

Roj: **STS 2335/2000 - ECLI:ES:TS:2000:2335**Id Cendoj: **28079120012000103608**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/03/2000**Nº de Recurso: **1509/1998**Nº de Resolución: **126/2000**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JOSE ANTONIO MARAÑÓN CHAVARRI**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Marzo de dos mil.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación de los acusados Gabino , Luis Antonio , y la Acusación Particular ejercida en nombre de Humberto y Esther , la cual desiste del recurso por auto de fecha 13.10.98, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zamora, que condenó a dichos recurrentes por delito de homicidio, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chavarri, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y como parte recurrida Gabino , en nombre del Insalud, representado por el Procurador Sr. D. Carlos Zulueta Cebrian, y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Fernández Fernández y Rego Rodríguez, y la Acusación Particular por la Procuradora Sra. Campillo García.

### I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Zamora, instruyó Sumario con el número 1/ de 1995, contra Gabino y Luis Antonio , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zamora, con fecha dieciocho de junio de mil novecientos noventa y ocho, dictó sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO: Después de haber estado cenando los acusados Gabino mayor de edad y sin antecedentes penales, alcohólico crónico -bebedor desde los 14 años- y Luis Antonio , mayor de edad y sin antecedentes penales, con la familia del primero en una zona de Bodegas próxima a Zamora capital, y bebiendo abundantemente, como ya lo había estado haciendo a lo largo de todo el día, sobre las dos horas de la madrugada del día 23 de marzo de 1.995 y en compañía de Aurelio acudieron al Bar DIRECCION000 propiedad de Humberto , sito en la Plaza DIRECCION001 de Zamora, y tras pedir unas consumiciones, se inició una discusión entre ellos y la esposa del dueño del local Alicia de la que pretendía obtener la "prestación de sus servicios" lo que provocó el citado dueño, que ya conocía de otras ocasiones al acusado Luis Antonio , recomendándoles que se fueran y no armaran jaleo, marchándose, profiriendo cuando la hacían una expresión en el sentido de que "aquí hay que venir armados", o aquí "hay que venir a armarla" proferida por Luis Antonio Aproximadamente media hora mas tarde, y después de haber ido al recinto ferial, donde tienen instalados sus caravanas-alojamientos, ambos acusados de mutuo acuerdo cogieron el arma de Gabino volvieron al DIRECCION000 , cuando este se encontraba en el momento del cierre, donde Alicia y Eugenio (hijo del dueño), que estaban los dos dentro de la barra, les dicen que ya está cerrado y no se sirve, exigiendo que les sirvieran una copa, a lo que aquellos se negaron, interviniendo nuevamente Humberto quien les recriminó su conducta, sugiriéndoles que se marcharan con el fin de evitar nuevas discusiones, momento en el que Luis Antonio se dirige a hacer", e inmediatamente, y de forma automática, Gabino sacó del bolsillo trasero del pantalón una pistola, semiautomática marca Star calibre 9 milímetros parabellun, con el número de serie borrado, con todos los mecanismos en buen funcionamiento de la que carece de la imperativa licencia, y comenzó a disparar indiscriminadamente hacia dentro de la barra en donde se encontraba Esther que estaba de pie en frente de él, alcanzándola en el cuello. Después efectuó otros disparos, unos cuatro hacia el techo



y diferentes sitios del local, alcanzando una de ellas a David , rozándole, a pesar de que había logrado parapetarse tras una máquina registradora. A la vista de la situación Humberto se encaró con Gabino a que, con el brazo que portaba el arma sujeto por aquel, lo fue haciendo retroceder hasta la entrada al local, logrando ponerlo fuera del mismo, y siempre con el arma empuñada, y ya en la calle como a unos cuatro o cinco metros de la puerta del local y al ver a una persona que allí se encontraba, y que resultó ser el súbdito iraní Juan Antonio , y estando apartado ya de Humberto , levantando el arma hizo varios disparos alcanzando a las dos personas causando, en primer lugar, a Juan Antonio la muerte ( Juan Antonio era varón de 41 años de edad y llevaba siete años residiendo en España), y a Humberto lesiones de las que tardó en curar 476 días, de los que 59 estuvo totalmente incapacitado para sus ocupaciones habituales ingresado hospitalariamente, ya que necesitó tratamiento quirúrgico, quedándole como secuelas. Secuelas Funcionales: molestias para los últimos grados de movimiento de la cadera, sobre todo en las rotaciones y algunas dificultades para la marcha prolongada, sobre todo en terreno irregular y al subir escaleras, y ligero edema vespertino en el tobillo izquierdo, secuelas que deberán desaparecer con el tiempo. Secuelas Orgánicas queda colocada una prótesis total de la cadera izquierda y un acortamiento de unos dos centímetros de la extremidad inferior izquierda y las siguientes cicatrices: cicatriz de laparotomía media infraumbilical de 17 centímetros; cicatriz de laparotomía paramediana izquierda de 9 centímetros, cicatriz quirúrgica de 13 centímetros en cadera izquierda, cicatriz redondeada de 1 centímetro sobre cadera izquierda y cicatriz redondeada de 1 centímetro en región glútea derecha, estas dos últimas producidas por la entrada y salida del proyectil. Esther también surgió lesiones de las que tardó en curar 15 días durante los que precisó tratamiento médico y estuvo 4 días incapacitada para sus ocupaciones habituales. David también resultó lesionado, tardando en curar 14 días y necesitó una primera asistencia facultativa.

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Gabino como autor responsable de un delito de un homicidio previsto y penado en el art. 138 del vigente Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia 1 del art. 21 en relación con el nº 2 del art. 20 muy cualificada a la pena de SEIS AÑOS DE PRISION, por cada uno de los dos homicidios intentados, con la concurrencia de la misma circunstancia modificativa, en relación el art. 62 con los arts. 68 y 70 del mismo texto legal la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION, ARRESTO DE 3 FINES DE SEMANA por la falta de lesiones prevista y penada en el art. 617, y por el delito de tenencia ilícita de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad la pena de DOS AÑOS DE PRISION, conforme lo dispuesto en el art. 564.1 y 2.1 del mismo texto legal. Así mismo debemos condenar y condenamos a Luis Antonio como autor inductor de un homicidio en grado de tentativa, a la pena de TRES AÑOS de PRISION, y de una falta de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, y de ARRESTO DE TRES FINES DE SEMANA. Ambos acusados Gabino y Luis Antonio conjunta y solidariamente habrán de indemnizar en la suma de 120.000 pts, a Esther y de 56.000 ptas, a David , así como han de abonar al INSALUD, por los gastos ocasionados, y no satisfechos, por la asistencia a Esther la suma de 131.155 pts. Del mismo modo Gabino habrá de satisfacer a Humberto la suma de 2.140.000 por las lesiones sufridas, por las secuelas sufridas la cantidad de 12.000.000 de pts., así como al Insalud, la suma de 2.155.843 pts. por los gastos de asistencia médica no satisfechas por razón de las atenciones prestadas a Humberto , y 13.116 pts. por las prestadas a Juan Antonio . Debiendo abonar, así mismo, Gabino las dos terceras partes de las costas que por este procedimiento se originen, siendo el tercio restante a cargo del otro acusado Luis Antonio .

Abonese al acusado Gabino el tiempo que por esta causa ha estado privado de libertad.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por los acusados Gabino , Luis Antonio y la Acusación Particular ejercida en nombre de Humberto , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Motivos aducidos por la representación de Gabino :

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por infracción del art. 20.2 del CP.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción del art. 138 en relación con el art. 62 ambos del CP.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. afirma infringido el art. 138 en relación con el art. 62 ambos del CP.

Motivos aducidos por la representación de Luis Antonio :



PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. denuncia infringidos por aplicación indebida los arts. 138, 18, 228 b) y 141 todos ellos del CP.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 se denuncia infringido el art. 24.2 de la CE. que proclama la presunción de inocencia.

Motivos aducidos por la Acusación Particular, ejercida en nombre de Humberto :

UNICO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. denuncia infringidos los arts. 138, 28 a), 62, 70 y 116 del CP.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la impugnación; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la vista prevenida el día veintisiete de enero del dos mil. Con asistencia de los Letrados recurrentes D. Gabino Carro Espada, en defensa de Luis Antonio , pidió la estimación de su recurso y se opuso al recurso de la acusación particular. D. Marcos García Montes, en defensa de Gabino , pidió la estimación de su recurso y se opuso al recurso de la Acusación particular. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Luisa Baro Paxos en defensa del Insalud, mantiene lo manifestado en sus escritos y pide la confirmación de la sentencia. D. Javier Moncholi Fernández, en defensa de Humberto , pidió la estimación de su recurso y la desestimación de los recursos de los condenados. El Ministerio Fiscal, impugnó todos los recursos y pide la confirmación de la sentencia.

Séptimo.- Se retrasó la redacción de la sentencia por la acumulación coyuntural de trabajo del Ponente.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El primer motivo del recurso de casación de Gabino se formula por infracción de Ley y doctrina legal, y concretamente por violación de lo dispuesto en el art. 20.2 del CP. y por inaplicación de la eximente plena de alcoholismo crónico.

En el desarrollo del motivo se alega por el recurrente que la intoxicación etílica que padecía Gabino el día de autos era plena y fortuita y originadora de un trastorno mental transitorio, anulatorio de sus facultades psíquicas, y por ello debía estimarse aplicable la eximente completa del art. 20.2 del CP. Citan en el motivo, como demostrativos de la embriaguez y el alcoholismo que aquejaban al acusado, los informes de los forenses, obrantes a los folios 390 y siguientes, y los de los psiquiatras Jose Daniel y Narciso , que constan a los folios 392 y siguientes, y lo expuesto por los peritos citados en el acto del juicio.

La representación de Humberto , impugnó el motivo, por entender que el recurrente no había tenido en cuenta los términos de los informes psiquiátricos y forenses, que admitían una disminución, pero no una anulación, de las facultades mentales de Gabino .

El Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta las conclusiones fácticas sobre la intoxicación etílica del acusado y lo razonado en el Fundamento Tercero sobre el efecto degradatorio de la imputabilidad que la misma acarrea, considera que, debe estimarse bien ponderados tales efectos en la sentencia al apreciarse en la misma, que determinan la concurrencia de la eximente incompleta de embriaguez, basada en el art. 21.1º, en relación con el 20.2º del CP.

En relación a la embriaguez, y con apoyo en las normas del Código Penal de 1973, la jurisprudencia ( Sentencias de 3 de febrero y 14 de abril de 1992, 16 de febrero y 11 de octubre de 1993, 18 de enero, 9 de febrero y 31 de octubre de 1994, 134/96, de 11 de noviembre, 601/97, de 30 de abril y 1143/97, de 25 de noviembre) ha elaborado una doctrina en la que distinguía los distintos supuestos de afectación de la responsabilidad originados por intoxicación etílica: a) concurría la eximente completa, si fuera plena y total en sus efectos la intoxicación, y fortuita en sus causas, y se ampararía en el nº 1º del art. 8º del Código Penal de 1973, como trastorno mental transitorio; b) se apreciaría una eximente incompleta, con apoyo en el nº 1º del art. 9º, en relación con el nº 1º del art. 8º si la intoxicación, sin ser plena, disminuye seriamente las facultades psíquicas; c) concurriría la atenuante 2ª del art. 9º del Código Penal de 1973, cuando la intoxicación etílica originase una perturbación en las facultades psíquicas no de grado importante, y no tuviese carácter habitual, ni hubiese sido preordenada para el delito.

Con arreglo al Código Penal de 1995, la intoxicación por bebidas alcohólicas se halla contemplada juntamente con la derivada del consumo de drogas e integraría la eximente del nº 2º del art. 20, cuando determine una disminución de las facultades psíquicas tan importante, que impida al autor del hecho delictivo comprender la ilicitud del mismo o actuar conforme a esa comprensión, siempre que la embriaguez no hubiese sido buscada de propósito para cometer la infracción penal, y que no se hubiese previsto o debido prever su comisión.



Cuando la pérdida de las facultades intelectivas o volitivas del acusado, a consecuencia de la embriaguez, sin privarle de la capacidad de comprender la ilicitud del acto o de actuar conforme a tal comprensión, disminuya de forma importante tal capacidad de comprensión y de decisión, deberá apreciarse la eximente incompleta de intoxicación etílica, al amparo del n° 1° del art. 21 del Código Penal de 1995, en relación con el n° 2° del art. 20 del mismo Cuerpo Legal.

Pues bien, con arreglo a la doctrina expuesta, no puede estimarse eximente incompleta del art. 8.1° del CP. de 1973, y del art. 20.2 del CP. de 1995, el trastorno psíquico de Gabino originado por el alcoholismo crónico que padecía y por la concreta intoxicación etílica sufrida en la ocasión de autos, puesto que ni las conclusiones fácticas referentes a tal tema contenidas en el relato de hechos probados, ni las insertas en el Fundamento Tercero de Derecho expresan que la embriaguez y el alcoholismo que sufre el acusado eliminaran las facultades psíquicas del mismo hasta el punto de impedirle comprender la ilicitud de los actos que realizó, o de actuar conforme a esa comprensión, es decir, no consta que se dieran los efectos anuladores de las facultades psíquicas exigidas para que quepa apreciarse la eximente completa.

SEGUNDO: En el segundo motivo del recurso de casación de Gabino, al amparo del art. 849.1° de la LECrim. se denuncia la infracción, por aplicación indebida de los arts. 138 y 62 del CP. de 1995, por entender indebidamente la sentencia que el disparo que alcanzó a Esther integró tentativa de homicidio.

A juicio del recurrente, no cabe inferir del relato fáctico que Gabino actuase con intención de matar a Esther, puesto que en aquél se afirma que el acusado disparó de forma indiscriminada, lo que significa que no apuntó contra la mencionada mujer, que, además, según sus declaraciones en aquel momento se hallaba agachada, habiendo sido alcanzada al incorporarse.

El Ministerio Fiscal y la representación de Humberto impugnaron el motivo por entender que se dieron en el supuesto del ataque a Esther los datos que la jurisprudencia tiene en cuenta para apreciar el "animus necandi", como fueron el arma empleada, la proximidad de la víctima, la zona anatómica donde incidió el proyectil, en el cuello, pero a milímetros de un punto en el que las consecuencias hubiesen sido letales. Estimó el Ministerio Público en su dictamen que por lo menos cabía apreciar un dolo indeterminado de matar, manifestado en el hecho de haber dirigido sucesivos disparos hacia distintos puntos del bar, con el riesgo de alcanzar y causar la muerte a cualquiera de las personas que se hallaban en el establecimiento.

Cuando se trata de distinguir el delito de homicidio imperfecto del de lesiones consumado la distinción, en un sistema culpabilístico y de tipo voluntarista como el español, ha de encontrarse en el dolo, que en el homicidio consistirá en un "animus necandi" y en las lesiones en un "animus necandi". Es precisamente el dolo, como voluntaria y manifiesta intención del resultado, el elemento diferenciador de ambas figuras delictivas, pero salvo supuestos excepcionales, en que el propio acusado reconoce haber actuado con propósito de matar, la intención homicida sólo puede obtenerse por inferencia de los datos y circunstancias que constan en el relato histórico reveladores del ánimo homicida.

Por la jurisprudencia, así en las sentencias de 30.10 y 29.º.95, y en la 498/96, de 23.5, y 546/98 de 2.3.99, se han establecido como signos externos de la voluntad de matar, entre otras, y como más significativos: a) los antecedentes de hecho y las relaciones entre el autor y la víctima; b) la clase de arma utilizada c) la zona o zonas del cuerpo a que se dirige la agresión; d) el número de golpes inferidos; e) las palabras que acompañaron al ataque; f) las condiciones de lugar y tiempo y circunstancias conexas o concomitantes con la acción; g) la causa o motivación de la misma, y h) la entidad y gravedad de las heridas causadas.

Entre los criterios enumerados -que no integran una lista cerrada- ostentan un valor de primer grado, según la doctrina de esta Sala, la naturaleza del arma empleada, la zona anatómica atacada y el potencial resultado letal de las lesiones infligidas.

Con arreglo a la doctrina expuesta, debe entenderse que en relación con Esther, Gabino actuó con propósito homicida, si se pondera el enfrentamiento verbal que tuvo lugar entre ambos a las dos horas del 23 de marzo de 1995, que describe el relato de hechos probados, que finalizó con la intervención del dueño del bar "DIRECCION000", Humberto, instando a Gabino y a su acompañante Luis Antonio para que abandonasen el establecimiento, manifestando este último al salir "que había que armarla" o "que había que venir armados", y si se tiene en cuenta que a la media hora Luis Antonio y Gabino regresaron al bar, portando éste una pistola semiautomática marca "STAR", calibre 9 mm. parabellum, cargado con muchos proyectiles, y que, tras reanudarse el enfrentamiento verbal, disparó contra Esther, que se hallaba dentro de la barra, y la alcanzó en el cuello a pocos milímetros de una zona que hubiese sido mortal de necesidad. Puede apreciarse "el animus necandi" en el disparo hecho contra Esther, ponderada la aptitud mortífera del arma empleada, la corta distancia a que se hallaba la víctima, y la zona del cuello donde la alcanzó el proyectil, siendo físicamente necesario que la mujer estuviese de pie frente al agresor, porque si se hubiese hallado agachada en el momento en que él apretó el gatillo, la bala no hubiese alcanzado a la mujer.



Por lo expuesto, debe estimarse correctamente aplicados los arts. 138 y 62 del CP. de 1995 y ajustada a Derecho la condena de Gabino , por un delito de homicidio intentado.

TERCERO: El tercer motivo del recurso de casación de Gabino se formuló al amparo del art. 849.1º de la LECrim. y en él se denuncia la indebida aplicación de los arts. 138 y 62 del CP. en relación a la agresión perpetrada por el recurrente contra Humberto .

En el desarrollo del motivo se pone de relieve que en la relación de los hechos que recoge la sentencia no es posible determinar la comisión de un delito de homicidio intentado en la persona de Humberto , por la ausencia de "animus necandi", toda vez que en ningún caso se afirma en la narración histórica que Gabino hubiese apuntado en dirección a donde se encontraba Humberto , sino que lo que expresa la sentencia es que el acusado levantó el arma y disparó de forma indiscriminada.

El Ministerio fiscal y la representación de Humberto impugnaron el motivo por considerar correctas las inferencias articuladas en el Fundamento Primero de la sentencia para llegar a la conclusión de que Gabino había actuado con propósito homicida al disparar contra Humberto .

El motivo debe ser desestimado, según lo razonado en el "Fundamento" precedente, por ser apreciable propósito homicida en la agresión perpetrada por Gabino contra Humberto , ponderando, los mismos datos que se tuvieron en cuenta para detectar el "animus necandi", en el ataque contra Esther como fueron, el incidente habido media hora antes entre Gabino y Humberto , el arma utilizada por el procesado -una pistola STAR de 9mm. parabellum-, la escasa distancia a que se hallaban el acusado y la víctima en el momento en que el primero disparó, y la zona corporal en la que incidió el proyectil propulsado por el arma -troncarea izquierda- originando graves destrozos en la zona pélvea.

No es aceptable la argumentación del recurrente de que Gabino no apuntó el arma contra Humberto , sino que disparó de forma indiscriminada, puesto que el Fundamento Primero contiene la afirmación de carácter fáctico, con valor integrador de la narración histórica, de que "el acusado Gabino después de haberse abierto fuego con Juan Antonio , volvió a alzar el arma y dirigió su disparo contra Humberto ".

CUARTO: El motivo segundo del recurso de casación de Luis Antonio , deberá ser examinado antes que el primero, por impugnar las conclusiones fácticas de la sentencia.

En dicho motivo segundo, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, reconocido en el art. 24.2 de la CE.

En el desarrollo del motivo, el recurrente pone de relieve que no obra prueba en las actuaciones de que Luis Antonio se hubiese dirigido a Gabino instándole a utilizar la pistola. Ni Luis Antonio ni los testigos presenciales reconocieron tal incitación.

También señala el recurrente la falta de prueba de las afirmaciones del relato fáctico referentes a la recogida de la pistola por Gabino y por Luis Antonio de mutuo acuerdo.

Se manifiesta finalmente en el motivo que Luis Antonio en ningún motivo influyó o determinó de forma relevante la voluntad de Gabino para que éste realizara la acción delictiva.

El Ministerio Fiscal impugnó el motivo, por considerar que el recurrente había pretendido indebidamente sustituir la valoración probatoria del Tribunal por la suya propia y había tenido en cuenta solamente las declaraciones del inculcado Luis Antonio , y no las de los testigos, cuyas manifestaciones en el juicio probaban las afirmaciones de la sentencia sobre la intervención de aquél en los hechos.

La representación de Humberto expuso razones similares a las del Ministerio Público para oponerse al motivo segundo de Luis Antonio .

El derecho fundamental a la presunción de inocencia citado como infringido, reconocido en los más caracterizados Tratados Internacionales, como la Convención de Derechos del Hombre de 1948, el Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1950 ( art. 6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966 (art. 14) y objeto de una detallada elaboración por la Doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 3/81, 107/83, 17/84, 174/85, 229/88, 138/92, 303/93, 182/94, 86/95, 34/96 y 157/96) y de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (SS. de 31 marzo y 19 julio de 1988, 19 de enero y 30 de junio de 1989, 14 de septiembre 1990, 15 noviembre y 4 de marzo de 1995, 20 de enero de 1992, 5 de enero de 1993, 30 de septiembre de 1994, 10 de marzo de 1993 y 2o3, 727, 754, 821 y 882 de 1996) significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desarrollada o contrastada y ratificada en el juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.- .



Comprobada por el Tribunal de casación la existencia de un mínimo de actividad probatoria, lo que no entra dentro de sus funciones, es un reexamen o nueva valoración de la prueba tenida en cuenta por el Tribunal enjuiciador, por corresponder tal ponderación a éste, según lo dispuesto en el art. 741 de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

En trámite de casación, al alegarse la vulneración de la presunción de inocencia, la Sala del Supremo deberá ponderar: a) Las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal de instancia, para atribuir unos hechos delictivos a una persona; b) Si las pruebas fueron practicadas en el juicio con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad; c) Si las pruebas se practicaron con observancias de las normas procesales y respeto de los derechos fundamentales; y d) Si las conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen leyes de la lógica, de la experiencia o de las ciencias.

Con arreglo a la doctrina expuesta, el motivo debe desestimarse, puesto que aparecen acreditadas por las declaraciones prestadas por los testigos en el juicio oral las conclusiones fácticas de la sentencia, referentes a la actuación de Luis Antonio en su primera estancia en el bar " DIRECCION000 " y en la segunda, media hora después, relativas a los incidentes ocurridos la primera vez, y a las frases dichas por Luis Antonio al salir del establecimiento "aquí hay que venir armado", "aquí hay que venir a armarla", y a las palabras dirigidas por él en la segunda ocasión a Gabino "no tienes cojones para nada, haz lo que hemos venido a hacer", y a la reacción inmediata de este de disparar proyectiles con la pistola. Así lo ha podido comprobar la Sala, constatando los testimonios emitidos en el plenario por Humberto , David , Melisa y Eugenio .

Aunque no consta expresamente que Luis Antonio le hubiese instado a Gabino a que sacase la pistola, de las palabras dichas por el primero al irse del " DIRECCION000 ", en la primera ocasión, "aquí hay que venir armado" y a las pronunciadas por él en la segunda ocasión "no tienes cojones para nada, haz lo que hemos venido a hacer", y de la reacción inmediata de Gabino a sacar el arma y disparar, se infiere que Luis Antonio sabía que su compañero se había provisto de la "Star" para entrar la segunda vez en el bar, y con las últimas palabras le estaba incitando a Gabino a hacer uso del arma.

QUINTO: En el motivo primero del recurso de casación de Luis Antonio , al amparo del art. 849.1º de la LECrim., se denuncia la indebida apreciación del art. 138, del CP. de 1995, en relación con los arts. 18.2, 28 B) y 14 del mismo Cuerpo Legal.

En el desarrollo del motivo, estima el recurrente que, con base en los datos fácticos insertos en la sentencia, y concretamente en las expresiones puestas en boca de Luis Antonio -"aquí hay que venir armado", "no tienes cojones, haz lo que hemos venido a hacer"- no cabe construir una participación del acusado como autor en la modalidad de cooperador necesario, prevista en el apartado b) del art. 28 del CP., ya que tal tipo de autoría exige la aportación de actos ejecutivos, y tal aportación no se aprecia en el presente caso.

Tampoco a juicio del recurrente, cabría subsumir la participación de Luis Antonio en la autoría por inducción del art. 28 a) del CP. de 1995, porque las expresiones citadas proferidas por el acusado, no pueden considerarse inequívocamente reveladoras del "animus necandi", ya que Luis Antonio no conocía a la víctima, y porque la expresión "a que cojones hemos venido" debía interpretarse como una manifestación de enfado ante el hecho de hallarse cerrado el bar " DIRECCION000 ", al que se habían desplazado Luis Antonio y Gabino .

El Ministerio Fiscal impugnó el motivo, por entender que el relato fáctico revelaba que concurrieron en la ocasión de autos en la actuación de Luis Antonio los elementos que, según la jurisprudencia, caracterizan la inducción, consistentes en la incitación sobre el agresor con influencia para llevarle a la ejecución del delito, y con aceptación por el instigador del resultado delictivo producido.

La representación de Humberto , en la oposición al motivo, puso de relieve la presión psicológica que Luis Antonio ejerció, con las frases que pronunció en el bar, sobre el ejecutor material de los disparos Gabino .

Aunque no se haya precisado en la sentencia el precepto penal aplicable a la autoría de Luis Antonio , del inciso primero del segundo Fundamento y del inciso último del quinto se deduce que se le consideró inductor, hallándose por tanto su participación delictiva prevista en el apartado a) del art. 28 del CP. de 1995.

No procederán por tanto las impugnaciones formuladas en el motivo, basadas en la no concurrencia en la actuación de Luis Antonio de las condiciones exigidas para la cooperación necesaria, que tipifica el ap. b) del art. 28 del CP. de 1995.

Son requisitos de la inducción, señalados por la jurisprudencia de esta Sala (SS. de 29.6.85 y 12.5.92): 1º) Que sea anterior al hecho, puesto que ha de ser causal para la resolución de cometerlo, pudiendo también ser concomitante, como la del que en el curso de una discusión, incita a uno de los protagonistas a agredir al otro.



2º) Que sea directa, es decir, ejercida sobre una persona determinada y encaminada a la comisión de un delito, también determinado, bastando con precisar los términos generales, sin que sea necesario que lo estén los accidentes del mismo.

3º) Que sea eficaz, esto es,, de suficiente entidad para mover la voluntad del inducido a cometer el delito.

4º) Que sea dolosa, aunque es suficiente el dolo eventual, y cabiendo apreciar, en el caso de la inducción, la concurrencia de un doble dolo, el de la acción inductora y el que abarca el delito a cometer; y

5º) Que el inducido o comienzo a la ejecución del delito, consumándolo o al menos entrando en la fase de tentativa, no respondiéndolo el inductor de los excesos del ejecutor de carácter cualitativo.

Y teniendo en cuenta la doctrina expuesta, el motivo debe desestimarse por concurrir en la actuación de Luis Antonio las condiciones que la jurisprudencia exige para apreciar la inducción, puesto que: a) la instigación por parte de Luis Antonio fue previa, al ocurrir a raíz de que fuese conminados él y Gabino a abandonar el bar, y concomitante, al haber existido una excitación inmediatamente anterior a los actos de ejecución delictiva; b) la incitación fue directa y determinada, en cuanto se ejerció en la persona de Gabino, y tenía por objeto el uso del arma recogida por éste último procesado, disparando contra el dueño del bar y su mujer; c) la instigación fue eficaz, como revela la reacción inmediata que determinó en Gabino, moviéndolo a sacar la pistola y disparar, d) la incitación fue indudablemente dolosa, y e) determinó la ejecución de los hechos delictivos por parte de la persona inducida.

SEXTO: El único motivo del recurso de casación del acusador particular, Humberto al amparo del art. 849.1º de la LECrim., denuncia la indebida inaplicación del art. 138 del CP. de 1995, en relación con el art. 28 a), 62 y 70 del mismo Cuerpo Legal, y también alega la consiguiente infracción del art. 116 del mismo Texto sustantivo.

Las infracciones legales citadas se cometieron, a juicio del recurrente, por haberse considerado en la sentencia recurrida que, Luis Antonio, no había sido autor por inducción del homicidio, intentado de que fue víctima Humberto. Por una parte el recurrente impugnó por improbadas las conclusiones fácticas contenidas en el Fundamento segundo de la sentencia, en las que sustenta el Juzgado de instancia su tesis absolutoria, consistentes en la huida de Luis Antonio por la puerta trasera del bar, su intento de tranquilizar a David, y su afirmación de que el arma era de fogueo. Por otra parte, sostiene el recurrente que de las conclusiones fácticas establecidas en la narración histórica debe inferirse que la inducción de Luis Antonio se extendió tanto a la agresión a Esther, como al ataque a Humberto, puesto que los acusados tuvieron enfrentamientos verbales en el bar " DIRECCION000 " con ambas personas, y porque las amenazas proferidas por Luis Antonio al abandonar el bar a las dos de la madrugada, y las palabras incitadoras dirigidas a Gabino se estaban refiriendo a una vindicación contra Esther y contra Humberto. Consideró el recurrente que se aprecian en los hechos las notas que según la jurisprudencia configuran la inducción, al haber concurrido una influencia psicológica en el inductor, Luis Antonio, respecto al autor material del delito Gabino, causante en éste de su decisión a atacar a Humberto, y originador del ataque perpetrado mediante el disparo de una bala, que incidió en la zona pública del atacado, no habiéndose anulado por Luis Antonio la incitación delictiva iniciada, mediante requerimientos o comunicaciones de sentido contrario, dirigidas al inducido antes de que este iniciase la ejecución del delito.

Estima el recurrente que la sentencia de la Audiencia debería ser casada, para la condena de Luis Antonio como inductor del homicidio intentado en la persona de Humberto, con aplicación de los arts. 138, 62 y 70 del CP. de 1995, y declarándose su consiguiente responsabilidad civil respecto a los perjuicios causados a la víctima. al amparo de lo establecido en el art. 116 del mismo Cuerpo legal.

El Ministerio Fiscal impugnó el motivo por entender que la incitación de Luis Antonio ya había cesado cuando los hechos se desarrollaron fuera del local, y tuvo lugar la agresión a Humberto, por haber abandonado por entonces ya el bar el mencionado Luis Antonio, según se relata en el Fundamento segundo de la sentencia.

El recurso debe ser estimado, ya que los datos fácticos expresados en el Fundamento segundo de la sentencia recurrida, referentes a que Luis Antonio se fue del bar por una puerta trasera antes de la agresión a Humberto que completan la narración histórica, no producen un efecto anulador de la inducción anteriormente desplegada, iniciada con las palabras pronunciadas media hora antes por Luis Antonio, y culminada con las frases conminatorias dirigidas a Gabino, presionándole para que hiciese lo que había venido a hacer, ya que no consta que Luis Antonio hubiese tratado de dejar sin efecto su anterior influencia inductora, tratando de convencer a Gabino para que cesase en su actividad agresiva.

Y de las conclusiones fácticas contenidas en la narración histórica, y aplicando las reglas de la experiencia y de la lógica, se infiere que Luis Antonio fue inductor tanto del homicidio intentado contra Esther, como del perpetrado contra Humberto, pues según lo alegado por el recurrente, el propósito vindicativo se extendió contra ambas víctimas, ya que Luis Antonio y Gabino tuvieron los enfrentamientos verbales con Esther y con Humberto por lo que hay que entender que las palabras amenazadoras dichas a las dos de la mañana



por Luis Antonio , exteriorizaban el propósito de infligir un escarmiento a los dichos Humberto y Esther , y las conminaciones de Luis Antonio a Gabino de que hiciese lo que había ido a hacer, unidas a la inmediata reacción del segundo de accionar el disparador de la pistola que portaba, revelaban que existía un previo concierto entre Luis Antonio y Gabino para que éste disparase contra los dueños del bar " DIRECCION000 ", lo que fue recordado y urgido por el primero en las palabras que dirigió al segundo, y que provocaron la cascada de disparos.

Debe estimarse infringido el art. 138 del CP. en relación con el 28 a) y el 62, por no haber sido aplicados en relación a la participación de Luis Antonio en el homicidio intentado de Humberto . También se infringió, por indebida inaplicación el art. 116 del mencionado Cuerpo Legal, que debe determinar que Luis Antonio debe responder, por mitad y solidariamente con Gabino de los perjuicios irrogados a Humberto .

### III. FALLO

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los recursos de casación, interpuestos por Gabino y por Luis Antonio , contra la sentencia dictada el 18 de junio de 1998,. por la Audiencia Provincial de Zamora en el recurso 9/95, del Juzgado de Instrucción nº 3 de Zamora, con condena a los recurrentes en las costas por ellos causadas; y debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto contra la misma sentencia por Humberto , con declaración de oficio de las costas del recurso.

Y en consecuencia debemos casar y casamos la sentencia.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia 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

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Marzo de dos mil.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Zamora, y fallada posteriormente por la Audiencia Provincial de la misma capita, y que fue seguida por delito de homicidio, contra Gabino , nacido en Oliveira de Azemeis (Portugal), el 29.9.1957, hijo de Pedro Antonio y de Sara , de estado civil casado, y de profesión feriante, sin antecedentes penales, no consta su insolvencia, y en prisión provisional desde el 24.3.95; Luis Antonio , nacido en Madrid, el 6.7.1946, hijo de Julián y de María Luisa , de estado civil casado, y de profesión feriante, sin antecedentes penales, no consta su solvencia, y en libertad provisional; la Sala Segunda del Tribunal supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chavarri, hace constar los siguientes:

### I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, con inclusión del relato fáctico.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los razonamientos de la sentencia impugnada salvo los que justifican que Luis Antonio , no fue responsable criminal ni civilmente del homicidio intentado de Humberto .

PRIMERO: Se considera a Luis Antonio autor por inducción, al amparo del ap. a) del art. 28 del CP. de 1995, del homicidio intentado contra Humberto , procediendo imponerle la pena de tres años de prisión, según autoriza el art. 62, en relación con el 138 del CP., y por mantener el mismo criterio penológico que observó el Tribunal sentenciador para el homicidio intentado contra Esther .

SEGUNDO: Por aplicación de lo dispuesto en el art. 116 del CP. Luis Antonio deberá indemnizar conjunta y solidariamente y por mitad las indemnizaciones por los perjuicios irrogados a Humberto , derivados del delito.

### III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Luis Antonio , como inductor del delito de homicidio intentado en la persona de Humberto , sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal, a la pena de





tres años de prisión y a que conjunta y solidariamente con Gabino , y por mitad indemnice a Humberto , en dos millones ciento cuarenta mil pesetas (2.140.000 ptas.) por las lesiones sufridas, y doce millones de pesetas (12.000.000 ptas.), por las secuelas, y que conjunta y solidariamente con Gabino , y por mitad, indemnice al INSALUD en dos millones ciento cincuenta y cinco mil ochocientos cuarenta y tres pesetas (2.155.843 ptas), por los gastos de asistencia médica no satisfechos por razón de las atenciones prestadas a Humberto .

Y debemos mantener y mantenemos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

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

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO