicante) instruyó Sumario núm. 1/2014 por delitos de tentativa de homicidio y tenencia ilícita de armas contra **Esteban , Humberto , Alfredo , Marcos , Rodolfo , Casimiro y Cesareo** , y una vez concluso lo remitió a la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante que con fecha 23 de abril de 2015 dictó Sentencia núm. 185/2015 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"En hora no concretada pero anterior a las 22.10 horas del día 7 de julio de 2013, por una deuda de dinero entre Rodolfo , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, y Alfredo , mayor de edad y con antecedentes penales, no computables, se generó un enfrentamiento entre miembros de los dos clanes familiares, uno denominado DIRECCION000 o DIRECCION001 formado por Esteban , mayor de edad y con antecedentes penales cancelables y sus hijos el mencionado Alfredo y Humberto , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, y otro el denominado DIRECCION002 formado por el nombrado Rodolfo alias Limpiabotas , mayor de edad y con antecedentes penales no computables. La concreta discusión se produjo entre Esteban , Alfredo de un lado y Luciano , madre de Marcos , y otros familiares de ésta, de otro lado.

Esta discusión dio lugar a una serie de amenazas mutuas entre las dos partes intervinientes, lo que determinó que Esteban y sus hijos Alfredo y Humberto , del clan de los DIRECCION000 portando diversas armas de fuego cuyo número de ellas y datos se desconocen a excepción de que una era del calibre 9 mm. y con ánimo de causarles la muerte, se dirigieran nuevamente sobre las 22.10 horas del día 7 de julio de 2013, a buscar a los integrantes del clan de los DIRECCION002 que se hallaban próximos a los bloques NUM000 y NUM001 de la Colonia Santa Isabel de San Vicente del Raspeig, efectuando varios disparos, momento en el que alertados y esperándolos Casimiro que portaba una pistola 9 mm. parabelum, y Rodolfo que portaba una pistola cuya naturaleza y circunstancia no consta, con ánimo también de acabar con la vida de los miembros del otro clan, procedieron a realizar numerosos disparos desde una vivienda y desde el portal de uno de los bienes inmuebles, dirigidos a Esteban , Alfredo y Humberto , los cuales, desde la vía pública, respondieron y efectuaron disparos con las armas que portaban en dirección a los procesados Casimiro , Marcos y Rodolfo , constanding la realización de al menos un total de 23 disparos entre ambas partes intervinientes.

A consecuencia de estos hechos resultaron lesionados:

a) Esteban con politrauma por arma de fuego síndrome compartimental de miembro secundario a herida de arma de fuego, hemoneumotórax derecho y contusión pulmonar derecha, fractura segunda y cuarta costilla, fractura apófisis espinosa D4, fractura coracoides derecha, fractura reborde anterior glenoidea izquierda, síndrome bronconeumonía por acinetobácteres multirresistente, sepsis por cóndida, bacteriemia por estafilococo aureo, infección de herida de pierna por enterococo faecium de la que ha tardado en curar 152 días estando impedido para sus ocupaciones habituales 119 días, precisando estancia hospitalaria por tiempo de 33 días, habiendo necesitado para sanar, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico consistente en reposo tratamiento farmacológico y quirúrgico quedándole como secuelas cicatrices por herida de bala localizadas en el hombro derecho, escapula izquierda y pierna derecha, cicatrices por la traqueotomía y por drenaje torácico con importante atrofia muscular md (fasciotomía) deambulación con cojera que precisa ayuda con muleta y además constan limitación de movilidad miembro en flexión algías en hombro y rodilla derecha y parestesia en zona peroneo derecho.

b) Alfredo resultó con lesiones consistentes en fractura estallido por herida de bala del tercio medio de la tibia y peroné izquierdo, abierta grado III, pierna izquierda con cuerpos extraños, fragmentos de proyectil, Herida de 3x2 centímetros en cara anterior de tibia, herida de 1,5x1,5 centímetros en cara posterointerna de la pierna izquierda de las que ha tardado en curar 556 días, todos ellos de incapacidad para sus ocupaciones habituales con estancia hospitalaria por tiempo de 35 días y necesitando para la sanidad, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico consistente en reposo, tratamiento farmacológico, ortopédico y quirúrgico consistente en:

- cura y aproximación de bordes de la herida de la cara anterior de la pierna y en la otra herida se deja drenaje y inmovilización cruropédica (en fecha 7 de julio de 2013)

- intervención quirúrgica con reducción de la fractura y colocación de fijador externo tubular, drenaje penrose, vendaje comprensivo y no apoyar (en fecha 8 de julio de 2013), retirada de escayola al apreciar inicio de callo y caminar en descarga con muleta (fecha 31 de enero de 2014), nueva intervención quirúrgica una evolución de la fractura hacia pseudoartritis en 24 de julio de 2014 con decortización enclavado mediante y un clavo Kunstschery aporte de injerto óseo hematólogo en tibia izquierda.

La curación se ha producido con secuelas consistentes en material de osteosíntesis, dolor en zona de la fractura de la pierna izquierda, limitación de movilidad del tobillo izquierdo, dolor flexión (flexión plantar 40 grados, flexión dorsal 10 grados, inversión 15 grados, eversión 15 grados) dismetría de pierna izquierda inferior a 18 mm. gonalgia izquierda, diversas cicatrices en pierna izquierda (cicatriz en cara antero interna de 11x0,5 centímetros hiperpigmentada deprimida, cicatriz en cara antero de 2,5x2 cms. deprimida y adherida a planos profundos hiperpigmentada, cuatro cicatrices quirúrgicas en cara anterior hiperpigmentadas de 0,5x0,5 cms. todas ellas, cicatriz irregular de 12x3 cms. en su zona más ancha hiperpigmentada con zonas deprimidas y zonas hiperpigmentadas, cicatriz quirúrgica en cara antero rodilla izquierda de 8 cm. levemente hipopigmentada) atrofia muscular de pierna izquierda, moderada cojera, necesidad de alza de 1 cm. en zapato izquierdo y perjuicio estético medio.

Estas secuelas le limitan para realizar tareas que sobrecarguen de forma intensa y prolongada la pierna izquierda como deambulación y bipedestación prolongada, cargar grandes pesos, trabajar en cuclillas.

Con posterioridad en el lugar de los hechos descritos entre los bloques de la Colonia Santa Isabel de San Vicente del Raspeig se localizaron un total de 16 vainas (quince del calibre 9 mm. parabelum, y uno del calibre 22 LR) y otros 5 cartuchos sin percutir (dos del calibre 9 mm. parabelum, uno del calibre 22 LR y dos del calibre 7,65 mm.) que se corresponden con tres armas de fuego distintas, además de diversos fragmentos de proyectil metálico.

En la mañana del día 8 de julio de 2013 en un jardín existente en las inmediaciones de los bloques de la Colonia Santa Isabel de San Vicente del Raspeig, se halló una pistola semiautomática de simple acción, marca Beretta, modelo 76, calibre 22 LR (Long rifle) con núm. NUM002 que fue utilizada por Casimiro quien se la entregó inmediatamente después de lo acontecido los hechos a su hermano el procesado Cesareo, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, para que la hiciera desaparecer, quien la arrojó en el sitio en que se encontró después; así como un cargador municionado y, en concreto, con un cartucho en la recámara y otro cartucho en el cargador. Según informe pericial, la mencionada pistola se encontraba en perfectas condiciones de uso y de funcionamiento al tener un aceptable estado de conservación exterior y estando capacitada para el disparo, evidenciando un normal funcionamiento y habiendo sido modificada transformando sus características originales teniendo el cañón recortado y desmontado el contrapeso para hacerla más ligera y manejable y el cargador que acompaña no corresponde con el arma sino a otro medio de la misma marca que ha sido modificado para poder usarse con este arma. Carecen los procesados Casimiro y Cesareo de la preceptiva y obligatoria guía de pertenencia y licencia de armas.

Días después el 18 de julio de 2013 en la CALLE000 del Polígono Rabasa de Alicante, se ocupó una segunda arma que es una pistola semiautomática de simple acción, marca Walman, del calibre 6,35 mm./25 con número de serie NUM003, con cañón recortado que se encuentra en deficiente estado de conservación y está inutilizada e incapacitada temporalmente para el disparo en su actual estado debido a que la aguja percutora está fracturada.

La totalidad de los procesados carecen de la preceptiva y obligatoria guía de pertenencia y licencia de armas.

Derivado de los distintos disparos, se han causado daños en los siguientes bienes muebles e inmuebles:

- en la fachada del bloque NUM000 de la colonia Santa Isabel de San Vicente del Raspeig, en donde existen numerosos impactos de bala procedentes de donde disparan los procesados Esteban, Alfredo y Humberto, cuyo importe asciende a 198,91 euros.

- en el portal NUM004 del bloque NUM001 de la colonia Santa Isabel de San Vicente del Raspeig, por importe de 147,62 euros.

- en el turismo peugeot matrícula TTC propiedad de Apolonio por importe de 232,44 euros.

- en el portal NUM004, NUM005, del bloque NUM006 de la colonia Santa Isabel de San Vicente del Raspeig, propiedad de Adoracion, por importe de 96,80 euros.

- en el portal NUM007 del bloque NUM006 de la colonia Santa Isabel de San Vicente del Raspeig propiedad de Erica por importe de 222,64 euros.

- en el turismo seat Inca I-....-IZ propiedad de Marcos por importe de 567,10 euros.

También sufrieron desperfectos otros turismo cuyos propietarios no reclaman.

El INSALUD por la atención médica efectuada a Esteban , y Alfredo , tuvo gastos por importe de 174.188,17 euros y 5.238,92 euros, respectivamente, que reclama."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento** :

"Que debemos condenar y condenamos a los acusados en esta causa Marcos , Casimiro Y Rodolfo como autores responsables de tres delitos de homicidio en grado de tentativa, previsto y penado en el art. 138 en relación con los art. 16 y 62 del C.penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena a cada uno de ellos de cinco años de prisión, por cada delito, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debemos condenar y condenamos a los acusados en esta causa Esteban , Alfredo y Humberto como autores responsables de tres delitos de homicidio en grado de tentativa previsto y penado en el art. 138 del C. penal en relación con los arts. 16 y 62 del C. penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena a cada uno de ellos, de dos años y seis meses de prisión, por cada delito, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debemos condenar y condenamos a los acusados en esta causa Marcos , Rodolfo , Esteban y Alfredo , como autores responsables de un delito de tenencia ilícita de armas, previsto y penado en el art. 564.1.1º del C. penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena a cada uno de ellos de un año de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, absolviendo a Humberto de este delito con todos los pronunciamientos favorables.

Que debemos condenar y condenamos al acusado en esta causa Casimiro como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas, previsto y penado en el art. 564.1.1º del C. penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, absolviendo a Cesareo de este delito con todos los pronunciamientos favorables.

El límite de cumplimiento de las penas impuestas será el establecido en el art. 76 del C.penal para todos los acusados.

En concepto de responsabilidad civil Casimiro , Marcos y Rodolfo indemnizarán conjunta y solidariamente a Esteban en la cantidad de 19.000 euros por sus lesiones, a Alfredo en la cantidad de 65.000 euros por sus lesiones y al INSALUD en la cantidad de 179.428,09 euros por los gastos de atención médica a los dos lesionados anteriores.

Esteban , Alfredo y Humberto indemnizarán conjunta y solidariamente en la cantidad de 198,81 euros al legal representante de la comunidad de propietarios del bloque NUM000 de la Colonia Santa Isabel de San Vicente del Raspeig por los daños ocasionados.

Los seis acusados, Casimiro , Marcos , Rodolfo , Esteban , Alfredo y Humberto indemnizarán conjunta y solidariamente a Adoracion y Marco Antonio la cantidad de 96.80 euros; a Apolonio en la cantidad de 232,44 euros; a Erica en la cantidad de 222,64 euros, y al legal representante de la comunidad de propietarios del bloque NUM001 puerta NUM004 de la Colonia Santa Isabel de San Vicente del Raspeig en la cantidad de 147,62 euros.

Todas las cantidades devengarán el interés legal.

Se condena en costas proporcionalmente según los delitos y su participación a todos los acusados, declarando de oficio las correspondientes proporcionalmente a los dos acusados absueltos.

Abonamos a los acusados Marcos , Rodolfo , Casimiro y Alfredo todo el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad.

Requírase a los condenados al abono, en plazo de quince días de la indemnización impuesta."

TERCERO.- Notificada la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional por el **MINISTERIO FISCAL y por las representaciones legales de los procesados Casimiro , Esteban , Humberto , Alfredo , Marcos , Rodolfo y Esteban** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Casimiro , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del artículo 849 de la LECrim ., por la vía del ordinal 1º, por inaplicación de la circunstancia 4ª del art. 20 o en su defecto la misma circunstancia en relación con la 1ª del art. 21, con los efectos penológicos del inciso 2º punto 1 del art. 66 del C. penal .

2º .- Al amparo del artículo 849 de la LECrim ., por la vía del ordinal 1º, por inaplicación de la circunstancia 6ª del art. 20 o en su defecto la misma circunstancia en relación con la 1ª del art. 21 con los efectos penológicos del inciso 2º punto 1 del art. 66, todos del C.penal .

3º.- Al amparo del art. 5.1 de la LOPJ por la vía del art. 4 de la propia norma así como del art. 852 de la LECrim .

4º.- Al amparo del art. 5.1 de la LOPJ y por la vía del núm. 4 de la propia norma así como del art. 852 de la LECrim .

5º.- Al amparo del art. 849 de la LECrim., y por la vía de su ordinal 1º, se denuncia la aplicación indebida del art. 138 del C.penal en relación con el art. 16 y 62 del mismo texto legal , por la comisión de tres delitos.

6º.- Al amparo del art. 849 de la LECrim ., por la vía del ordinal 1º, por inaplicación del art. 16.2 del C.penal (excusa absolutoria).

7º.- Al amparo del art. 849 de la LECrim ., y por la vía del ordinal 1º, por inaplicación del art. 16 del C. penal , tentativa inacabada.

8º.- Al amparo del art. 849 de la LECrim ., y por la vía del ordinal 1º, por haber mediado aplicación indebida del art. 564.1 y 2 del C.penal .

9º.- Al amparo del art. 849 de la LECrim ., y por la vía de su ordinal 1º, por inaplicación del art. 21.4 en relación con el art. 21.5 y 66.2.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Marcos , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por vulneración del art. 21.1 del C., penal en relación con el art. 20.4 del C.penal por incorrecta aplicación de la circunstancia eximente incompleta de legítima defensa.

2º.- Se denuncia en el mismo que la sentencia no expresa la de forma clara y terminante la presencia inicial durante el tiroteo del también acusado Humberto , dado que contradictoriamente mantiene que se dirigió junto a su padre y hermano armados con armas de fuego, disparando contra los miembros del otro clan, y sin embargo, se afirma tener duda de que éste portara arma de fuego, absolviéndolo del delito de tendencia ilícita de armas.

3º.- Se denuncia la vulneración al derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la toda vez que en la sentencia se afirma que Marcos se encontraba alertado y preparado, armado, esperando la llegada a de los miembros del clan de los DIRECCION000 y en consecuencia deniega la posibilidad de legítima defensa en los disparos que éste reconociera haber realizado para neutralizar los disparos de sus agresores.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Rodolfo se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de Ley apoyado en el art. 849.1 de la LECrim ., y ello basándonos en la aplicación indebida del art. 138 del C. penal .

2º.- Por infracción de Ley por la vía del núm. 1 del art. 849 de la LECrim , al no apreciar la concurrencia de las circunstancias eximentes de drogadicción y de legítima defensa.

3º.- Por la vía del art. 849.1 de la LECrim ., por aplicación incorrecta del art. 62 del C. penal .

4º.- Por infracción de Ley por la vía del art. núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., al aplicar indebidamente el art. 564.1.1º del C.penal .

5º.- Por quebrantamiento de forma, por infracción de Ley por la vía del núm. 2 del art. 849 al existir error de hecho en la valoración de la prueba.

6º.- Por quebrantamiento de forma, por la vía del art.851.3 de la LECrim ., al no haber resuelto la sentencia sobre todos los puntos que fueron objeto de la defensa.

7º.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.2 de la LECrim ., al considerar la sentencia como mera conjetura la conclusión de que mi mandante disparó a los otros tres procesados con el ánimo de matarlos, así como que poseía una arma capacitada para disparar.

8º.- Por quebrantamiento de forma por la vía del art. 851 por haber manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la Sentencia, y los manifestados en el atestado.

9º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim ., y del art. 5.4 de la LOPJ e invocamos la presunción de inocencia en relación al art. 24 de la Carta Magna .

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Humberto , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., en relación con el art. 5.1 de la LOPJ y por la vía del núm. 4 de la propia norma.

2º.- En virtud del art. 852 de la LECrim ., en relación con el art. 5.1 de la LOPJ y por la vía del núm. 4 de la propia norma.

3º.- En virtud del art. 849.2 de la LECrim ., por infracción de Ley al entender esta parte errores en la apreciación de la prueba.

4º.- Al amparo del art. 851.3 de la LECrim ., por quebrantamiento de forma por no resolver en sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

5º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de Ley por infringir el art. 138 en relación con los arts. 16 y 62 del C penal .

El recurso de casación formulado por el procesado Esteban , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim . en relación con el art. 5.1 de la LOPJ por la vía del núm. 4 de la propia norma.

2º.- En virtud del art. 852 de la LECrim ., en relación con el art. 5.1 de la LOPJ y por la vía del núm. 4 de la propia norma.

3º.- En virtud del art. 849.2 de la LECrim ., por infracción de Ley al entender esta parte errores en la apreciación de la prueba.

4º.- Al amparo del art. 851.3 de la LECrim ., por quebrantamiento de forma, por no resolver en sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

5º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de Ley por infringir el art. 138 en relación con los arts. 16 y 62 del C. penal .

6º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de Ley, por infringir el art. 564.1 del C. penal .

QUINTO.- Por Decreto de fecha 7 de julio de 2015, se tiene por desistido de su recurso al **MINISTERIO FISCAL** , y se declara **desierto** el recurso anunciado por el procesado Alfredo .

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su resolución sin celebración de vista e impugnó todos los motivos por la razones expuestas en su informe de fecha 24 de septiembre de 2015; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para la Vista se celebró la misma con la asistencia de los Letrados recurrentes Don Laureano Miguel del Castillo Gómez en defensa del procesado Rodolfo , de Don Aitor Esteban Gallalastegui por Humberto y Esteban , Don Joaquín María de Lacy Pérez de los Cosos por Casimiro y Don José Manuel Sánchez Isarra por Marcos , que informaron todos los motivos de sus recursos; y del Ministerio que se ratificó en su escrito de fecha 24 de septiembre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante condenó a Esteban , Alfredo y Humberto , por un lado, y por otro, a Rodolfo , Marcos y Casimiro , como coautores de tres delitos de homicidio en grado de tentativa, a cada uno de ellos, y cinco delitos de tenencia ilícita de armas, a las penas que hemos dejado reflejadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación



los aludidos acusados en la instancia, a excepción de Alfredo , recursos que seguidamente procedemos analizar y resolver.

SEGUNDO.- Los hechos probados de la sentencia recurrida narran un tiroteo entre dos bandos, los llamados " DIRECCION000 ", o " DIRECCION001 ", que comprende a los tres primeros acusados que hemos citado, es decir, Esteban , padre de Alfredo y de Humberto , por un lado, y por otro, los " DIRECCION002 ", compuestos por Rodolfo , Marcos y Casimiro . La discusión se genera entre tales familias por una antigua deuda, y para vengar esa supuesta afrenta se dirigen los " DIRECCION001 " a buscar a los " DIRECCION002 ", cuyo acometimiento se gesta en el bar de Humberto , marchando hacia los bloques NUM000 y NUM001 de la Colonia Santa Isabel de San Vicente del Raspeig. Los que hemos denominado " DIRECCION002 ", alertados sobre tal contingencia, y esperando a los primeros, se parapetan en sus viviendas y portales, de modo que el tiroteo se produce entre ambos bandos, unos en la calle, los primeros, y los segundos, tras las ventanas y un portal. Como resultado de tal refriega de disparos de armas de fuego, se producen gravísimas lesiones en Esteban y en Alfredo ; sale indemne Humberto , del bando de los " DIRECCION001 ", y todos los intervinientes del segundo clan familiar, los que no reciben ningún impacto de bala.

La Audiencia considera que todos ellos son coautores de tres delitos de homicidio intentado, en tanto que los tres disparan frente a los otros tres, siendo acciones idóneas para producir la muerte de los contrarios, pero en función de los diversos resultados lesivos, rebaja en dos grados la penalidad imponible a los " DIRECCION001 ", y uno solo, a los " DIRECCION002 " .

De lo que antecede queda claro, en virtud de los hechos probados, tal y como constan en el relato fáctico de la sentencia recurrida, inalterable en esta instancia casacional, dada la luz que alumbra sus motivos, que no pueden prosperar las censuras casacionales del bando familiar de los denominados " DIRECCION002 ", en tanto que reclaman las eximentes, completas o incompletas, de miedo insuperable, legítima defensa o delito imposible, porque no concurre elemento alguno de donde deducir fácticamente su configuración jurídica. Ni el *factum* describe el temor que pudiera alojarse en dicho bando familiar, ni situación alguna de indefensión, en tanto se hallaban en las inmediaciones de su propia casa, y subieron a por las armas, repeliendo los tiros por la ventana. El Estado de Derecho exige otro tipo de comportamiento, como llamar a la policía para que interviniera, lo cual hubiera bastado para pacificar la contienda. Si no lo hicieron, y pertrechados con armas de fuego, emprendieron un tiroteo mutuamente aceptado, y produjeron tan graves lesiones en sus contrarios, no pueden ahora parapetarse en el refugio legal de una pretendida eximente, que se encuentra muy lejos de poder ser estimada.

Como hemos dicho en nuestra Sentencia 794/2003, de 3 de junio , *la finalidad* de la legítima defensa, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, reside, en definitiva, en evitar el ataque actual e inminente, ilegítimo, que sufre quien se defiende justificadamente y protege con él su vida. La jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un «animus defendendi» que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981 , no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor («animus necandi»), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo. El agente debe obrar en «estado» o «situación defensiva», vale decir en «estado de necesidad defensiva», necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

La Sala sentenciadora de instancia llega a sus conclusiones fácticas mediante el estudio de los croquis que se presentan policialmente, y que forman parte del atestado instruido, y las numerosas diligencias practicadas, y con su intermediación, fruto de la celebración del juicio oral, extrae la posición de cada uno de los bandos y la presencia de los intervinientes, de prueba testifical, especialmente del testimonio que prestan Eulogio y Samuel , a quienes atribuyen especial credibilidad dada su condición de testigos imparciales, junto a las declaraciones testificales de los policías que efectuaron la inspección ocular de los hechos.

TERCERO.- Nos centraremos en el estudio del recurso de Humberto , y especialmente en el motivo quinto, ya que en cuanto al resto, es evidente que existieron pruebas de cargo, que en su caso, la Audiencia extrema, pues no considera probado que portara arma alguna, motivando su participación criminal como coautor, aspecto este que va a ser aquí estimado, rebajándose tal calificación, a la mera complicidad.

Autor directo según dispone el Código Penal es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige

su acción hacia la realización del tipo penal. La coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la Sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor.

La coautoría aparece caracterizada, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas o en el acto convenidas; y desde el plano objetivo, que las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito, mediante una aportación causal materializada en un acto de contribución al fin propuesto por todos ellos.

La jurisprudencia de esta Sala ha admitido como supuestos de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito;

2) que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél; 3) que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento y

4) que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

De la doctrina que antecede resulta que para que pueda declararse una participación criminal a título de coautoría no hace falta solamente un acuerdo de voluntades, sino algún tipo de aportación causal al resultado producido, de modo que la mera presencia en el lugar de los hechos, puede considerarse en algunos casos como tal atribución participativa, cuando, como ocurre en algunos delitos, la intimidación meramente presencial ya es suficientemente justificativa de la ofensa a la víctima, y se vence su voluntad mediante tal temor, a cuyo efecto se contribuye presencialmente. No es este el caso del suceso que se enjuicia en estos autos, puesto que aquí lo que se ventila es la contribución de cada integrante de un bando respecto a los resultados que se ocasionan, y en lo que concierne a este recurrente es claro que no portaba arma de fuego alguna, luego no pudo efectuar disparos frente a los contrarios. Ello no quiere decir que su participación sea inocua, toda vez que integra el grupo de los " DIRECCION000 ", y los otros dos -su padre y hermano- incuestionablemente se hallan armados, disparando frente a los " DIRECCION002 ", y ante ellos, su presencia es de disponibilidad potencial para continuar con el acometimiento. En esta situación, sus indicaciones, agresivas o defensivas, la posibilidad de cargar las armas, y general, el acto de acompañamiento a los otros dos, desde el bar donde se inicia el plan atacante, supone una disponibilidad a la que debe conferirse un grado menor que la coautoría, reservada para los que disparan a los contrarios, pero no inocua, por lo que será condenado como cómplice de cada uno de los tres delitos de tentativa de homicidio.

Sin embargo, el recurso de Esteban, debe ser rechazado, en tanto que anclado en los mismos argumentos defensivos, la posición de este recurrente es completamente diferente, ya que porta un arma, dispara frente a los contrarios, y contribuye a realizar todos los actos necesarios para la consumación delictiva, sin que cuente con licencia de armas, como ninguno de los demás.

CUARTO.- Analizamos ahora el recurso de Casimiro, cuyo motivo primero, reclama la concurrencia de la eximente incompleta de legítima defensa, aspecto éste sobre el que ya nos hemos pronunciado, o en el segundo, en donde el autor del recurso propone «una emoción asténica de fondo endotímico», cuyas circunstancias eximentes, no tienen ningún reflejo en los hechos probados, lo que tiene que ser escrupulosamente respetado, dado el cauce esgrimido para la viabilidad del motivo, que lo es el número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su motivo tercero, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por vulneración constitucional, este recurrente denuncia la infracción de la presunción de inocencia, alegando que han sido condenados sin pruebas de cargo, pero baste señalar para su rechazo que tanto este recurrente, como Marcos, han reconocido los hechos.

Con respecto a los motivos quinto, sexto y séptimo que se formalizan al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia, con amparo en lo dispuesto en el art. 62 del Código Penal, que la operación de bajar un grado en todos los casos, no es correcta.



La Audiencia justifica la diversa rebaja en uno o dos grados, en función de que, como dicen los jueces *quibus*», el *clan* de los DIRECCION000 no alcanzaron con su conducta un grado de ejecución avanzado ni similar al del otro grupo, porque "no hirieron a ningún miembro", y en consecuencia, dadas las circunstancias concurrentes, la penalidad no debe ser idéntica en ambos casos.

Es decir, el Tribunal sentenciador ha considerado que el peligro inherente al intento ha sido menor en el caso de los " DIRECCION000 ", que en lo que respecta a los " DIRECCION002 ", a quienes solamente rebaja en un grado la pena.

Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la nueva redacción del art. 62 del Código penal . En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta "el grado de ejecución alcanzado", que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al "peligro inherente al intento", que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de *intensidad de ésta* , de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva.

La STS 693/2015, de 7 de noviembre , nos dice que el fundamento del criterio punitivo del grado de ejecución alcanzado (tentativa acabada o tentativa inacabada) radica en el peligro generado por la conducta, por lo que se está sustancialmente ante el mismo fundamento que el del otro parámetro legal: "el peligro inherente al intento", descansando ambos en el principio de ofensividad del bien jurídico. Pues todo indica que el texto legal parte de la premisa de que cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también. Por lo cual, el baremo del grado de ejecución alcanzado se encuentra realmente embebido en el criterio primordial y determinante del "peligro inherente al intento".

En consecuencia, ha de resaltarse que ese peligro inherente al intento se ha diseñado por la Sala sentenciadora de instancia en función de la peligrosidad real generada al bien jurídico protegido, y por ello, en el supuesto del bando de los " DIRECCION000 ", que sufrieron heridas por arma de fuego, la rebaja en un grado para los " DIRECCION002 " es correcta, pero debe aplicarse el mismo criterio para todos los acusados, pues la distinción produce efectos negativos desde la perspectiva del principio de igualdad ante la ley, de modo que en el caso de Rodolfo , Marcos y Casimiro , se han de rebajar en un grado la penalidad aplicable a las dos tentativas de homicidio que se corresponden con los lesionados Esteban y Alfredo , tal y como correctamente hizo la Audiencia, pero no en el caso de Humberto , el que no sufrió ni un rasguño, saliendo indemne, y lo propio ocurrió con los tres citados atacantes del grupo de los " DIRECCION002 ". No hacerlo así significa mantener un criterio diverso que no se corresponde con el principio de igualdad y de justicia en la individualización de las penas, manteniendo criterios distintos ante situaciones iguales, que en esta Sala Casacional debemos corregir, estimando el motivo.

Como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Supremo en sentencias 636/2006, de 8 de junio y 483/2007, de 4 de junio , remitiéndose a las sentencias de 26.7.2005 , 9.7.1993 y 6.11.1989 , «sólo la diferencia arbitraria, ilógica o carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos a un proceso penal en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico puede determinar una violación del artículo 14 de nuestra Ley Fundamental ». En este sentido se ha manifestado igualmente el Tribunal Constitucional, en sentencia 200/1990 , que «el principio de igualdad protege frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, e impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos». El mismo Tribunal en las sentencias 23/1981 y 19/1982 declara que no se excluye la posibilidad de un trato diferente, pero sí las diferencias injustificadas o arbitrarias, carentes de justificación objetiva y razonable.

El principio de igualdad, por otro lado, ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente (STC 50/1991). Por lo demás, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, por cuanto la desigualdad, en sí misma, no constituye necesariamente una discriminación.

La igualdad, ha de entenderse como parificación ante el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias, y con paralelo comportamiento o conducta, es decir, que si los casos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos (STS de 28 de octubre de 2004). El principio de igualdad se vulnera, dice la STS 999/2005, de 2 de junio , cuando se produce un trato desigual, carente de justificación objetiva y razonable (STC

106/1994). La alegación sobre su posible vulneración debe examinarse, por lo tanto, desde la perspectiva de la existencia de un tratamiento desigual a supuestos de igualdad, o incluso desde el tratamiento igualitario de situaciones patentemente desiguales, siempre constatando la inexistencia de una justificación suficiente (STS. 10.4.2003), bien entendido que como recordó la STC. 88/2003 , "el principio de igualdad ante la Ley no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad" (por todas, SSTC 43/1982, de 6 de julio ; 51/1985, de 10 de abril ; 40/1989, de 16 de febrero), de modo que aquél a quien se aplica la Ley no "puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido" (STC 21/1992, de 14 de febrero), ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues, la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos (STS 502/2004, de 15 de abril).

QUINTO.- En el motivo octavo de Casimiro , al amparo de lo autorizado en el n° 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la indebida aplicación del artículo 564.1.1 ° y 2.3° del Código Penal .

En definitiva, cuestiona la aplicación del subtipo agravado, y mantiene que la modificación del arma era meramente formal y que no afectaba a la estructura o esencia del arma que es el disparo.

Señalan los hechos probados que el recurrente portaba una pistola, marca Beretta, modelo 76, calibre 22 LR, en perfectas condiciones de uso y capacitada para el disparo, que había sido modificada transformando sus características originales teniendo el cañón recortado y desmontado el contrapeso para hacerla más ligera.

En los fundamentos jurídicos, se afirma que se ha adaptado un cargador de otro modelo de la misma marca, del modelo 89, modificándolo para su adaptación al arma.

La modificación efectuada, indudablemente, facilita el manejo y la utilización del arma para la ejecución del disparo y, en concreto, la adaptación de un cargador de otro modelo posibilita el disparo.

El bien jurídico protegido lo es no solo la seguridad del Estado, sino también la seguridad de la sociedad en general a quien se pone en grave riesgo y peligro con instrumentos aptos para herir, o incluso matar, que se hallan en mano de particulares sin la fiscalización y el control debidos. La transformación de las características originales del arma determina lesiona con mayor intensidad el bien jurídico protegido, en consecuencia, es acertada la decisión del Tribunal de la instancia.

El motivo no puede prosperar.

Tampoco el motivo noveno, formalizado al amparo del n° 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida inaplicación del artículo 21.4° en relación con el artículo 21.5 y 66.2 del Código Penal , siendo esta una cuestión nueva, que por lo demás, como reconoce el recurrente, no tiene ningún reflejo en los hechos probados de la sentencia recurrida, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 884-3° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , incurre en vicio de inadmisión, que aquí se traduce en desestimación.

SEXTO.- Estudiamos ahora el recurso de Marcos , cuyo primer motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , reclama la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa, cuando ya hemos expresado con anterioridad que no existe base en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida para tal concurrencia en el comportamiento de ninguno de los miembros del bando familiar denominado "los DIRECCION002 ".

En el segundo motivo, este recurrente pretende ver el vicio sentencial de no expresar clara y terminantemente en la sentencia recurrida cuales son los hechos probados, cuando, por el contrario, la resultancia fáctica no puede ser más clara e inteligible; lo que ocurre es que, a través de la valoración que lleva a cabo de la versión ofrecida por el testigo Samuel , pretende que se declare un hecho negativo, cual es la falta de presencia de Humberto en el lugar del suceso, lo que le sirve para concluir que, en ese caso, los delitos intentados de homicidio serían dos y no tres, como califica correctamente la Sentencia de instancia.

En efecto, el Tribunal sentenciador explica perfectamente que los testigos han declarado que llegaban tres personas, concretamente el padre, Esteban , y sus dos hijos, pero que al señalar que solamente vieron dos armas, no pueden declarar con toda seguridad, que Humberto portara un arma de fuego, razón por la cual le absuelven de delito de tenencia ilícita de armas. Eso no quiere decir, naturalmente, que para los jueces «a quo» no esté probada su presencia, sino todo lo contrario, puesto que no hay más que leer los hechos probados para darse cuenta de la participación de tal miembro del clan de los " DIRECCION000 ".

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Tampoco puede prosperar el motivo tercero que denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sobre la base de que este recurrente no estaba alerta sobre la llegada del bando contrario

contrincante, cuando las pruebas que se practicaron en el plenario, especialmente, los testigos que depusieron en el juicio oral demostraron precisamente lo contrario.

Únicamente, hemos de repetir aquí, por el efecto expansivo que se produce como consecuencia del art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que ya hemos declarado respecto al recurso de Casimiro, en el particular de la rebaja en dos grados de la penalidad aplicable al delito intentado de homicidio en la persona de Humberto.

SÉPTIMO.- Estudiamos ahora el recurso de Rodolfo. El primer motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 138 del Código Penal.

Denuncia el recurrente que no tuvo intención de matar a nadie, por lo que reprocha la concurrencia de «animus necandi».

El cauce por el que se ha formalizado el motivo obliga a respetar los hechos probados de la sentencia recurrida, bajo sanción de inadmisión, conforme resulta del contenido del art. 884-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En ellos, se narra que, una vez que los " DIRECCION000 " se dirigían a buscar a los " DIRECCION002 ", estos últimos, compuestos por Marcos, Casimiro y Rodolfo, que portaban armas, y este último una pistola cuya naturaleza y circunstancia no consta, los cuales estaban alertados y esperándoles, procedieron a realizar numerosos disparos al grupo contrario, desde una vivienda y desde uno de los portales de los inmuebles, con ánimo de "acabar con la vida de los miembros del otro clan", constatando la realización de al menos un total de 23 disparos entre ambas partes contendientes.

Con la lectura de este relato fáctico no puede mantenerse que este recurrente no tuviera intención de acabar con la vida de los demás, pues se afirma precisamente lo contrario en la sentencia recurrida.

Por lo demás, la inferencia es perfectamente razonable, pues quien empuñando un arma de fuego dispara sobre sus oponentes indiscriminadamente no puede tener otra finalidad que ocasionarles la muerte, o al menos, representarse la posibilidad de que ello ocurra.

El autor del recurso polariza su discurso en que la pistola que portaba en el momento de los hechos se le había encasquillado. Pues bien, este apartado, que no está reflejado en el *factum* de la sentencia recurrida no puede servir para fundamentar un motivo por estricto «error iuris», ni tampoco puede el recurrente válidamente cuestionarlos, como cuando señala que "no se han probado los hechos referidos en dicha denominación, obrante en la Sentencia".

En el segundo motivo, articulado por idéntico cauce casacional que el anterior, y por tanto, precisado de un pleno respeto y acatamiento a los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, el autor del recurso reclama las eximentes de drogadicción y de legítima defensa.

Sobre la legítima defensa se dan por reproducidas las consideraciones que dejamos expuestas en nuestro fundamento jurídico primero.

Sobre la drogadicción los hechos probados no contienen referencia alguna a los presupuestos de tal circunstancia, y la sentencia no se pronuncia sobre tal cuestión.

Ninguna consideración se expresa sobre el particular, para tener por enervadas las facultades mentales del sujeto a causa de su drogadicción, ni como hubiera influido esta déficit en la imputabilidad en un tiroteo mutuamente aceptado, pero en cualquier caso no se ha propuesto un motivo basado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que hubiera podido facilitar su inclusión en el relato fáctico de la sentencia recurrida.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

El motivo tercero, bajo idéntico cauce impugnativo que la censura anterior, ha de ser estimado en los propios términos que ya hemos argumentado en nuestro fundamento jurídico tercero, de manera que con respecto a Humberto le ha de ser rebajada la penalidad en dos grados, y no en uno solo.

El motivo cuarto, formalizado al amparo de lo autorizado en el nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la aplicación indebida del artículo 564.1º del Código Penal.

Discute la correcta aplicación del delito de tenencia ilícita de armas, cuestiona el elemento objetivo en base a que no consta el tipo, características y funcionamiento del arma.



Los hechos declaran probado que este recurrente llevaba una pistola cuya naturaleza y características constan. También que carecía de licencia y guía de pertenencia.

En los fundamentos de derecho, en el análisis de la prueba que sustenta el juicio histórico, se reproduce la grabación de una conversación telefónica del recurrente que reconoce abiertamente que el arma se le "ha quedado encasquillao".

El objeto material del tipo lo constituyen las armas de fuego, entendidas éstas como los instrumentos aptos para dañar o para defenderse, capaces de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora (STS de 8 de febrero de 2000), bien entendido que, aunque el arma ha de hallarse en condiciones de funcionamiento, para estimar inútil un arma ha de estar en forma que ni pueda hacer fuego ni ser puesta en condiciones de efectuarlo. La aptitud para el disparo se debe apreciar de forma abstracta, y no como una posibilidad inmediata del arma (STS de 29 de noviembre de 2007).

En consecuencia, la pistola es un arma de fuego y las condiciones en que se encontraba lo eran en disposición, al menos abstracta, de funcionar, aunque el disparo se hubiera frustrado, por lo que concurre el elemento objetivo discutido.

El motivo no puede prosperar.

Se articula el motivo quinto por «error facti», al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Denuncia que se ha valorado erróneamente su propia declaración, que se declaró inocente, el informe de la policía que confirma la agresión ilícita de "los DIRECCION000 ", las declaraciones de los testigos imparciales, y la pericial de los forenses que, en el plenario, declararon que no podían determinar el modo de producción de las heridas, ni la posición de los contendientes.

Como dice el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, el recurrente no designa documentos, con valor literosuficiente para acreditar el error de hecho que denuncia. El desarrollo del motivo lo que revela es discrepancia con la valoración de la prueba en su integridad.

El motivo no puede prosperar.

En el sexto motivo, y al amparo del nº 3 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la falta de resolución de todas las cuestiones planteadas.

Aduce que se han infringido los artículos 739 , 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pues no han sido atendidas, en la valoración probatoria, las declaraciones del recurrente en instrucción, en el plenario y cuando ejerció el derecho a la última palabra que dejó clara su inocencia, y concluye que la prueba ha sido valorada de un modo arbitrario. También se queja de que no ha sido resuelta la petición de eximente de drogadicción; ni la falta de prueba sobre el arma; ni el dolo de matar.

La sentencia recurrida trata suficientemente el elemento objetivo del delito de tenencia ilícita y el dolo de matar. Al respecto se tiene por reproducida nuestra anterior argumentación jurídica.

De manera que este motivo no puede ser estimado, ni el siguiente, el séptimo, que al amparo del nº 2 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por quebrantamiento de forma, reitera de forma expresa los argumentos insertos en los motivos anteriores, "incluyendo las declaraciones de los testigos que comparecieron, agentes de Policía, peritos, forenses". Tampoco puede prosperar el octavo, que por el propio cauce impugnativo, se queja de manifiesta contradicción en los hechos probados.

Una reiterada doctrina jurisprudencial, viene declarando que son requisitos necesarios para que exista el vicio sentencial de contradicción previsto en el inciso segundo del artículo 851.1.º de la LECrim , los siguientes:

- a) Que sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical de tales conceptos, lo que requiere significar jurídicamente que no sólo sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y, sobre todo, incompatible con la integridad del relato histórico, con recíproca exclusión entre las distintas manifestaciones;
- b) Que como interna emane directa e inmediatamente de los propios términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los distintos vocablos, incisos, expresiones o pasajes internos en la misma;
- c) Que sea completa, afectando la incompatibilidad a los hechos y sus circunstancias, y, por ende, a la calificación jurídica, los grados de participación o ejecución y a cuantas circunstancias determinen la responsabilidad penal o civil;
- d) Que sea causal, o lo que es lo mismo, determinante de una advertible incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo final de la sentencia;
- e) Que las frases o expresiones contradictorias, por afectar a circunstancias esenciales de la cuestión controvertida y de la misma resolución, sean imprescindibles a la resultancia probatoria, de tal forma que su supresión propiciare la inexpresión, la incompreensión o la falta de claridad de aquélla; siendo inocua la «contradictio» cuando su objeto aparezca intrascendente en el caso examinado, no influyendo en la determinación de la infracción criminal ni en la responsabilidad en juego de los sujetos encausados (véase, entre otras, Sentencia de fecha 19 de abril de 2005).

El desarrollo de este motivo carece de cualquier argumentación, señalando el autor del mismo que «nos remitimos a lo ya expuesto al respecto en los motivos anteriores».

Revisada la narración fáctica del suceso histórico que se describe en la sentencia recurrida no resulta contradicción alguna, por consiguiente, esta censura casacional no puede prosperar.

Finalmente, en el motivo noveno, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la infracción de la presunción de inocencia, proclamada constitucionalmente en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna , e de igual forma, el principio *in dubio pro reo*.

Desde el primer plano impugnativo, hemos de señalar que el principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna , gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española ; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente comprobación:

1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita).

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (prueba suficiente).

4ª. Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (prueba de cargo razonada).

Desde este punto de vista, el recurrente propone como base de su argumentación la "grabación del juicio oral" y la "totalidad del expediente judicial". Esta sola referencia dialéctica es insuficiente para tomar el juicio de autoría al que llega la Audiencia como carente de apoyatura probatoria. En efecto, solamente podemos comprobar en el discurso de los jueces «a quibus» que toman la intervención del recurrente en el suceso enjuiciado, a través de sus propias palabras extraídas de una grabación telefónica interceptada mediante autorización judicial, de forma que reconoce que intervino en el tiroteo y que se le encasquilló el arma en el transcurso del mismo. Luego no puede tenerse por huérfana de pruebas a la sentencia recurrida.

Por lo demás, y en cuanto al principio *in dubio pro reo*, esta Sala Casacional ha recordado que mencionado principio sólo se infringe y puede dar lugar a la casación, cuando el Tribunal, a pesar de sus dudas sobre la prueba de la autoría, ha dictado sentencia condenatoria. Por el contrario, se ha señalado en múltiples



sentencias que el principio «in dubio pro reo» no constituye el fundamento de un derecho del acusado a que el Tribunal dude. En este sentido, el principio «in dubio pro reo» tiene un campo de acción más reducido que el de presunción de inocencia (cfr. STS 825/1999, de 26 mayo).

Por ello, siendo el ámbito propio del principio «in dubio pro reo» el de la valoración de la prueba, carece de expreso reconocimiento constitucional y de acceso a la casación (véanse, entre otras, SSTS de 18 de noviembre de 1985, 3 de noviembre de 1986, 25 de junio de 1990 y 31 de octubre de 1995), subrayándose que, en cualquier caso, no cabe apreciar la infracción del principio cuando la Sala sentenciadora no expresa duda alguna en la valoración de la prueba practicada, declarando probada de manera clara y terminante la participación del acusado en el hecho enjuiciado, toda vez que para que la duda pueda y deba resolverse en beneficio del reo, es imprescindible que exista, lo que no sucede en el caso presente (STS de 29 de enero de 1996).

En el caso enjuiciado, el Tribunal sentenciador no ha dudado en momento alguno, luego esta censura casacional no puede prosperar.

OCTAVO.- Las costas procesales se declaran de oficio (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR por estimación parcial**, al recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los procesados **Casimiro, Esteban, Humberto, Marcos, Rodolfo**, contra Sentencia núm. 185/2015, de 23 de abril de 2015 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Andrés Palomo Del Arco Carlos Granados Pérez

10483/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Vista: 10/12/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 830/2015

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de dos mil quince. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de San Vicente del Raspeig (Alicante) instruyó Sumario núm. 1/2014 por delitos de tentativa de homicidio y tenencia ilícita de armas contra Esteban , con DNI NUM008 , nacido el NUM009 de 1964 en Jaén y vecino de San Vicente del Raspeig (Alicante), Humberto , con DNI núm. NUM010 , nacido el NUM011 de 1987 en Alicante y vecino de San Vicente del Raspeig (Alicante), Alfredo , con DNI núm. NUM012 , nacido el NUM013 de 1982 en Alicante y vecino de San Vicente del Raspeig (Alicante), Marcos , con DNI núm. NUM014 , nacido el NUM015 de 1982 en Alicante y vecino de San Vicente del Raspeig (Alicante), Rodolfo , con DNI núm. NUM016 , nacido en Alicante y vecino de San Vicente del Raspeig (Alicante), Casimiro , con DNI núm. NUM017 , nacido el NUM018 de 1976 en Alicante y vecino de Alicante, y Cesareo , con DNI núm. NUM019 , nacido el NUM020 de 1993 en Alicante y vecino de San Vicente del Raspeig, y una vez concluso lo remitió a la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante que con fecha 23 de abril de 2015 dictó Sentencia núm. 185/2015 .

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo argumentado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de considerar la participación criminal de Humberto como cómplice de tres delitos de homicidio, en grado de tentativa, imponiendo la penalidad de un año y tres meses, por cada delito. Y con respecto a los acusados Rodolfo , Marcos y Casimiro , se les condena como coautores de tres delitos de homicidio en grado de tentativa, dos de ellos manteniendo la misma pena de cinco años de prisión, por cada uno de ellos, en función del peligro inherente al bien jurídico protegido, y en un tercero, a la pena de dos años y seis meses de prisión, como consecuencia de ese mismo componente, conforme a lo tenido en consideración por el Tribunal de instancia y el principio de igualdad. En todos los casos, permanece inalterable la condena por los delitos de tenencia ilícita de armas.

En los demás, se mantienen y dan por reproducidos los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Humberto en concepto de cómplice de tres delitos de homicidio, en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de un año y tres meses, por cada delito. Se mantiene la penalidad impuesta a Esteban y Alfredo por estos delitos en la sentencia recurrida.

Y con respecto a **los acusados Rodolfo , Marcos y Casimiro** , sin la concurrencia de circunstancias modificativas, se les condena como coautores criminalmente responsables de tres delitos de homicidio en grado de tentativa, dos de ellos manteniendo la misma pena de cinco años de prisión, por cada uno de ellos, y un tercero en la pena de dos años y seis meses de prisión.

En todos los casos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Igualmente permanece inalterable la condena por los delitos de tenencia ilícita de armas.

En lo demás, se mantienen y dan por reproducidos el resto de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Andrés Palomo Del Arco Carlos Granados Pérez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.