



Roj: **STS 1565/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1565**

Id Cendoj: **28079120012023100272**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/04/2023**

Nº de Recurso: **10569/2022**

Nº de Resolución: **268/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 268/2023

Fecha de sentencia: 19/04/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10569/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/04/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. **Leopoldo Puente Segura**

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10569/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. **Leopoldo Puente Segura**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 268/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. **Leopoldo Puente Segura**

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de abril de 2023.



Esta sala ha visto por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del condenado **DON Dionisio** contra la Sentencia núm. 189/2022, de 11 de julio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sala de lo Civil y Penal, en el rollo de apelación Tribunal del Jurado núm. 12/2022, en el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el más arriba mencionado contra la sentencia núm. 66/2022, de 14 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Granada, sección segunda, rollo de Jurado núm. 4/2021, por la que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio, concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa, y tenencia ilícita de armas. Los/a Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento el condenado, **DON Dionisio**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Mercedes de Felipe Jiménez Casquet y defendido por el Letrado don Pablo Luna Quesada y ejerciendo la acción pública el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Leopoldo Puente Segura**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Granada, incoó procedimiento de Jurado núm. 3/2020, por presunto delito de asesinato, seguido contra don Dionisio. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento a la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Granada que incoó procedimiento del Tribunal de Jurado núm. 4/2021 y con fecha 14 de febrero de 2022, dictó Sentencia núm. 66 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Conforme al veredicto del Jurado, son hechos probados y así expresamente se declara que el acusado D. Dionisio, de 65 años de edad, y D. Felicísimo, de 77, ambos jubilados, eran amigos desde hacía unos cinco años por su común interés por el campo y la cercanía de sus domicilios en la localidad de Jun (Granada). Felicísimo era propietario de un terreno en el paraje conocido como "DIRECCION000", término del municipio próximo de Alfacar (Granada), donde cultivaba habas, ajos y otras hortalizas, parcela a la que de forma irregular acudía el acusado con Felicísimo para hacer pequeñas faenas agrícolas en el cuidado y mantenimiento de las plantaciones.

El día 10 de marzo de 2020, el acusado y Felicísimo habían estado en la parcela de Felicísimo durante parte de la mañana, y aproximadamente sobre las 12 horas, decidieron abandonar la finca, dirigiéndose andando hacia el riachuelo llamado "Acequia de Fardes", camino que aprovechó el acusado para coger unos espárragos silvestres en un olivar colindante con la parcela de Felicísimo.

Cuando llegaron al río, apareció por la otra orilla D. Oscar, de 47 años de edad, dueño con otros familiares de una parcela vecina, quien ya había tenido algunas diferencias con Felicísimo por una toma de agua que éste hizo del río, así como algunos incidentes o trifulcas con cazadores, pastores u otras personas que se acercaban a lo que Oscar consideraba que eran sus terrenos.

Oscar, al ver allí a Felicísimo y al acusado, saltó el cauce del río hacia donde éstos estaban, portando en la mano un palo de madera de grandes dimensiones, así como un hacha y un machete dentro de su funda que llevaba sujetos al cinto, e inició una discusión con ellos por haber invadido sus tierras. En fracciones de segundo, Oscar se encaró con Felicísimo y le propinó un empujón que le hizo caer al suelo, donde quedó aturdido.

Ante esta situación, el acusado optó por huir del lugar, y cuando llevaba caminados unos 50 metros, se dio cuenta de que Oscar había dejado a Felicísimo y se le acercaba corriendo empuñando el palo de madera en actitud agresiva. A unos 100 metros del lugar junto al río donde había tenido lugar la agresión a Felicísimo, el acusado se detuvo en una explanada a pesar de que Oscar se le acercaba, en donde le alcanzó Oscar. En ese momento, Oscar tiró el palo, debió sacar en algún momento el hacha, y estando ambos frente a frente, Oscar trató de sacar el machete que llevaba enfundado al cinto, momento en que el acusado, temiendo por su vida o ser gravemente herido, impulsado por la necesidad de defenderse del inminente ataque, sacó una pistola que habitualmente llevaba consigo y con el propósito de causar la muerte a Oscar, efectuó un disparo contra él a una distancia de entre un metro a metro y medio, disparo que alcanzó a Oscar en la cabeza, en la zona temporal izquierda del cráneo, por donde penetró el proyectil en dirección ligeramente de arriba a abajo y ligeramente hacia atrás, destruyendo en su trayectoria el tejido óseo, la duramadre y la parénquima cerebral hasta quedar alojado en la zona posterior de la base del cráneo, causándole la muerte de forma instantánea.



El acusado era consciente de que al disparar a Oscar a la cabeza con un arma de fuego a la poca distancia a la que se encontraba de él, disminuían considerablemente las posibilidades de Oscar de defenderse para evitar ser herido o morir.

Tras realizar el disparo, el acusado abandonó apresuradamente el lugar llevándose consigo la pistola, que no ha sido localizada, pero de la que se conoce que tenía las características de una pistola semiautomática del calibre 9 mm corto, para cuya tenencia y uso es preceptivo poseer licencia de armas, que el acusado no tenía.

El cadáver de Oscar fue localizado tres días después del suceso, el 13 de marzo de 2020, tendido en el suelo en el mismo lugar donde fue abatido por el disparo, hallándose junto a él en el suelo el hacha y el palo, y el machete dentro de su funda al cinto.

Son hechos igualmente probados, no sometidos a la consideración del Jurado, que D. Oscar dejó a su muerte un hijo mayor de edad llamado Pedro Francisco, una compañera sentimental con quince años de relación con la que convivía llamada Almudena, su padre y su madre, D. Alexis y D^a. Tomasa, y siete hermanos llamados Victoria, Antonieta, Roberto, Rubén, María Rosario, Sergio y Silvio.

La familia hubo de desembolsar 4.756,90 euros por gastos funerarios y de entierro del cadáver".

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

"Que debo condenar y condeno al acusado Dionisio, como autor responsable de un delito de homicidio y de un delito de tenencia ilícita de armas ya definidos, concurriendo en el homicidio la eximente incompleta de legítima defensa, a la pena de ocho años y seis meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, *por el delito de homicidio*; y a la pena de dos años de prisión, con la misma accesoria legal, *por el delito de tenencia ilícita de armas*; al pago de las costas procesales incluidas las de la Acusación Particular, y al de las siguientes indemnizaciones:

Para el hijo del fallecido, D. Pedro Francisco, 63.000 (sesenta y tres mil) euros.

Para la compañera sentimental, Da Almudena, 63.000 (sesenta y tres mil) euros.

Para los padres, D. Alexis y D^a Tomasa, 42.000 (cuarenta y dos mil) euros a cada uno.

Y para cada uno de los siete hermanos, Da Tomasa, Da Antonieta, D. Roberto, D. Rubén, Da María Rosario, D. Sergio y D. Silvio, 17.000 euros.

Asimismo, abonará 3.300 (tres mil trescientos euros) a los familiares del finado que ejercen la acusación particular.

Estas cantidades devengarán el interés prevenido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta fecha hasta su completo pago.

Al condenado le será de abono para cumplimiento de las penas de prisión impuestas el tiempo que haya permanecido cautelarmente privado de libertad durante la tramitación de la causa.

Notifíquese esta sentencia a las partes, a las que se acompañará copia del veredicto del Jurado, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el término de diez días a contar desde la última notificación que se practique.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo"

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, la representación legal del condenado y de la acusación particular presentan sendos recursos de apelación con base en los motivos expuestos en sus respectivos escritos ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, formándose el rollo de apelación Ley del Jurado 12/2022. En fecha 11 de julio de 2022, el citado Tribunal dictó sentencia núm. 189, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE el recurso de Apelación formulado por la representación procesal de la acusación particular ejercida por don Alexis, doña Tomasa, don Roberto, doña Victoria, doña Antonieta, don Rubén, don Sergio y don Pedro Francisco, así como el interpuesto por la defensa del acusado don Dionisio, contra la sentencia dictada por la Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado de fecha 14 de Febrero de 2022, confirmamos ésta en todos sus términos, sin condena al pago de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Únase certificación de la sentencia al correspondiente Rollo de esta Sala.



Una vez firme, devuélvanse los autos originales al Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la sentencia recurrida, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

CUARTO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal del condenado anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formalizado por el condenado don Dionisio se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de Ley, al amparo de lo previsto en el art. 849. 1º de la LECrim., por inaplicación del art. 21. 4 (sic) del Código Penal, que contempla la eximente completa de legítima defensa.

Motivo segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim. Se queja de no haberse aplicado los arts. 66.6 y 68, ambos del Código penal en su interpretación doctrinal y jurisprudencial y, en relación con el art. 852 de LECrim., por vulneración del principio de proporcionalidad de la pena, en cuanto al derecho a la legalidad sancionadora, art. 25.1º, a la libertad personal, art. 17.1º, y la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, art. 9.1º, todos ellos de la Constitución española.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión y subsidiariamente su desestimación, en razón a las consideraciones expuestas en su informe de fecha 11 de noviembre de 2022.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 14 de noviembre siguiente se tiene por incorporado el anterior escrito y se da traslado a la parte recurrente conforme al art. 882.2º de la LECrim., quien presenta sus alegaciones reiterando lo ya manifestado en la formalización del recurso.

OCTAVO.- Por providencia de esta Sala de fecha 13 de febrero de 2023 se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 18 de abril de 2023. Celebrada la deliberación se acordó anticipar el fallo al Tribunal Provincial, lo que se llevó a cabo por medio de fax.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Se interpone recurso por la representación procesal del condenado, con carácter principal por considerar que habría existido una infracción de precepto penal sustantivo (artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), habida cuenta de que, al parecer de quien recurre, partiendo de los hechos que se declararon probados, debió ser apreciada de forma completa la causa de justificación prevista en el artículo 20.4 del Código Penal (no 21.4, como, por error, señala el recurrente), lo que determinaría, como es obvio, la absolución del acusado por el delito de homicidio que se le atribuye.

De manera subsidiaria, como segundo y último motivo de su impugnación, invocando de manera conjunta las previsiones contenidas en los artículos 849.1 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, censura quien aquí recurre que, en todo caso, la pena impuesta por el mencionado delito de homicidio (ocho años y seis meses de prisión), concurriendo la circunstancia eximente incompleta de legítima defensa que la sentencia recurrida aplica, resulta llanamente excesiva y carece de justificación bastante, vulnerando los criterios exigibles en materia de proporcionalidad de las penas.

Ninguna queja se contiene en el recurso por lo que respecta a la condena del acusado como autor de un delito de tenencia ilícita de armas.

PRIMERO.- 1.- Tanto en la sentencia que es ahora objeto de recurso como en la oposición al mismo que realiza el Ministerio Público, parece sugerirse la inconveniencia de abordar la primera y principal queja de las que sustentan la impugnación por el cauce previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Viene a observarse al respecto que el colegio de jurados ya determinó en su veredicto que el medio que el acusado empleó para su defensa resultaba desproporcionado en relación con la agresión ilegítima de la que fue víctima, siendo éste, en realidad, un aspecto indisociable del factum que se contiene en la sentencia que aquí se impugna y que, en consecuencia, no podría resultar atacado a medio del motivo de impugnación referido en el artículo 849.1, que exige, como tantas veces hemos destacado ya y expresa literalmente el propio precepto, la necesidad de ajustarse a dicho relato.



Así, el Tribunal Superior de Justicia observa en su sentencia: *"El jurado declaró no probadas las proposiciones alternativas que se le ofrecieron en relación a hechos relativos a posibles causas de exención de la responsabilidad, declarando no probados los hechos 23, 23B y 24. Por lo tanto consideraron no probados los hechos que podrían llevar a estimar la existencia de una exención completa de responsabilidad, optando por una más atenuada, en orden a la legítima defensa discutida en el recurso, ofreciendo una redacción alternativa a la proposición 23B en el siguiente sentido: "el acusado disparó contra Oscar, impulsado por la necesidad de defenderse del ataque del que estaba siendo objeto por parte de Oscar, no provocado por el acusado, ante la vivencia de esa persona armado con un palo, un hacha y un machete, sin dejar de perseguirle, por lo que el acusado al alcanzarle Oscar en la explanada y temiendo por su vida o ser gravemente herido decidió reaccionar de esa manera, aunque fue desproporcionado". Para señalar seguidamente: "Con base a todo ello motiva el jurado su inferencia conclusiva fáctica (que no jurídica) de que la actuación de Dionisio se produjo en su defensa, pero fue desproporcionada, como consignó expresamente el Jurado, "ya que existían diferentes alternativas de actuación". Aun cuando no las explicita concretamente en su veredicto, no se considera necesario, a la vista de las circunstancias que considera probadas, y resultarían lógicas al común de los mortales, como hubiera podido ser huir hasta colocarse fuera del alcance de Oscar o en caso de que no hubiera podido, sacar el arma sólo para amenazar, e incluso dirigir el disparo al aire para atemorizar a Oscar (el tiempo empleado para ello no implica por sí solo un exceso de riesgo) o en último extremo efectuar el disparo a zona no vital".*

En la misma línea de razonamiento, el Ministerio Público, al tiempo de oponerse al recurso de casación, argumenta que: *"El recurrente reconoce como evidente que el jurado consideró que la reacción del acusado fue desproporcionada. En realidad, lo que consideró el jurado y descartó rotundamente fue, más aún, la apreciación de la circunstancia de legítima defensa como eximente completa. Por consiguiente, existiendo una proposición del objeto del veredicto, la n.º 23, que servía de base a dicha eximente y que fue rechazada por el jurado, no cabe cerrar el caso absolviendo al encausado, como pretende el recurrente, mediante una sentencia en la que se aprecie, en contra de la voluntad del jurado y sin modificar el relato de hechos probados, que su actuación fue legítima".*

2.- No participa este Tribunal de ese punto de vista. De manera precisa y con sólida argumentación de apoyo, expresando las razones que les determinaron a tener por acreditados unos hechos y por no acreditados otros, el colegio de jurados establece la forma y contexto en el que se produjo la agresión ilegítima; e igualmente describe, con el preciso detalle, el modo en el que el aquí acusado, actuando tal y como se proclama en su propia defensa, reaccionó. Si dicha respuesta resultó ser o no proporcionada, en ningún caso, a nuestro juicio, puede ser reputado como un hecho, ni en los aspectos objetivos ni en los subjetivos que conforman la realidad fáctica del suceso, sino como el resultado de una valoración (normativa) que, naturalmente, depende o resulta de aquéllos. Por esa razón, y a nuestro juicio con acertado criterio, la Magistrada que presidió el Tribunal del Jurado excluye en el relato de los hechos que la sentencia considera probados cualquier consideración acerca de la proporcionalidad en la defensa ejercida por el acusado, reservando correctamente ese juicio para la fundamentación jurídica de aquélla. Tampoco el colegio de jurados, en la motivación de su veredicto ofrece, --no era necesario--, explicación alguna acerca de las razones por las cuales consideró, --quiso añadirlo así y le fue admitido--, que la respuesta defensiva del acusado no resultó proporcionada a la agresión. La Magistrada que presidía el Jurado, no obstante, sí explica cumplidamente en su sentencia, (a ella finalmente, determinados los hechos probados, competía la realización del correspondiente juicio normativo), las razones que la animaron a respaldar la existencia de dicha falta de proporcionalidad, razones que enriquece, a su vez, el Tribunal Superior de Justicia.

Por eso, cuando la defensa se alza contra la resolución impugnada por el canal que habilita el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, actúa correctamente, en la medida en que no cuestiona hecho probado alguno (al contrario, sus quejas los toman como única referencia fáctica posible). Y ello no solo debido a que ninguna alusión se efectúa en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada a dicha ausencia de proporcionalidad o exceso intensivo (aspecto formal de la cuestión), sino también a que, en tanto consiste en la realización de un juicio normativo ponderando la relación entre dos hechos probados (la agresión y la defensa), el análisis de la proporcionalidad de ésta en relación a aquélla debía, efectivamente, reservarse, como así se hizo, para la fundamentación jurídica de la sentencia (aspecto material de la cuestión).

En estos términos, ninguna particularidad sustancial aporta aquí que el enjuiciamiento de los hechos se realizara por un Tribunal de Jurado. Del mismo modo, si la sentencia recaída en la primera instancia hubiera resuelto un juicio desarrollado ante un Tribunal compuesto exclusivamente por magistrados profesionales, este mismo relato de hechos probados habría permitido, como también lo hace aquí, tomando aquél como ineludible referencia, impugnar lo resuelto por el cauce previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si se tratara de cuestionar, --como aquí se trata--, el juicio valorativo que determinó la aplicación de la causa de justificación cuestionada como incompleta, ante la proclamada falta de necesidad racional del medio empleado para la defensa.



Deberemos así profundizar en las quejas del acusado que se articulan, como motivo principal de su recurso, de un modo inobjetable a la luz de las previsiones contenidas en el, tan citado, artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- 1.- Estamos llamados, por lo tanto, a determinar si, a partir de los hechos que la resolución impugnada considera probados, la actuación defensiva del acusado colma (como el recurrente quiere) las exigencias previstas en el artículo 20.4 del Código Penal (legítima defensa), en cuyo caso debería dictarse una sentencia absolutoria; o si, supuesta la agresión ilegítima previa y la falta de provocación suficiente por parte del defensor que la sentencia impugnada deja sentadas, la conducta de este último resultó desproporcionada, no necesaria en concreto, incurrió en exceso intensivo, razones por las que, tanto la sentencia recaída en la primera instancia como en la segunda, consideraron lo procedente apreciar como incompleta la causa de justificación que la defensa invocaba.

2.- Resulta para ese fin imprescindible recordar, siquiera sucintamente, los hechos que en la resolución impugnada se consideran probados. Empieza por describirse que el acusado, de sesenta y cinco años de edad a la fecha de los hechos, se encontraba el pasado día 10 de marzo de 2020, en compañía de su amigo, Felicísimo, que contaba entonces 77 años, ambos ya jubilados. Se hallaban en una finca propiedad de Felicísimo que el acusado frecuentaba en ciertas ocasiones. Habiendo permanecido en ella durante aquella mañana, aproximadamente a las 12 horas resolvieron encaminarse juntos a un riachuelo próximo al lugar. Cuando llegaron al mismo: *"apareció por la otra orilla D. Oscar, de 47 años de edad, dueño con otros familiares de una parcela vecina, quien ya había tenido algunas diferencias con Felicísimo por una toma de agua que éste hizo del río, así como algunos incidentes o trifulcas con cazadores, pastores u otras personas que se acercaban a lo que Oscar consideraba que eran sus terrenos"*.

Como quiera que a Oscar le desagradó la presencia del acusado y de Felicísimo en el lugar, atravesó el cauce del riachuelo, dirigiéndose a la orilla en la que aquellos estaban. Llevaba Oscar consigo en la mano un palo de madera de grandes dimensiones. Y llevaba también un hacha y un machete, dentro de su funda, al cinto ambos instrumentos. Iniciada la discusión entre los tres, recriminándoles Oscar que habían *"invadido sus tierras"* (extremo ese, la invasión del terreno de Oscar que, en cuanto tal, no se considera explícitamente probado), *"[e]n fracciones de segundo, Oscar se encaró con Felicísimo y le propinó un empujón que le hizo caer al suelo, donde quedó aturcido"*.

Ya en ese momento el acusado portaba consigo un arma corta de fuego, para cuya posesión carecía de la oportuna licencia. No obstante, resolvió no hacer uso de ella, ni exhibirla siquiera, tomando la decisión, sin auxiliar en ese momento a su amigo, de marcharse rápidamente del lugar (*"el acusado optó por huir"*, proclama el relato de hechos probados de la sentencia impugnada). Sin embargo, Oscar le persiguió, de lo que el acusado se dio cuenta cuando llevaba ya caminados unos cincuenta metros, observando que *"se le acercaba corriendo, empuñando el palo de madera en actitud agresiva"*. A unos cien metros del lugar en el que se había producido el primer encuentro *"el acusado se detuvo en una explanada"*, alcanzándole Oscar. *"En ese momento, Oscar tiró el palo, debió sacar en algún momento el hacha, y estando ambos frente a frente; Oscar trató de sacar el machete que llevaba enfundado al cinto, momento en que el acusado, temiendo por su vida o ser gravemente herido, impulsado por la necesidad de defenderse del inminente ataque, sacó una pistola que habitualmente llevaba consigo y con el propósito de causar la muerte a Oscar, efectuó un disparo contra él a una distancia de entre un metro a metro y medio, disparo que alcanzó a Oscar en la cabeza"*, produciéndole fatalmente la muerte.

3.- La sentencia dictada en primera instancia, después de dar cuenta, en su fundamento jurídico segundo, de las razones y elementos de prueba que tuvo el colegio de Jurados para considerar que, *"encontrándose los dos cara a cara y aproximadamente a un metro, Oscar arrojó el palo e intentó sacar de su funda el cuchillo de monte que llevaba al cinto, ante lo cual el acusado sacó la pistola que llevaba en el bolsillo y disparó contra Oscar"*, y después de observar, ya en el fundamento jurídico tercero, que quien resultó finalmente víctima de los hechos persiguió al acusado armado: *"con un palo de madera maciza (cuyas generosas dimensiones y dureza pudo comprobar el Tribunal, Magistrada-Presidente incluida, al examinarlo durante el juicio), un hacha de tamaño más que regular (también comprobado en juicio) y un machete al cinto, en una actitud no precisamente amistosa sino claramente violenta que culminó cuando le dio alcance tirando el palo, sacando el hacha y haciendo amago en fin de desenfundar el cuchillo de monte"*; explica, por lo que ahora en particular importa, que el colegio de jurados consideró desproporcionada esa reacción defensiva ya que, a su entender, existían *"diferentes alternativas de actuación"*.

Seguidamente, la Magistrada que presidió el Tribunal de Jurado, tras describir, ilustrando con citas jurisprudenciales, los elementos que conforman la circunstancia eximente de legítima defensa, admite, obviamente, que el colegio de Jurados no da explicación alguna, en la motivación de su veredicto, acerca de cuáles pudieran ser aquellas *"diferentes alternativas"*. Sin embargo, considera que las mismas resultan *"perfectamente imaginables para cualquiera"*. Y, a continuación, las concreta: *"[A]unque la posibilidad de huir de*



nuevo era racionalmente descartable y humanamente inexigible al acusado puesto que ya lo había intentado en vano sin haber podido evitar que el otro le diera alcance tras la carrera, y aunque el único medio que poseía el acusado para defenderse de la inminente agresión con el machete era el arma de fuego que llevaba consigo, pudo hacer uso de la pistola de otras varias maneras menos dañosas que tirar a matar: desde sacar el arma para exhibirla en tono de advertencia, pasando por hacer algún disparo intimidatorio al aire hasta abrir fuego contra otras partes del cuerpo de la víctima menos vitales que la cabeza, como tirarle a los pies o las piernas, un brazo, un hombro..., pues la corta distancia a la que se encontraban permitía afinar la puntería al acusado que, no olvidemos, había sido poseedor de armas de fuego largas y una corta con licencia hasta que la perdió unos años atrás".

4.- El Tribunal Superior de Justicia, por su parte, respalda estas consideraciones, rechazando las protestas de la defensa del acusado, en ese momento apelante. La sentencia que es ahora objeto de recurso explica, después de admitir también que el colegio de jurados no detalla, en la explicación de su veredicto, cuáles fueron las otras alternativas de las que el acusado habría dispuesto, que ello no resultaba necesario. Y esto porque "a la vista de las circunstancias que considera probadas, resultarían lógicas al común de los mortales, como hubiera podido ser huir hasta colocarse fuera del alcance de Oscar o en caso de que no hubiera podido, sacar el arma sólo para amenazar, e incluso dirigir el disparo al aire para atemorizar a Oscar (el tiempo empleado para ello no implica por sí solo un exceso de riesgo) o en último extremo efectuar el disparo a zona no vital". Para seguidamente observar: "No se trata, como sostiene la defensa, de que el acusado tuviera que soportar el riesgo, sino que, ante este, su actuación y los medios empleados fueron clara y objetivamente desproporcionados, así como la forma de usar el arma de fuego (pistola) que previamente portaba, efectuando un disparo contra Oscar a una distancia de entre 1 metro, y metro y medio, dirigido a la cabeza, a la zona temporal izquierda del cráneo, por donde penetra el proyectil endirección ligeramente de arriba abajo y hacia atrás, causando la muerte de forma instantánea. Remata el Tribunal Superior sus razonamientos sobre este aspecto de la cuestión, empleando un lenguaje acaso excesivamente taxativo: "Cualquier consideración acerca de una posible proporcionalidad entre la actuación declarada probada por el jurado de la víctima y la del acusado, en la forma expuesta, cae fuera de toda lógica, ya no jurídica, sino de actuación reactiva humana, entrando en el discurso puramente subjetivo y lógicamente defensivo que no procede acoger en este caso".

TERCERO.- 1.- Entre las circunstancias eximentes contempladas en el catálogo que ofrece el artículo 20 del Código Penal, se contiene, en su número 4, la legítima defensa (propia o de tercero). De forma tan mayoritaria que podría hoy considerarse pacífica, la doctrina viene observando que nos encontramos ante una causa de justificación. Valdría decir, acaso con una cierta simplificación, que el Derecho autoriza a quien es víctima (en el caso de la legítima defensa propia) de una agresión ilegítima, que compromete, –lesiona o pone en peligro–, a su persona o bienes, a reaccionar protagonizando una conducta típica (pero no antijurídica), siempre y cuando, esto sí, pueda identificarse la "necesidad racional del medio empleado" para impedir o repeler la agresión; y siempre que ésta, la agresión ilegítima, no fuera el resultado de una provocación suficiente por parte del defensor. Concurriendo dichos elementos la conducta de quien así actúa resultaría autorizada por el Derecho (legítima) al punto que, frente a ella, no cabría el empleo, a su vez, de la defensa legítima y de que, por justificada, tampoco daría lugar a indemnización alguna en favor del finalmente perjudicado (artículo 118.1 del Código Penal).

El fundamento de la justificación se halla, con más o menos matices, en la idea de que, correspondiendo al Estado el legítimo monopolio del uso de la fuerza, cuando el mismo no se encuentra en disposición de proteger a una persona, objeto de agresión ilegítima que pone en riesgo cierto su vida, integridad, bienes o derechos, recupera éste la legítima facultad de protegerse a sí mismo (o a tercero), siempre, esto sí, que no hubiera provocado la agresión y que lo haga sin innecesarios excesos.

La apreciación de esta circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, ya fuera en su modalidad completa o incompleta, como tantas veces hemos recordado, demanda siempre el concurso de una agresión ilegítima previa, que justifique la necesidad de impedir la o repelerla (necesidad abstracta de defensa). Sin embargo, resulta posible la aplicación de la eximente incompleta cuando, acreditada la agresión ilegítima y la necesidad de defensa (abstracta), la conducta del defensor sobrepase unos límites razonables (falta de necesidad en concreto). En tales casos, (exceso intensivo), el ordenamiento jurídico no puede ya considerar justificada la conducta del defensor, en cuanto al mismo le resulta exigible para ello acomodar su defensa, en términos de proporcionalidad, al ataque padecido, de tal modo que, protegiendo su vida o derechos de forma eficaz, no cause más daños que los racionalmente necesarios, en el caso concreto, para la procura de aquel fin legítimo.

2.- Con respecto a la necesidad racional del medio empleado, que constituye aquí el nudo gordiano de la cuestión sometida a enjuiciamiento, explicaba, por ejemplo, nuestra sentencia 959/2021, de 10 de diciembre, haciéndose eco de lo aseverado también en la número 593/2009, de 29 de mayo: <<[L]a racionalidad o



proporcionalidad del medio defensivo empleado; lo cual como señala la Sentencia de 29 de mayo de 2009 exige para su debida valoración establecer la relación entre la entidad del ataque y de la defensa y determinar si ésta sobrepasó o no la intensidad y grado necesario para neutralizar aquél. Esta operación valorativa ha de atender, no a la hipótesis defensiva imaginaria más proporcionada a la gravedad de la concreta agresión sufrida, sino a la más adecuada dentro de lo que en el caso fuera posible, considerando la actuación concreta de la víctima y la efectiva disponibilidad de los medios defensivos que estuviera en condiciones de usar. Por eso esta sala ha dicho que ha de utilizarse aquél de los medios de que disponga que, siendo eficaz para repeler o impedir la agresión, sea el menos dañoso para el agresor (Sentencia 5 de junio de 2002), y que hay que tener en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque (Sentencia 12 de mayo de 2005)>>.

Importa tener en cuenta, sin embargo, que a los efectos de ponderar la necesidad racional del medio empleado, la valoración debe partir del legítimo derecho a la defensa propia o de terceros, ante la existencia de una ilegítima agresión, así como de que aquella no debe realizarse desde una perspectiva *ex post*, que tome en cuenta exclusivamente el daño efectivamente producido y el completo abanico de posibilidades defensivas concebibles desde la frialdad y serenidad de ánimo del que ningún riesgo afronta; debiendo atenderse, al contrario, a una perspectiva *ex ante*, ponderando las concretas circunstancias de la agresión, --entre ellas, muy destacadamente, la entidad del bien jurídico amenazado-- , y de la respuesta defensiva, en términos de posibilidad y eficacia, en el momento en que ambas se produjeron.

3.- El recurso debe ser estimado. Se comprenderá fácilmente que, supuesta la existencia de una agresión ilegítima que pone en riesgo ciertos bienes jurídicos, de titularidad propia o ajena, no puede ignorarse, a la hora de ponderar la racional necesidad del medio defensivo empleado, cual fuera la naturaleza de esos bienes jurídicos amenazados. Así, por ejemplo, un ataque dirigido contra el patrimonio, hipotéticamente incluso focalizado contra uno o varios bienes de pequeño valor, exigirá al defensor una cuidadosa selección de los medios empleados para protegerlos, en la medida en que la lesión o puesta en peligro de la vida o, de forma grave, de la integridad física del asaltante, solo muy excepcionalmente pudiera considerarse como un medio racionalmente necesario para la defensa de aquellos bienes. La notoria falta de proporción que en tales casos se produciría, impedirá, desde luego, considerar la eximente completa de legítima defensa, y aun seguramente reduciría, en mucho, la capacidad atenuatoria de su modalidad incompleta; incluso aun cuando ello supusiera la renuncia a toda defensa de dichos bienes, ante la imposibilidad (no disponibilidad) de otros medios aptos al alcance para defenderlos en el caso concreto. Otra cosa muy distinta sucede cuando el bien jurídico que se defiende resulta ser, precisamente, la propia vida (o la integridad física en un sentido fuerte). Es evidente, en tales casos, que el ordenamiento jurídico no puede imponer a quien se ve ilegítimamente agredido en esos términos, renunciar a la eficaz defensa, aunque ésta, a su vez, comprometa seriamente iguales bienes jurídicos titularidad del atacante.

Se ha repetido en innumerables ocasiones, tanto en el ámbito jurisprudencial como en el doctrinal, que la valoración relativa a la racionalidad del medio empleado para la defensa no puede consistir en una simple comparación entre la potencial lesividad del medio empleado en el ataque y el que el defensor utiliza para impedirlo o repelerlo. Y ello aunque solo fuera debido a que, por lo común, no dispondrá quien es ilegítimamente agredido de una panoplia de herramientas a su alcance entre las que escoger la más parecida a aquella de la que el agresor se vale; ni, también por lo común, del tiempo necesario para ponderar las cualidades de unas y otras hasta decantarse por la finalmente elegida.

Lo cierto es que, en el caso, la persona desgraciadamente fallecida persiguió al aquí acusado, durante aproximadamente cien metros, portando un palo o estaca de madera de grandes dimensiones *"así como un hacha y un machete dentro de su funda que llevaba sujetos al cinto"*. El relato de hechos probados de la sentencia impugnada afirma también que cuando el acusado se percató de que estaba siendo perseguido, aproximadamente a unos cincuenta metros del lugar en que comenzó la discusión, Oscar corría tras él *"empuñando el palo de madera en actitud agresiva"*. Y aún añade el factum que: *" Oscar debió sacar en algún momento el hacha"*, lo que, habría tenido lugar, --según parece razonable entender a partir del relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada--, cuando ya se encontraba a menos de cincuenta metros del acusado y, en cualquier caso, cuando llegó a su altura *"tiró el palo, (debió sacar en algún momento el hacha), y estando ambos frente a frente, Oscar trató de sacar el machete que llevaba enfundado al cinto"*.

No cabe duda de que en términos meramente descriptivos y en una primera aproximación, un arma corta de fuego, como la que utilizó finalmente el acusado, presenta una mayor capacidad lesiva que un arma blanca, ya fuera el hacha, --que la Presidenta del Tribunal del Jurado describió, teniéndola a su vista, como de tamaño *"más que regular"*-- o el machete que, según se consideró probado, Oscar trataba de sacar (de hecho, en la diligencia de levantamiento del cadáver y en la de inspección ocular que la complementa, tal y como destacan en su motivación los miembros del jurado, se observaba que junto al cuerpo del finado se encontraron, a sus



pies, el palo y el hacha; y en el cinturón un cuchillo, dentro de su funda con cierre de presilla, abierto, según se corresponde con las imágenes del informe fotográfico incorporado al informe de inspección ocular).

En cualquier caso, ni siquiera esa mera comparación entre las distintas armas en concurso resulta tan simple como pudiera parecer a primera vista. Es muy cierto, desde luego, que un impacto de bala, con carácter general (aunque no indefectiblemente), puede resultar más lesivo que una cuchillada, ambos golpes recibidos en el mismo lugar del cuerpo. Y, sin duda alguna, el alcance ofensivo del arma de fuego es mayor. Sin embargo, no es preciso imbuirse en manuales relativos a las técnicas de combate o en los que se cuidan de abordar las intervenciones policiales, para comprender que un arma punzante, a corta distancia de la víctima (incluso aún cuando ésta disponga de un arma de fuego, ya cargada y lista para disparar), comporta una situación de riesgo grave para la vida si quien la porta está decidido a emplearla en el ataque. De hecho, la recomendación que encontraremos en ambas clases de estudios, lejos de aconsejar encarar al agresor con el arma de fuego, pasa por tratar de imponer entre el agresor y el atacado una distancia de seguridad suficiente. Se maneja en este contexto la llamada regla de Tueller (en recuerdo del sargento norteamericano que la enunció) o de los 21 pies (6.4 metros). Esta era la establecida como distancia mínima para tener posibilidades defensivas eficaces con un arma de fuego, enfundada y lista para hacer un disparo, frente a un ataque con arma blanca.

4.- De todas formas, y aun prescindiendo de estas consideraciones orientativas, y que han querido centrar la cuestión que nos ocupa aquí, lo cierto es que el acusado, de 65 años de edad, a la fecha de producirse los hechos, acompañaba en un paseo por el campo a un amigo, también jubilado, que tenía 77 años. Apareció entonces, en la otra ribera de un riachuelo, el tristemente fallecido Oscar, bastante más joven que ambos (47 años), y cruzando el mismo, portando un palo de madera y las armas dichas al cinto, inició una discusión con ellos. En *"fracciones de segundo"*, según asevera el relato de hechos probados, se encaró con Felicísimo y le propinó un empujón que le hizo caer al suelo. El acusado entonces, pese a estar provisto como después se evidenció de un arma de fuego, lejos de exhibir la misma, para no incrementar seguramente la peligrosidad de la situación, resolvió alejarse del lugar (*"optó por huir"*, proclama el relato de hechos probados), sin ofrecer siquiera protección o asistencia su compañero. No fue suficiente. Cuando se encontraba ya a una distancia de aproximadamente cincuenta metros del lugar donde la discusión se produjo, el acusado reparó en que Oscar se le acercaba *"empuñando el palo de madera en actitud agresiva"*. Continuó, sin embargo, el acusado tratando de alejarse de su atacante, pero, tras recorrer otros cincuenta metros, se detuvo en una explanada, comprendiendo seguramente que Oscar no desistía de su propósito y que iba a alcanzarle. *"En ese momento, Oscar tiró el palo, y debió sacar en algún momento el hacha"* y estando ya los dos *"frente a frente, Oscar trató de sacar el machete que llevaba enfundado al cinto, momento en que el acusado, temiendo por su vida o ser gravemente herido, impulsado por la necesidad de defenderse del inminente ataque, sacó una pistola que habitualmente llevaba consigo y con el propósito de causar la muerte a Oscar, efectuó un disparo contra él a una distancia de entre un metro a metro y medio, disparo que alcanzó a Oscar en la cabeza"*.

5.- Esta fue la opción defensiva escogida por quien, indudablemente, resultó objeto de una agresión ilegítima, no provocada por él, que ponía en cierto y objetivo peligro su vida o integridad física (en un sentido fuerte: posibles lesiones graves o muy graves). Había sido primeramente increpado; se agredió después hasta arrojarlo al suelo a su compañero (de 77 años de edad); el acusado resolvió alejarse del lugar. Sin embargo, fue perseguido, blandiendo el agresor un palo de madera de considerables dimensiones y *"en actitud agresiva"*, sin que exista la menor constancia de que pudiera el acusado esperar en ese contexto ninguna clase de protección inmediata o apoyo. En algún momento, Oscar pudo haber esgrimido contra él un hacha; y, en todo caso, cuando los dos se encontraban frente a frente, tiró el palo y trató de sacar el machete que llevaba enfundado en el cinto.

Es obvio que la situación en la que el acusado se halló tiene objetiva aptitud para nublar el entendimiento de quien se ve sometido a ella, de quien así atacado observa que su vida está en serio e inmediato peligro. Nuevamente en el ámbito de las técnicas policiales y militares, resulta de uso corriente el manejo del concepto *"estrés del combate"*, que viene a describir la presencia de un conjunto de síntomas fisiológicos (entre ellos, no solo, el conocido como *"efecto túnel"*), que limitan y entorpecen las posibilidades defensivas, síntomas frente a los que tratan de adiestrarse quienes profundizan en dichas técnicas. En todo caso, el acusado, que portaba consigo un arma de fuego que hasta ese momento no había exhibido, optó, ante lo apremiante de la situación y para proteger su vida, por hacer uso de la misma y disparó contra Oscar, cuando éste se hallaba a una distancia de un metro o metro y medio y trataba de desenfundar el machete.

6.- El colegio de jurados estimó que la defensa no fue del todo proporcionada, aunque no explicó de qué otras alternativas, eficaces para proteger su vida, habría dispuesto y desechado Dionisio, --no tenía, ya se ha dicho, por qué hacerlo--. Sí se encontraban en la necesidad de explicarlo, primero la Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado y después, resolviendo el recurso de apelación, el Tribunal Superior de Justicia. Debían explicar cuáles eran esas otras alternativas, que impiden, en el caso, el juego completo de la causa de justificación. Y lo hicieron, aunque con razonamientos que este Tribunal no puede compartir.



Así, la sentencia recaída en la primera instancia, después de dejar sentado inobjetablemente que: *"Esta operación valorativa exige atender no a la hipótesis defensiva imaginaria que hubiera sido más proporcionada a la gravedad de la concreta agresión sufrida, sino a la más adecuada dentro de lo que fuera posible en el caso, lo cual obliga a considerar la actuación concreta de la víctima y la efectiva disponibilidad de los medios defensivos que el defensor estuviera en condiciones de usar"*, observa al respecto: *"[E]xistían diferentes alternativas de actuación", que aunque no las especifican en la motivación del veredicto, son perfectamente imaginables para cualquiera: aunque la posibilidad de huir de nuevo era racionalmente descartable y humanamente inexigible al acusado puesto que ya lo había intentado en vano sin haber podido evitar que el otro le diera alcance tras la carrera, y aunque el único medio que poseía el acusado para defenderse de la inminente agresión con el machete era el arma de fuego que llevaba consigo, pudo hacer uso de la pistola de otras varias maneras menos dañosas que tirar a matar: desde sacar el arma para exhibirla en tono de advertencia, pasando por hacer algún disparo intimidatorio al aire hasta abrir fuego contra otras partes del cuerpo de la víctima menos vitales que la cabeza, como tirarle a los pies o las piernas, un brazo, un hombro...., pues la corta distancia a la que se encontraban permitía afinar la puntería al acusado que, no olvidemos, había sido poseedor de armas de fuego largas y una corta con licencia hasta que la perdió unos años atrás"*.

A su vez, el Tribunal Superior de Justicia, en la sentencia que es ahora objeto de impugnación, señala, por lo que aquí importa: *"Con base a todo ello motiva el jurado su inferencia conclusiva fáctica (que no jurídica) de que la actuación de Dionisio se produjo en su defensa, pero fue desproporcionada, como consignó expresamente el Jurado, "ya que existían diferentes alternativas de actuación". Aun cuando no las explicita concretamente en su veredicto, no se considera necesario, a la vista de las circunstancias que considera probadas, y resultarían lógicas al común de los mortales, como hubiera podido ser huir hasta colocarse fuera del alcance de Oscar o en caso de que no hubiera podido, sacar el arma sólo para amenazar, e incluso dirigir el disparo al aire para atemorizar a Oscar (el tiempo empleado para ello no implica por sí solo un exceso de riesgo) o en último extremo efectuar el disparo a zona no vital"*.

7.- Ambas resoluciones estiman, así las cosas, que aunque el acusado fue víctima de una agresión ilegítima, -- que, en los términos descritos en el relato de hechos probados, ponía en riesgo cierto su propia vida--, y aunque dicha agresión no fuera provocada por él, no resulta posible (precedente) apreciar en su conducta la causa de justificación invocada por la defensa, en su modalidad completa, en la medida en que dispuso, en el caso y en las concretas circunstancias que han sido también descritas, de otras alternativas que, igualmente, hubieran resultado hábiles para proteger su vida, pero enteramente proporcionadas al ataque del que era víctima. Por eso, dichas resoluciones entienden que el acusado excedió la autorización que el ordenamiento jurídico le dispensaba para defender legítimamente su vida, en la medida en que lo hizo acudiendo a medios defensivos innecesarios por llanamente excesivos o desproporcionados, desechando otros, también a su alcance, menos lesivos para la persona del agresor.

Y trata de explicarse después cuáles eran, en concreto, esos otros medios alternativos también eficaces y bastantes para la defensa. La sentencia de primera instancia rechaza como alternativa emprender un nuevo intento de huida, que juzga *"racionalmente descartable y humanamente inexigible"*, a la vista del resultado fallido de su inicial propósito. La dictada por el Tribunal Superior, en cambio, parece contemplarla, aunque tampoco desdeña que el acusado no estuviera en condiciones de escapar con éxito del ataque, (*"en caso de que no hubiera podido..."*). Ciertamente, Dionisio, al observar la agresión de la que fue víctima su compañero, sin prestarle asistencia y pese a estar, ya en ese momento, en posesión de un arma corta de fuego, juzgó más prudente intentar la huida para protegerse a sí mismo. Sin embargo, cuando se hallaba aproximadamente a cincuenta metros del lugar en el que aquella primera agresión se produjo, reparó en que Oscar *"había dejado a Felicísimo y se le acercaba corriendo, portando en la mano el palo de madera de grandes dimensiones en actitud agresiva"*.

Prescindiendo ahora de que la huida no es comportamiento exigible a quien resulta ilegítimamente agredido, conforme a una doctrina jurisprudencial que hunde en el tiempo sus raíces, lo cierto es que fue ésa la decisión primera que Dionisio concibió y llevó a término para protegerse de la agresión. Sin embargo, tras volver la cabeza, pudo observar que Oscar se encontraba persiguiéndole, a una distancia ignorada pero menor a los cincuenta metros, (Dionisio se hallaba a esa distancia del lugar en el que se produjo el primer encuentro y Oscar ya había iniciado la persecución) portando un instrumento contundente y en actitud agresiva. Comoquiera que Oscar era aproximadamente veinte años más joven que Dionisio y que ambos se encontraban en mitad del campo, tal vez comprendió el acusado que cualquiera persistencia en la huida estaba destinada al fracaso; o, quizás, desistió de seguir huyendo por otras razones y, cuando se hallaba a unos cien metros del punto de partida, resolvió detenerse para encarar a su agresor. Es obvio que un nuevo y desesperado intento de apartarse de Oscar, hubiera supuesto, ya a una corta distancia y en buena lógica, -- accesible *"al común de los mortales"*, por emplear la terminología de la sentencia impugnada--, que le perdiera de vista, no pudiendo comprobar, más que de forma intermitente y confusa, la distancia que en cada momento



les separara. Creemos, por eso, que, como se observaba ya en la sentencia dictada en primera instancia, la posibilidad de huir de nuevo era racionalmente descartable y humanamente inexigible al acusado.

Quedan por analizar otras alternativas, apuntadas también en la sentencia que ahora se impugna. Para proceder a su valoración, deberemos partir de un extremo incontestable, en tanto así se tiene por probado en la sentencia impugnada como resultado de los análisis forenses a los que hubo lugar: el disparo se produjo cuando ambos, Dionisio y Oscar, se encontraban "frente a frente" y a una distancia de entre un metro y un metro y medio. Explica la resolución impugnada, que de no haber sido posible un segundo intento de huida, pudiera haber bastado para la defensa "sacar el arma solo para amenazar". Parece claro, sin embargo, que si el disparo se produjo cuando Dionisio y Oscar se encontraban ya, frente a frente y a la distancia dicha, habrá de convenirse en que aquél, que no portaba antes el arma en la mano, hubo de haberla mostrado con anterioridad al disparo, cuando todavía Oscar se encontraba del perseguido (que se hallaba parado) a más distancia. Sin embargo, eso no le detuvo. Al contrario, continuó aproximándose a Dionisio mientras trataba de "sacar el machete que llevaba enfundado al cinto". Y pudo, se explica en la sentencia impugnada, "dirigir el disparo al aire para atemorizar a Oscar (el tiempo empleado para ello no explica por sí solo un exceso de riesgo)". Hemos de entender, evidentemente, que no se refiere el Tribunal Superior a que, en lugar de disparar cuando lo hizo, debería el acusado, en ese momento, cuando ya su perseguidor se encontraba a metro y medio de distancia como máximo, haber disparado al aire. Lo que, parece, se quiere expresar por el Tribunal Superior es que, tal vez, hubiera resultado finalmente preferible, que el acusado, en algún momento anterior, hubiera tomado el arma en su mano y disparado al aire, para advertir con ello a su perseguidor del riesgo que corría. Sin embargo, hay una pregunta que no puede ser esquivada: ¿en qué momento anterior?, ¿cuándo Oscar, armado ya con un palo en la mano, un hacha y un machete en el cinturón les increpaba desde el otro lado del riachuelo?; ¿Cuándo lo cruzó y se dirigió hacia Felicísimo?; ¿Cuándo empujó enérgicamente a Felicísimo y lo hizo caer al suelo? ¿Cuándo Dionisio reparó en que Oscar le seguía, a menos de cincuenta metros, y ya estaba próximo a alcanzarle? ¿Después de eso?

Es posible, desde luego, que si en cualquiera de estos momentos anteriores al suceso, Dionisio hubiera exhibido el arma de fuego que portaba y hubiera realizado con ella, incluso, un disparo al aire, el desenlace final del suceso hubiera sido más favorable y la muerte de Oscar podría no haberse producido. Tal vez no. Acaso, Dionisio ignorase si el propio Oscar disponía de algún arma de fuego (junto a las otras, visibles, que sí portaba) y, por esa razón, prefiriese no elevar la intensidad del ataque que pudiera proceder de éste, decidiendo no exhibir su propia arma. O, tal vez, simplemente pensó que, tratándose inicialmente de un "incidente menor", al retirarse él del lugar, Oscar desistiría de su ataque; o aun, cuando reparó en que le seguía, pudiera pensar que, tal vez, trataba solo de amedrentarle. En todos los casos, nos enfrentamos a hipótesis que se desenvuelven en el ámbito de lo puramente especulativo. Lo cierto es que Dionisio resolvió no hacer uso del arma de fuego que portaba hasta tener la certeza de que el ataque de Oscar era ya irremisible (le había alcanzado, se le aproximaba armado y "en actitud agresiva" y se encontraba ya a una distancia de Dionisio que, sería y definitivamente, comprometía su vida). Pese a mostrar el arma de fuego que portaba, —lo que necesariamente hubo de suceder antes del disparo—, ello no detuvo a Oscar que, al contrario, siguió avanzando hacia Dionisio, después de tirar el palo y mientras trataba de desenfundar, con finalidad ya inequívoca, el machete que portaba al cinto. Cuando Oscar se hallaba a no más de metro y medio de Dionisio, éste disparó su arma.

Finalmente, se reprocha también al acusado que no disparase a una zona distinta, potencialmente menos lesiva, del cuerpo del agresor, a "zona no vital" (la sentencia de primera instancia concreta que pudo haberle tirado a los pies o las piernas, a un brazo, a un hombro). Ciertamente, y en un primer análisis, podría respaldarse la idea de que, a la vista de que la distancia entre ambos era muy poca, no resultaría difícil acertar con el disparo en una zona distinta de la cabeza, máxime cuando, como explica la sentencia dictada en primera instancia, Dionisio había sido poseedor de armas de fuego largas y una corta con licencia hasta que la perdió unos años atrás, de lo que, colige, tendría cierta habilidad para el disparo. Sin embargo, esta primera aproximación solo resultaría sólida, a nuestro juicio, para el caso de que concurrieran dos circunstancias adicionales, aquí ausentes. En primer lugar, resultaría preciso que el tirador se encontrara en una situación de estabilidad o control emocional, de equilibrio, ajeno e incompatible con la presión que, —no hace falta insistir en ello, por su obviedad—, provoca la posibilidad, cierta e inminente, de perder la propia vida. Ya nos hemos referido a los síntomas que, conformando el conocido como síndrome de "estrés del combate", se generan ordinariamente en quienes se hallan en aquella situación extrema, incluso cuando se trata de profesionales (miembros de las fuerzas armadas o de las de seguridad del Estado) que han de encararlas con relativa frecuencia. Aquí, tras haber sido víctima de unos primeros improperios, después de haber contemplado cómo Oscar agredía a su compañero, de haber tratado, sin éxito, de escapar de su perseguidor armado, y cuando ya lo tenía frente a sí, tratando de desenfundar un machete y a no más de metro y medio de distancia, no puede resultar exigible al defensor seleccionar exitosamente, con la reflexión y maestría deseable, la zona del cuerpo a la que proyectaba el disparo. Pero es que, además, dicha selección, para que pudiéramos refrendar el razonamiento que se



contiene en la resolución impugnada, sería relativamente sencilla, si el disparo se proyectara sobre una diana o sobre un objetivo estático. Evidentemente, no era el caso. Oscar se desplazaba hacia el acusado, con el aparente pero inequívoco propósito de agredirle con un machete que, en ese momento, llevaba en el cinturón y trataba de desenfundar. Fácilmente se comprenderá que, en ese contexto, su trayectoria no sería regular y es más que razonable considerar, por ejemplo, que se agachara parcialmente cuando trataba de desenfundar el machete. Por eso, subraya, con razón, quien aquí recurre la importancia de que el proyectil, conforme también se describe en el relato de hechos probados, entrara en la cabeza de Oscar, describiendo una trayectoria "*ligeramente de arriba abajo*".

Tampoco es necesario entretenerse en consideraciones relativas a que si el acusado hubiese dirigido con éxito el disparo a una zona distinta del cuerpo de su agresor, como la sentencia impugnada reclama, o bien le hubiera provocado igualmente una muerte inmediata (lo que no puede ser descartado), o, muy probablemente, el disparo no habría conseguido detener el ataque (habida cuenta de la, ya extrema, proximidad que existía entre ambos).

Recapitulando: el acusado, siempre conforme proclama el relato de hechos probados de la sentencia impugnada, fue objeto de una agresión que, para cualquier observador imparcial y contemplado el suceso ex ante, ponía en riesgo cierto su vida; agresión ilegítima que de ningún modo había provocado. Ante ello, trató primeramente de huir. Pero fue perseguido y alcanzado, en circunstancias en las que no podía esperar ninguna clase de asistencia procedente, no ya del Estado, sino tampoco de cualquier tercero. Lejos de hacer un uso precipitado del arma de fuego que llevaba consigo, exhibiéndola o disparando con ella al aire (lo que acaso hubiera podido disuadir a su agresor o, tal vez, no), resolvió confiar en que el ataque finalmente no se concretaría en términos especialmente graves (resultaba posible que Oscar solo tratara de amedrentarle, de increparle o de golpearle incluso sirviéndose solo de sus manos). Pero lo cierto es que Oscar, en actitud agresiva, se le acercaba progresivamente y cuando se encontraba ya próximo a él, arrojó el palo de madera que portaba, en algún momento pudo exhibir un hacha y, probadamente, trataba de desenfundar un machete que portaba al cinto. Cuando ambos se encontraban ya muy próximos, el acusado se resolvió a tomar el arma de fuego que llevaba consigo, lo que seguramente observó Oscar, sin que desistiera por ello del ataque. Y, cuando ambos no se hallaban a más de metro y medio de distancia, el acusado disparó, causando, por desgracia, la muerte de Oscar. A nuestro juicio, concurren en la conducta de Dionisio todos los elementos que conforman la causa de justificación prevista en el número 4 del artículo 20 del Código Penal. Debió ser absuelto.

Para terminar, importa dejar sentado que en el trance de proceder a la valoración de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, no nos hallamos en el terreno de las reglas que presiden una disputa "*en buena lid*" o una competición olímpica, imponiendo al defensor renunciar o ver compensada cualquier ventaja competitiva de la que pudiera disponer (mayor corpulencia o destreza, armamento más eficiente, mejor posición) hasta procurar con su agresor una inobjetable paridad en las posibilidades de éxito. Lo que importa determinar aquí es si quien, agredido de manera ilegítima y sin haber provocado dicha agresión, emplea para defenderse, de entre los medios concretamente a su alcance, alguno que pueda reputarse racionalmente necesario para proteger el bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Naturalmente, cuando el medio defensivo escogido resulte, en atención al desproporcionado bien jurídico que lesiona o a la gratuita intensidad de la defensa, llanamente excesivo para aquella finalidad defensiva, la conducta del acusado resultará antijurídica, en la medida en que trasciende la autorización normativa, y también culpable, por cuanto le resulta exigible un comportamiento distinto, aunque su responsabilidad se atenúe en atención al origen del ataque (agresión ilegítima previa). Sin embargo, ello no significa que el defensor esté obligado a sacrificar las posibilidades de éxito de su defensa, a incrementar el riesgo que pende sobre sí como consecuencia de la agresión ilegítima, renunciando al empleo de los medios racionalmente eficaces de los que disponga para ello, en aras de una suerte de "*equilibrio de la contienda*", que no resulta en absoluto exigible. En el extremo, el acusado podría, incluso, haber prescindido de exhibir el arma de fuego que portaba (no ya de dispararla), intentando defender su vida con las manos vacías y tratando de desarmar así a su agresor, casi veinte años más joven, con el propósito, loable, de causar con su defensa el menor daño posible. Pero dicha conducta no le resulta normativamente exigible. Como tampoco puede serle exigida la selección del momento, exacto y preciso, siempre hipotético, más idóneo para exhibir el arma o la previa realización de un disparo al aire (¿a qué distancia del agresor? ¿en qué momento?); o una singular maestría (puntería) en el manejo del arma, entre otras, por las razones ya explicadas.

En definitiva, la necesidad racional del medio empleado no pasa por valorar la existencia de posibles alternativas que, reduciendo las posibilidades de defensa (incrementando así el riesgo del defensor) pudieran haber causado menos daño al agresor, cuando el finalmente provocado (en este caso la muerte) es el mismo que se trataba de evitar (riesgo serio e inminente para la propia vida); sino por considerar si, en el caso concreto, dispuso el agredido de otras posibilidades, igualmente efectivas para la defensa, pero menos lesivas para el agresor y al razonable alcance de quien se defiende.



El recurso se estima.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, corresponde declarar de oficio las costas de este recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Dionisio contra la sentencia número 189/2022, de 11 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, por la que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto por aquél, contra la dictada por la Audiencia Provincial de Granada, procedimiento de jurado, número 66/2022, de 14 de febrero, que se casa y anula.

2.- Se declaran de oficio las costas devengadas como consecuencia de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia Provincial de los que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10569/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. **Leopoldo Puente Segura**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. **Leopoldo Puente Segura**

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de abril de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del condenado DON Dionisio contra la Sentencia núm. 189/2022, de 11 de julio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sala de lo Civil y Penal, en el rollo de apelación Tribunal del Jurado núm. 12/2022, en el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el más arriba mencionado contra la sentencia núm. 66/2022, de 14 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Granada, sección segunda, rollo de Jurado núm. 4/2021, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Leopoldo Puente Segura**.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



ÚNICO.- De conformidad con los fundamentos jurídicos de nuestra sentencia de casación, procede absolver al acusado Dionisio del delito de homicidio que se le imputa, al concurrir en su conducta la circunstancia eximente completa de legítima defensa, prevista en el artículo 20.4 del Código Penal; y en consecuencia, se dejan también sin efecto los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 118 del mismo texto legal.

Habiendo permanecido el acusado en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 15 de marzo de 2020, tiempo que excede de la pena que se le impuso por el delito de tenencia ilícita de armas, cuya condena se mantiene, corresponde ordenar su inmediata puesta en libertad, quedando sin efecto también cualesquiera otras medidas cautelares que hubieran podido ser establecidas.

Se declaran de oficio la mitad de las costas causadas en la primera instancia y se impone la mitad restante al condenado, con inclusión de las causadas, en esa proporción, a la acusación particular.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Absolver al acusado D. Dionisio del delito de homicidio que se le imputaba en este procedimiento, al apreciarse en su conducta la circunstancia eximente completa de legítima defensa, y se dejan sin efecto los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil.

2.- Se mantienen el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia recurrida, en particular la condena del acusado como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, con imposición al acusado de la mitad de las costas causadas en la primera instancia, incluyendo, en esa proporción, las devengadas a instancia de la acusación particular, declarándose de oficio la mitad restante.

3.- Ordenar la inmediata puesta en libertad, si no estuviera privado de ella por otra causa, de Dionisio, dejándose sin efecto cuantas otras medidas cautelares se hubieran acordado contra él en este procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia Provincial de la que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.