

## PENAL

ALFONSO SERRANO GÓMEZ\*

**SUMARIO:** I. *Homicidio. Homicidios frustrados. Tenencia ilícita de armas. Reincidencia.*—II. *Recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.*—III. *Se recogen los argumentos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para desestimar los motivos del recurso.*

Se recoge un supuesto en el que se da un concurso de delitos concurriendo en uno de los autores reincidencia por uno de los delitos. Se recurre la Sentencia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siendo el tercero de los motivos el de mayor interés. Finalmente, se recogen los argumentos del Tribunal Supremo para desestimar los tres motivos del recurso de casación interpuesto por la representación de los dos condenados. (Sentencia de 20 de septiembre de 1993.)

### I. HOMICIDIO. HOMICIDIOS FRUSTRADOS. TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. REINCIDENCIA

#### ***Hechos probados***

Se declaran probados los siguientes hechos:

Primero.—En la mañana del 12 de julio de 1989, Jose, Enrique y Escribano (fallecido el 29-9-90), salen de Palma en un turismo Ford Capri y tras recoger

---

\* Profesor Titular de Derecho Penal de la UNED.

en Peña a Francisco se dirigen a Almonte, provistos de una escopeta de caza, dos machetes y un cuchillo, y una vez en este pueblo, tal como habían planeado se trasladan al domicilio del procesado Manuel, en donde José Camaño sospechaba que aquél guardaba heroína. Una vez que penetran los individuos en la referida vivienda se apoderan de cierta cantidad de sustancia, presuntamente heroína, y acto seguido se dan a la fuga en el referido turismo.

Por los referidos hechos en el Juzgado de Instrucción n.º 3 se incoaron Diligencias Previas n.º 3.227/89 por supuesto delito de robo, según consta a los folios 169 y 170 de las presentes actuaciones.

Segundo.—Inmediatamente después, sobre las catorce y treinta horas, salen del mencionado Bloque los procesados hermanos Manuel y Rafael, y desde allí se trasladan en un Land-Rover, propiedad de su padre, hasta el taller «Román», donde se encontraba un automóvil Ford Scort propiedad de Josefa, madre de los procesados. A continuación se encaminan con dirección a Sevilla para perseguir a los individuos que habían huido en el Ford Capri. Ambos hermanos, que carecen de licencia de armas, y sin estar en posesión de las guías correspondientes, portan en el turismo dos armas de fuego, una de ellas que no ha sido localizada y la otra un rifle de repetición tipo Winchester 73, Marca Oviedo 1892, recamerado para cartuchos del 44 x 40.

Cuando circulan por la autovía A-49, a la altura del pueblo de Gines sobre las 16 horas, José que ocupa el asiento trasero derecho, se percata de que los procesados le siguen en el Ford Scort, y avisando a sus compañeros insta al conductor Escribano a que acelere; no obstante los procesados adelantan al Ford Capri y después de alejarse una cierta distancia se detienen en el arcén y esperan la llegada del otro coche, y cuando están a su altura realizan varios disparos, uno de los cuales alcanzó a Enrique que viajaba en el asiento delantero derecho, entrándole la bala por la cara anterior del tórax y saliendo a nivel de la fosa supraespinosa de la escápula izquierda, causándole heridas con hemorragia interna y shoc hipovolémico que ocasionaron la muerte inmediatamente.

A continuación el Ford Scort conducido siempre por Escribano, reanudó la marcha, continuando la persecución del Ford Capri, y volviendo los procesados a disparar contra los ocupantes del mismo.

En total los procesados han disparado más de 6 tiros.

A consecuencia de los disparos sufrieron lesiones José que curó a la primera asistencia, Escribano que curó a los 18 días, con cuatro asistencias facultativas, y Francisco que curó en la primera asistencia. José ha renunciado a ser indemnizado.

Asimismo, desde el interior del Ford Capri y a través del cristal trasero Francisco hizo un disparo de postas con la escopeta que llevaba, alcanzando la munición el cristal y techo del Ford Scort.

Tercero.—Enrique, en la fecha del fallecimiento no venía desempeñando trabajo alguno. Ha dejado viuda —Cándida— y cuatro hijos.

Cuarto.—Manuel ha sido ejecutoriamente condenado en sentencia de 13-12-86, firme el 13-5-87, por un delito contra la salud pública a la pena de tres años de prisión menor.

### ***Fundamentos de derecho***

Primero.—Los anteriores hechos resultan acreditados por la coincidencia de las declaraciones de los testigos prestadas en fase sumarial y que como documental ha sido propuesta por acusación y defensa sin impugnación alguna. El relato de hechos ha sido además ratificado en el Juicio Oral por el testigo Francisco José y coincide en lo esencial con la confesión de Manuel, a excepción de la manifestación exculpatoria que hace de su hermano Rafael.

Segundo.—Los hechos probados son constitutivos de cuatro delitos de homicidio, uno de ellos consumado y los tres restantes frustrados, previstos y penados en el artículo 407, en relación con los artículos 3, 49 y 51 del Código Penal, pues la actuación de los sujetos activos, disparando sus armas de fuego desde el arcén donde se habían detenido a los ocupantes del coche que pasaba por delante de ellos y al que esperaban después de haberlo adelantado, revela sin género de dudas el ánimo de matar, cuyo resultado se consiguió respecto a uno de los ocupantes del coche.

Las armas empleadas, la distancia escasa a que se realizan los disparos, unida al plus de peligrosidad que lleva consigo el hecho de que las víctimas viajaban en un automóvil, son elementos claros que impiden acoger la tesis de la imprudencia que alega la defensa.

Tercero.—De otra parte, los hechos constituyen un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 254 del Código Penal, por cuanto los sujetos activos utilizaron las armas de fuego sin estar en posesión de las guías y licencias oportunas. Sin que pueda tener aquí aplicación el artículo 256 de dicho Código, como pretende la defensa, puesto que al proceder los sujetos agentes como se consigna en la relación de hechos, los requisitos que dicho artículo señala para poder rebajar la pena han quedado excluidos por completo.

Cuarto.—De los referidos delitos son responsables en concepto de autores los procesados Manuel y Rafael, por haber tomado parte de forma material,

directa y dolosa, en la ejecución, según ha quedado acreditado respecto a Rafael por su propia confesión y además y respecto a Manuel, porque así se desprende de las declaraciones de los testigos José (folios 18, 32 y 142), Escribano (folios 20, 28 y 163), y Francisco (folios 15 vuelto, 30 y 144) quien además se ratifica en el Juicio Oral.

Todos esos testigos desvirtúan la manifestación de los procesados de que Manuel no se encontraba en casa de Rafael cuando se presentaron los cuatro individuos procedentes de Palma, y todos ellos reconocen a los dos hermanos como a los ocupantes del Ford Scort.

De otra parte las testigos Carmen y Concepción (folios 85 y 87) declararon que vieron salir de la casa de Manuel a los dos hermanos sobre las dos y media de la tarde, aunque la primera en el acto del Juicio Oral ha dado la impresión de no atreverse a ratificar que Manuel acompañaba a Rafael.

La prueba pericial practicada en el acto del Juicio Oral por los peritos policías n.ºs 12.499 y 14.522 ha puesto de manifiesto que se han usado dos armas de fuego, y que la muerte de Enrique se ha producido por una bala, proyectil que sólo pudo ser disparado desde fuera del coche, no sólo por la trayectoria que recorrió dentro de la víctima, sino porque según los informes de todos los peritos ese disparo no fue hecho a quemarropa, aparte de que la única arma que iba dentro del Ford Capri donde viajaba Enrique era una escopeta que disparaba cartuchos de postas.

Quinto.—En el delito de tenencia ilícita de armas existe respecto a Manuel la agravante de reincidencia establecida en el n.º 15 del artículo 10 del Código Penal, toda vez que con anterioridad a la fecha de autos el acusado ya había sido ejecutoriamente condenado por otro delito con pena igual a la que la Ley señala para el de tenencia ilícita de armas.

Circunstancia que con independencia de los razonamientos expuestos por la defensa de los acusados en su informe sobre la necesidad de suprimir dicha agravante, debe ser aplicada por los Tribunales mientras forme parte del Código Penal en el que se conserva a pesar de las numerosas leyes Orgánicas que a partir de la Constitución Española modifican, suprimen e incorporan diversos artículos del Código Penal, entre las cuales debe destacarse la L. O. 8, de 1983, que suprime la agravante de reiteración y modifica el concepto de la reincidencia.

Sexto.—Si bien en el presente caso no se aprecian circunstancias atenuantes, al imponer las penas dentro de los límites que señala el artículo 61, en su regla 4.ª, el Tribunal no puede dejar de ponderar la conexión que existe entre la tenencia ilícita de armas y los delitos de homicidio, y que éstos son resultado de un mismo plan y de una sola actuación, por lo que la gravedad no puede

equipararse al supuesto en que cada uno de los delitos contra las personas se hubiera preparado y ejecutado separadamente.

Séptimo.—La responsabilidad civil nace de la penal, según establece el artículo 19, por lo que procede condenar a los procesados a que indemnicen solidariamente a los familiares perjudicados por la muerte de Enrique.

Octavo.—Las costas vienen impuestas por la Ley a quienes delinquen.

Vistos además de los citados, los artículos 1, 3, 12, 14, 19, 23, 30, 33, 46, 47, 48, 61-2.ª, 78, 101, 104 y 109 del Código Penal, y 142, 203, 239, 240, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

### ***Fallamos***

Que debemos condenar y condenamos a Manuel y Rafael como autores responsables de los siguientes delitos: uno de homicidio consumado, tres de homicidio frustrado, y un delito de tenencia ilícita de armas, con la agravante de reincidencia en este último delito para Manuel.

Imponemos a cada uno de los procesados las siguientes penas: por el delito de homicidio consumado doce años y un día de reclusión menor, con la accesoria de inhabilitación absoluta para honores, cargos públicos y derecho de sufragio durante dicho tiempo. Por cada uno de los delitos de homicidio frustrado seis años y un día de prisión mayor, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante dicho tiempo.

Por el delito de tenencia ilícita de armas, a Manuel dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, y a Rafael un año de prisión menor, con las accesorias antes referidas a ambos.

Condenamos a los dos procesados al pago de las costas por iguales partes y a que solidariamente indemnicen por la muerte de Enrique a su viuda Cándida en un millón de ptas. y a cada uno de los cuatro hijos en dos millones de ptas. Asimismo por las lesiones a los herederos de Escribano en 54.000 ptas. y a Francisco en 3.000 ptas.

Acordamos el comiso del rifle marca Oviedo 1892 y las municiones (folio 299), así como de la escopeta Aya modelo Cosmos n.º 511.384 (folio 242).

Los automóviles Ford Capri y Ford Scort queden a disposición del Juzgado de Instrucción n.º 3, en relación a las Diligencias previas 3.227, de 1989.

Dése orden al Instructor para que termine y remita a esta Sala la Pieza de responsabilidad civil.

Abonamos a los procesados para cumplir las penas impuestas el tiempo que llevan privados de libertad por esta causa. (Sentencia de 27 de enero de 1992.)

## II. RECURSO DE CASACIÓN ANTE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Se recoge a continuación lo fundamental del recurso interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

### *Primer motivo de casación*

Al amparo del número primero del art. 849 de la LECrim. se alega infracción de Ley, por aplicación indebida del art. 407, y este mismo artículo en relación con los 3.º y 51, todos del Código penal, debiendo aplicarse el art. 565 del mismo texto legal, como se desprende de lo que sigue:

La Sentencia deduce el «animus necandi» en las armas empleadas y la corta distancia en la que se realizan los disparos. Sin embargo, no se desvirtúa con ella la realidad que perseguían los autores de que quienes resultaron víctimas pararan el vehículo en el que viajaban a fin de que les aclararan las razones por las que habían estado en el domicilio del condenado Manuel buscando heroína, cosa que hicieron apoderándose de «cierta cantidad de sustancia, presuntamente heroína». Cabe deducir que con los disparos se pretendía que parara el vehículo donde viajaban las víctimas, ocasionándose por imprudencia temeraria un muerto y tres heridos.

### *Segundo motivo de casación*

Se interpone igualmente al amparo del número primero del art. 849 de la LECrim., y para el supuesto de que no prospere el motivo anterior, ya que en la Sentencia se condena por tres homicidios en grado de frustración, cuando se debió de condenar por lesiones, por lo que se aplicó indebidamente el art. 407, en relación con los arts. 3 y 51 del Código penal; debió aplicarse el art. 420 en un caso y el art. 582 en los otros dos.

«A consecuencia de los disparos sufrieron lesiones José, que curó a la primera asistencia; Escribano, que curó a los 18 días, con cuatro asistencias facultativas, y Francisco, que curó en la primera asistencia.»

Según se desprende de lo anterior, no se concreta que las tres personas lesionadas lo fueran por proyectiles de armas de fuego; la referencia que se hace a «consecuencia de los disparos», puede entenderse que las lesiones se las ocasionaron dentro del vehículo, ante la grave situación que se había producido, por lo que estaríamos ante tres delitos de lesiones, una del art. 420, párrafo segundo, para quien tardó en curar 18 días, y dos de lesiones constitutivas de falta del art. 582. En la fecha en que ocurrieron los hechos era de aplicación la reforma introducida por el Código penal por Ley 3/1989, de 21 de junio.

### *Tercer motivo de casación*

Para el supuesto de que no prosperen ninguno de los motivos anteriores, se interpone este tercer motivo, por infracción de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la LECrim., por aplicación indebida del art. 407, en relación con los arts. 3 y 51 del Código penal, pues los tres homicidios lo fueron en grado de tentativa y no de frustración, como se condenó en la sentencia, como se desprende de lo que sigue:

La jurisprudencia de esa Sala tiende a extender el ámbito de la frustración en el homicidio —asesinato y parricidio—, en detrimento de la tentativa, siendo el caso presente uno de ellos, como se apuntó más arriba; en los hechos probados se recoge en el párrafo cuarto del segundo de dichos hechos, lo que sigue:

«A consecuencia de los disparos sufrieron lesiones José, que curó a la primera asistencia; Manuel, que curó a los 18 días, con cuatro asistencias facultativas, y Francisco, que curó en la primera asistencia.»

Teniendo en cuenta el concepto que de frustración se recoge en el párrafo segundo del artículo 3.º del Código penal, habrá que entender que estamos ante un homicidio frustrado cuando a la víctima se han causado lesiones que fatalmente producirían la muerte sin una intervención de tercero, generalmente personal sanitario. En este sentido están bien calificados como frustración los supuestos siguientes:

«Pudiendo originar la muerte de no haber sido intervenido rápidamente» (Sent. 29-2-1988).

«Que le hubiera causado la muerte de no haber sido atendido con prontitud en la Residencia Sanitaria a donde fue trasladado» (Sent. 11-5-1988).

«De tal gravedad, que de no ser por la rápida intervención quirúrgica hubiera fallecido» (Sent. 2-11-1988).

«Hubiesen determinado la muerte sin la intervención quirúrgica inmediata a que fue sometido» (Sent. 6-6-1989).

«De no haber sido intervenido quirúrgicamente, es decir, atendido con rapidez y corrección, pudo haber sido mortal» (Sent. 10-6-1989).

*Estaremos ante tentativa, según el concepto que de la misma se da en el párrafo tercero del art. 3.º del Código penal, cuando el culpable da principio a la ejecución del delito... y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito.*

En los supuestos de homicidio habrá tentativa cuando no se practican todos los actos que hubieran llevado a la muerte de la víctima de no ser atendida de un modo más o menos rápido. Aunque son pocas las sentencias sobre tentativa, se citan algunas en las que se calificó como tal:

«Herida en hemiabdomen derecho de 14 cms. de longitud que interesó tejidos superficiales y con otra, igualmente incisiva, en axila izquierda de 2 cms. de profundidad, afectando los tejidos superficiales..., que de haber penetrado más profundamente en tórax o abdomen hubieran podido ser mortales» (Sentencia 18-4-1988).

«De haber afectado a alguna de las arterias o venas citadas habría producido la muerte» (Sent. 20-9-1988).

### III. SE RECOGEN LOS ARGUMENTOS DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA DESESTIMAR LOS MOTIVOS DEL RECURSO

#### *Fundamentos de derecho*

Primero.—Los dos acusados, y condenados, por un delito de homicidio consumado, tres de homicidio frustrado y un delito más de tenencia ilícita de

armas, no niegan en realidad la ejecución de los actos integradores de aquellas infracciones aunque ciertamente discrepen de la calificación jurídica asumida por la Audiencia, adoptando en cuanto a la tenencia una postura más ambigua, también más confusa.

El primer motivo, al amparo del artículo 849.1 de la Ley procesal penal, por infracción de Ley, denuncia la indebida aplicación de los artículos 407, 3 y 51 del Código Penal, en tanto debió ser aplicado el 565 de igual norma penal. Quiere decirse que la defensa estima que óbito y las lesiones se produjeron por imprudencia de los acusados, que al disparar sus armas sólo pretendían que se detuviera el vehículo en el que las víctimas circulaban, con objeto de pedirles explicaciones del por qué habían estado antes en el domicilio de uno de los acusados buscando heroína (es significativo que se reconozca la autoría por conjunta participación en los disparos, obviamente a través de dos armas de fuego en condiciones aptas para su uso).

Segundo.—Una vez más se precisa analizar, en juicio de intenciones, el dolo de los recurrentes cuando dispararon sus armas:

1) Dice la Sentencia de 3 de mayo de 1993 que el dolo criminal implica el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y, a la vez, la voluntad para realizarlo. El dolo va enraizado en la psiquis de la persona por medio de dos circunstancias distintas: una el requisito intelectual o capacidad cognoscitiva, y otra el requisito volitivo, de la voluntad, como desencadenante de todos los deseos y tendencias que se esconden en lo más profundo del alma humana.

2) El dolo directo (Sentencia de 29 de enero de 1992) existe cuando, de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto que se asumen, en tanto que el denominado dolo eventual concurre si habiéndose representado el agente un resultado dañoso de posible y no necesaria originación, no directamente querido y deseado, se acepta ello no obstante sin renunciar a la ejecución de los actos pensados.

3) En cualquier caso ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales. El conocimiento del acto y sus consecuencias, así como la probabilidad del resultado dañoso, aunque directamente no se desee, comportan conforme a la más estricta legalidad la posibilidad de llegar a la imputación criminal.

4) Ese dolo, directo o indirecto, como querer (distinto del móvil como fin u objetivo perseguido), ha de inducirse lícita y racionalmente de cuantas circunstancias giren alrededor de la conducta enjuiciada, en cuyo análisis no puede faltar el amplio estudio de la personalidad del sujeto de que se trate, junto con todas aquellas (anteriores, coetáneas y posteriores) que estén en el hecho con-

creto acaecido, con apoyo siempre del razonamiento deductivo que impone el artículo 1.253 del Código Civil.

Tercero.—En el caso presente, una vez identificado el dolo, la cuestión estriba en si esa intención criminal buscaba la muerte aun a través del anterior dolo eventual, o si únicamente pretendía causar un daño físico menor, si bien se aduzca también la existencia de culpa generadora de homicidio o de lesiones.

La solución del dilema obliga ya, en función de práctica jurídica, al examen de la voluntad y del conocimiento con base en el relato fáctico de la sentencia recurrida, que ha de respetarse obligatoriamente si no se quiere incurrir en la causa de inadmisión del artículo 884.3 procedimental.

Según el hecho probado los acusados marchaban, por la autovía que se cita, en persecución de los que con anterioridad habíanse apoderado de cierta cantidad de sustancia, presumiblemente heroína, en el domicilio de uno de aquéllos. Tras sobrepasarlos por la referida vía, se detuvieron en el arcén, esperando la llegada del coche perseguido, de tal manera que cuando estuvo éste a su altura realizaron varios disparos con sus armas respectivas, uno de los cuales causó la muerte al que viajaba en el asiento delantero derecho. A continuación volvieron los acusados a reanudar la marcha en persecución nuevamente del otro vehículo, «disparando contra los ocupantes del mismo». Constan que fueron seis las descargas en total efectuadas, mas no se describen las lesiones que sufrieran los tres restantes ocupantes de aquél, sus características, zonas del cuerpo afectado y causa de las mismas, como tampoco desde dónde y cómo se hicieron los últimos disparos en la segunda fase de la acción reseñada.

Cuarto.—Con tales antecedentes deviene como inexcusable la desestimación del primer motivo porque el conocimiento, el consentimiento y la probabilidad que enmarcan en todo caso el dolo eventual eluden y excluyen la culpa imprudente que se quiere manifestar (diferencia a veces difícil de valorar), y es que la responsabilidad de los recurrentes excede de la mera culpa cuando conociendo las consecuencias de sus actos (conocimiento inferido de la manera y modo con que los primeros disparos se ejecutaron) consienten las mismas a pesar de dar como probable que los disparos con armas de fuego, contundentes, indiscriminadamente efectuados sobre el coche en el que se encuentran las personas a las que persiguen, pueden originar daños corporales irreparables (ver la Sentencia de 3 de abril de 1992)

De otra parte, el «animus necandi» va implícito, directa o indirectamente, en la conducta de los acusados, en las armas utilizadas, en la pertinaz persecución que llevan a cabo y en la manera de efectuar los disparos. El principio de culpabilidad supone profundizar, desde la voluntariedad, en lo más hondo de la libertad y del libre albedrío (Sentencias de 7 de marzo y 16 de septiembre de

1991). Esa profundización es la que lleva al juicio de valor asumido sobre las intenciones anímicas que desencadenaron todo el «iter criminis».

Por las mismas razones ha de ser desestimado el segundo motivo que, en análogo cauce procesal, denuncia la inaplicación indebida de los artículos 420 y 584 del Código, por cuanto, se dice, no puede calificarse la conducta de los acusados, en la segunda fase de su actuación criminal, como constitutivas de tres homicidios frustrados, sino de un delito y dos faltas de lesiones.

Y ha de desestimarse porque si hubo ánimo homicida en la primera acción, también ha de existir semejante intencionalidad cuando se llevan a cabo después los demás disparos, e idéntica motivación, en idéntico deseo causal, en idéntica proyección temporal y espacial aunque no se lograra el propósito que buscaban o aunque lamentablemente la Audiencia haya incurrido en una excesiva parquedad fáctica. El «animus necandi» excluye necesariamente el «animus laedendi» que se alega ahora.

Quinto.—El tercer motivo, con base una vez más en el artículo 849.1 procedimental, denuncia la aplicación indebida de los artículos 3 y 51 del Código en cuanto a los tres homicidios frustrados se refiere, porque estima el recurrente que en todo caso trataríase de delitos en grado de tentativa solamente.

El recurso no resiste un serio análisis, de ahí su manifiesta desestimación que debería haber venido de la mano de lo que en su día tuvo que ser la causa de inadmisión del artículo 885.1 procesal, por su absoluta falta de fundamento. Curiosamente no plantéase ahora la posible concurrencia de la culpa temeraria a la que en el primer motivo se aludió.

Si subjetivamente no hay distinción entre el delito consumado y las formas imperfectas porque en todos los casos se quiso infringir la norma por parte del sujeto activo, no acontece lo mismo desde la vertiente objetiva en tanto que en la frustración y en la tentativa falta siempre un elemento del tipo.

En la frustración acaban todos los actos de ejecución, tal aquí ocurre, se ejecutan todos los actos integradores de la infracción que, sin embargo, no se produce. Se intentó todo, pero no se consiguió casi nada. Es una especie de tentativa total, a tope, una tentativa acabada.

En la tentativa no se acaba ese todo (Sentencia de 27 de febrero de 1992), ya que es ciertamente una tentativa inacabada, es un querer que se proyecta como incompleto al no ejecutarse todos los actos que deberían originar el delito.

En este caso de ahora los acusados dispararon sus armas con intención de matar. Si el resultado no se produjo respecto de tres sujetos pasivos, ello fue por causas independientes de la voluntad de aquéllos; no hubo pues una parcial realización de los actos integradores del delito.