

En la Villa de Madrid, a diez de julio de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley y precepto constitucional, interpuestos por el procesado Ricardo representado por la Procuradora D^a Ana Leal Labrador y por la acusación particular Lorenzo representado por el Procurador D. José Granda Alonso, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, con fecha 16 de diciembre de 2011, en causa seguida por delitos de tentativa de homicidio y tenencia ilícita de armas. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jaén, instruyó Sumario núm. 1/2011, contra Ricardo, por delitos de tentativa de homicidio y tenencia ilícita de armas, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Jaén, que con fecha 16 de diciembre de 2011, en el rollo núm.3/2011, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

“El procesado Ricardo, nacido el 8 de mayo de 1961, con DNI número ...-M, sin antecedentes penales, y en prisión provisional por esta causa desde fecha 16 de febrero de 2010, el día 14 de febrero de 2010 se encontraba desde hora no determinada pero en todo caso comprendida entre las 13,30 horas y las 14,30 horas en el bar de la gasolinera Galp situada en el término municipal de La Guardia en compañía de Mariano habiendo consumido el procesado durante el tiempo de estancia en el bar 4 ó 5 cerveza y sin que tal ingesta le afectase ni le disminuyese su capacidad intelectual ni volitiva.

A las 17 horas, aproximadamente, entró en el citado bar Lorenzo procediendo a pedir a la camarera una consumición, y como existiera una enemistad entre éste y el procesado por hechos anteriores (que vienen derivados de unos daños que el acusado entiende que la víctima le había causado en su finca), y en estas circunstancias el procesado y la víctima se miraron con animadversión, como retándose y entonces el procesado se dirigió hacia Lorenzo con frases del siguiente tenor:

“aquí has entrado vivo pero sales muerto, con las patas tiesas”, y como Lorenzo advirtiese que el procesado iba a sacarse algo de entre sus ropas, aunque no vio claramente lo que era, por estar tapado por la persona que acompañaba al procesado, Lorenzo cogió una banqueta del establecimiento, levantándola, sacando el procesado a continuación de una funda que llevaba en la cintura, una pistola que originariamente era detonadora del calibre 8mm, pero que se encontraba transformada en un arma de fuego apta para disparar munición cargada con proyectil único del calibre 6'35 por 15 mm, con la que le efectuó a Lorenzo un primer disparo que impactó en su brazo, abalanzándose Lorenzo, protegiéndose con el taburete que sostenía con las manos, contra el procesado para defenderse e intentar arrebatarse la pistola, cayendo ambos al suelo, donde el procesado, con ánimo de ocasionarle la muerte a Lorenzo, siguió disparando hasta en cuatro ocasiones contra el cuerpo de Lorenzo mientras este forcejeaba con el procesado para quitarle el arma.

El procesado una vez de pie y cuando Lorenzo se encontraba herido y tirado en el suelo a consecuencia de las lesiones sufridas por el arma de fuego, y persistiendo en su propósito de acabar con su vida, le descerrajó otro disparo.

El procesado, que había sufrido heridas en la cara, en la región frontal, en región dorso costal derecha, en brazo derecho y en el ojo a consecuencia del forcejeo mantenido con Lorenzo al intentar éste arrebatarse la pistola para que no siguiera disparándole, una vez cometido lo anteriormente narrado salió al exterior del bar donde se dirigió a su vehículo Suzuki matrícula GU-...-D que se encontraba estacionado y en el que guardaba una carabina del calibre 22 marca Savage con cargador con munición de 5 cartuchos, estando en posesión para este arma de licencia a nombre del procesado y guía de pertenencia expedida a nombre de la Sociedad Deportiva de Caza San Sebastián, la cogió y le preguntó a los que se encontraban fuera que “donde estaba el otro” desistiendo seguidamente de su búsqueda y dejando la carabina en el vehículo.

Lorenzo a consecuencia de los disparos recibidos sufrió 5 heridas por arma de fuego de proyectil único consistentes en: orificio de entrada por arma de fuego en región costal derecha, orificio de entrada por arma de fuego en región anterior del tórax, región subxifoidea, orificio de entrada y salida por arma de fuego en miembro superior izquierdo, orificio de entrada por arma de fuego en región paraescapular izquierda y orificio de entrada por arma de fuego en tercio anterior medio del brazo derecho (5 orificios). Los impactos de bala recibidos le produjeron a la víctima shock, derrame policárpico, taponamiento cardíaco,

hematoma intrapericardico así como fístula arteriovenosa siendo susceptibles las heridas sufridas de haberle provocado la muerte por afectar a órganos vitales, y no habiéndose producido ésta por la rápida asistencia sanitaria prestada.

Las lesiones anteriormente referidas curaron, tras tratamiento quirúrgico consistente en cirugía torácica y cirugía vascular mediante la colocación de stent, control de constantes, control y cuantificación de drenajes, suero terapia y tratamiento farmacológico, a los 162 días, 12 de los cuales precisó hospitalización y 150 de incapacidad habiéndole quedado como secuelas: cicatriz quirúrgica en hemotórax derecho de 21 cm, 2 cicatrices irregulares de 3 cm en hemotórax derecho, una cicatriz de 7 cm en flexura de codo izquierdo, 2 cicatrices de 1 cm en omoplato derecho y otra en brazo derecho, una cicatriz de un cm en hemotórax derecho otorgándole el Médico Forense 10 puntos como secuela, proyectil en antebrazo izquierdo (1 punto), proyectil hemotórax derecho (1 punto), stent en brazo izquierdo (1 punto), pinzamiento seno costofrénico y sensaciones parestéticas en hemotórax derecho (3 puntos). Los daños ocasionados en las ropas que vestía ascienden a 69 euros.- Ricardo, con D.N.I. núm. ...-M, nació el 8 de mayo de 1961 y carece de antecedentes penales.”

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

“Fallamos.- Que debemos condenar y condenamos al procesado Ricardo, como autor penalmente responsable de un delito de un delito de Homicidio en grado de tentativa, y de un delito de tenencia ilícita de armas, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas a las siguientes penas:

Por el delito de homicidio en grado de tentativa la pena de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el derecho de tenencia y porte de armas durante el tiempo de la condena, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56.2 y 3 del Código Penal. De conformidad con el artículo 57 en relación con el artículo 48 del Código Penal procede imponerle al procesado la prohibición de acercarse a Lorenzo a una distancia no inferior a 300 metros, tanto a su domicilio, lugar de trabajo o lugar en el que pudiera encontrarse, así como prohibición de comunicación por cualquier medio o procedimiento durante el tiempo de 10 años.

Por el delito de tenencia ilícita de armas, la pena de un año y seis meses de prisión, al no concurrir circunstancia modificativa de la responsabilidad, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.6º del Código Penal. Accesorias legales de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el derecho de tenencia y porte de armas por el tiempo de la condena (artículo 56.2 y 3 del Código Penal). Costas, incluidas las de la Acusación Particular, y a que indemnice al perjudicado Lorenzo en la cantidad de 69 euros por los daños ocasionados en la ropa que vestía, en la cantidad de 9.720 por los días de incapacidad para curar de sus lesiones y en la cantidad de 12.470,87 euros por las secuelas, cantidades que podrán ser incrementadas en la forma establecida en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Comiso de la pistola transformada para disparar cartuchos cargados con proyectil único del calibre 6,35 mm x 15 mm a la que, de conformidad con el artículo 127, habrá de dársele el destino legal, siendo este su destrucción.

Procédase a la retirada de la carabina marca Savage número ...8 calibre 22 y a su depósito en la Intervención de Armas de la Guardia Civil.

Para el cumplimiento de la condena impuesta le será de abono el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

Aprobamos, por sus mismos fundamentos el auto de solvencia del acusado, dictado por el Instructor en la pieza de responsabilidad civil.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por el condenado y por la acusación particular, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos

Recurso de Lorenzo

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por aplicación indebida de los arts. 138, 139, 16 y 62, 563 y 564 del CP.

Recurso de Ricardo

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim por inaplicación del art. 21.1 en relación el art. 20.4 del CP.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 5 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Lorenzo

PRIMERO.- 1.- En el primero de los motivos, como vulneración de precepto legal, el acusador particular interesa que se case la sentencia de instancia por no haber estimado que concurría la agravante de alevosía. Estima el recurrente que los hechos debieron ser calificados como delito intentado de asesinato del artículo 139 del Código Penal.

Para justificar tal calificación el recurrente acota el episodio fáctico al momento concreto en que el acusado realiza el último de los disparos en cuya ocasión la víctima se encontraba totalmente indefensa. Siquiera “a mayor abundamiento” insista en la concurrencia de la agravante desde el ataque inicial, sobre la base de que su ataque fue posterior al iniciado por el acusado.

2.- La sentencia de instancia rechazó la estimación de la alevosía por considerar que a sendas agresiones de procesado y víctima precedieron unas expresiones amenazantes del acusado y la utilización de un taburete por la víctima con el que se dispuso a acometer al acusado. De ello deriva que la

víctima fue avisada de la eventualidad del ataque, que no resultó sorpresivo. En referencia al último disparo que invoca en el recurso el acusador para fundar en el mismo la agravación, la Sala de instancia hace una poco comprensible alusión a que tal disparo debe calificarse de “agotamiento” del delito y no de alevosa.

3.- Ciertamente el discurso del recurso parece limitar la justificación de la pretensión en el hecho del último disparo. Y en él hemos de centrarnos.

No obstante nada impide que advirtamos que, pese a la concisa justificación de la sentencia de instancia, la misma se estima correcta al excluir en el inicial episodio la concurrencia de la alevosía. Tal agravante, aplicable a los delitos contra las personas (elemento normativo) se caracteriza por la utilización de medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar la agresión mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, por la víctima (elemento objetivo) y que el autor del delito no solamente pretenda facilitar la ejecución, sino también conjurar el riesgo para sí proveniente de la defensa que pretende neutralizar (elemento subjetivo).

Aquel objetivo, procurado por el autor, puede determinar diversas estrategias o modalidades comisivas alevosas:

- a) la alevosía proditoria o “a traición” que ocurre en los supuestos de asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera;
- b) la inesperada por súbita o inopinada, conocida como sorpresiva; y
- c) la alevosía por desvalimiento de la víctima, situada en el desamparo y que, por ello, carece de capacidad de articular defensa alguna.

Una constante doctrina jurisprudencial ha excluido la estimación de la agravante cuando a los actos de ejecución del delito contra las personas precede una situación tal que elimina la posibilidad de traición o sorpresa y en la que la víctima goza de posibilidades de defensa. Así en los supuestos en los que existe previamente una riña en la que autor y víctima asumen las eventuales agresiones del otro, y éstas se presentan como una previsible evolución en la escalada de la gravedad de los ataques mutuos previos. Salvo los casos de mutaciones sustanciales en esa escalada en cuanto a la entidad

de las reacciones desproporcionadas por imprevisibles o a la desvinculación entre la situación de riña y una ulterior agresión.

Desde esta perspectiva la exclusión de la agravante de alevosía inicial, en el presente caso, podría resultar discutible. La sentencia de instancia excluye la alevosía por la existencia de esa situación de riña previa y porque la disposición de la pistola no anuló el enzarzamiento entre ambos, hasta el punto de que medió forcejeo dirigido a privar del arma al acusado. Y ello no obstante la entidad y escasa previsibilidad del medio utilizado por el acusado. Pero, al centrarse el recurso en el hecho del último disparo por estimar que se efectuó sobre la víctima en situación de indefensión (alevosía de desvalimiento sobrevenida) el recurso no puede ser estimado.

En efecto, la doctrina jurisprudencial ha venido admitiendo de manera reiterada que la alevosía puede agravar estos delitos contra las personas aún cuando la estrategia del acusado no se manifieste inicialmente en alguna de las modalidades antes citadas si, posteriormente al inicio de la ejecución del delito, se procede por el autor en alguna de las citadas modalidades de agravante. Pero en tales casos la alevosía sobrevenida exige, para ser apreciada, una ruptura o solución de continuidad entre la situación inicial y la posterior en que aquélla concurre.

Así lo hemos dicho en la Sentencia 243/2004 de 24 de febrero: tal alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada.

Siquiera recordáramos en la núm. 244/2008 de 16 de mayo, que para ello se requiere que la víctima no se encuentre suficientemente prevenida frente a tan grave ataque.

También recuerda la Sentencia TS núm. 474/2011 que la modalidad de alevosía sobrevenida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo

alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada. Siquiera en esa ocasión se aprecia ya la alevosía genérica.

Por otra parte en la Sentencia 1311/2010 de 8 de julio, dijimos que: También cabe añadir las situaciones conocidas como de alevosía sobrevenida cuando al comienzo de la acción no se halla presente esa cualificación, pero en una segunda secuencia, restablecida la situación de confianza, el autor reanuda el ataque, en este caso de improviso e inopinadamente o bien aprovechando una situación de indefensión en que se ha colocado la víctima con posterioridad (SSTS 243/2004, 1369/2005 y 790/2008).

Aplicando dichos criterios al presente caso, se constata que tras una primera agresión sin carácter alevoso, ésta se interrumpe momentáneamente y se inicia otra precedida por una inmovilización completa de la víctima para a continuación atacarla con un cinturón y un cuchillo así como a darle patadas, asegurando así el resultado de su ilícito proceder sin riesgo alguno que pudiese proceder de aquélla, que se hallaba absolutamente incapacitada para reaccionar o defenderse, concurriendo pues la ausencia de unidad de acción o, dicho de otro modo, una secuencia fáctica discontinua al reanudarse la agresión aprovechándose en el segundo momento de la indefensión de la perjudicada que permite afirmar que hubo alevosía sobrevenida.

En la Sentencia núm. 122/2010 de 25 de febrero también se dijo: La situación relativa al finado Miguel, tampoco es equiparable a la alevosía sobrevenida, en la que iniciándose la agresión como homicida, cesa ésta y después se renueva en tales condiciones o circunstancias, que perfectamente puede ser calificada de alevosa, ya que en nuestro caso, sin solución de continuidad y sin dar respiro a los agredidos, se suceden unos actos tras otros, en una calle amplia o explanada, que permitió al sujeto activo maniobrar una y otra vez con el vehículo hasta atropellar a las víctimas.

Finalmente, por su mayor similitud al caso ahora jugado cabe recordar la sentencia del Pleno jurisdiccional de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo núm. 653/2010 de 7 de julio, en la que el acusado y tras coger un cuchillo y con ánimo de acabar con la vida de Emilio le asesta súbitamente, de manera absolutamente repentina e imprevista y sin posibilidad de defensa, una cuchillada en el pecho. Como consecuencia de esta primera herida, Emilio

retrocede varios pasos, y, en estado de indefensión, Alejandro le propina una puñalada en la parte izquierda del tórax. Ante tal premisa fáctica se desechó la agravante porque: Se admite la existencia de la discusión previa e incluso de las amenazas y los insultos, sin manifestarse el transcurso de un lapso de tiempo relevante que permitiese aceptar la alevosía sobrevenida.

SEGUNDO.- El segundo de los motivos pretende que se declare que la sentencia de instancia ha vulnerado, por no aplicarlo, el artículo 564.2.3ª del Código Penal.

Justifica el recurso en la afirmación de que el arma utilizada por el acusado merece la consideración de “arma modificada”.

Basta con reiterar, como dijo la sentencia e informa en su impugnación el Ministerio Fiscal, que la agravación solicitada es de aplicación exclusivamente a los supuestos de aplicación del artículo 564.1 en los que las armas utilizadas han de ser “reglamentadas”.

En el caso juzgado el arma cuya posesión se atribuye al acusado como título de condena es prohibida Por ello el tipo penal aplicable es el del artículo 563 que no prevé el subtipo agravado que postula el recurrente.

Recurso de Ricardo

TERCERO.- 1.- El único motivo se canaliza como infracción de ley penal, conforme a la autorización del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La tesis del recurrente afirma que en su comportamiento concurrían los presupuestos de la exención de responsabilidad penal, siquiera incompleta, por actuar en legítima defensa.

Intenta fundar tal alegato desde la declaración, que la sentencia hace, de los hechos que resultaron probados. Entresaca a tal efecto expresiones de aquella en las que se proclama que la víctima “cogió una banqueta, levantándola, sacando el procesado a continuación, de una funda que llevaba en la cintura, una pistola”.

Desde esa premisa, que sitúa los hechos en el contexto de previa enemistad entre acusado y víctima y de la entrada de ésta en el bar en el que sabía que se encontraba aquél, estima que lo relevante es la secuencia temporal afirmada en la sentencia. Conforme a la misma, según dice el recurrente, fue la víctima la que, sin que tuviera “motivos para pensar que el acusado portara un arma de fuego” y “antes” de que éste la sacara, después de lo que el propio recurrente denomina “riña mutuamente provocada y aceptada por víctima y procesado (ambos)” -sic- inició la primera agresión con la banqueta.

2.- Como hemos afirmado en la Sentencia de este Tribunal núm. 363/2004 de 17 de marzo, no es posible apreciar la existencia de una agresión ilegítima en supuestos de riña mutuamente aceptada “porque en ese escenario de pelea recíprocamente consentida, los contendientes se sitúan al margen de la protección penal al ser actores provocadores cada uno de ellos del enfrentamiento, de suerte que cuando el resultado lesivo se produce como efecto de una pelea originada por un reto lanzado o aceptado que da lugar a las vías de hecho, no cabe apelar a la legítima defensa, plena o semiplena, ya que -como se dice- la base de la misma es la existencia de una agresión ilegítima, y ésta no es posible de admitir con tal carácter en una riña voluntariamente aceptada” (STS núm. 149/2003 de 4 febrero). En sentido similar, la STS 64/2005, de 26 de enero, según se recoge en la Sentencia núm. 1180/2009 de 18 de noviembre.

En cuanto a la reducida pretensión de que, al menos, la alegada defensa tenga relevancia como eximente incompleta hemos de reiterar la doctrina que ya expusimos en nuestra Sentencia núm. 427/2010 de 26 de abril.

Reiterábamos allí los tres requisitos de la exención constituidos por: a) la agresión ilegítima, que debe ser actual o inminente y en todo caso previa respecto del acto cometido por el acusado; b) la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esa agresión, que implica, subjetivamente, que quien actúa lo hace precisamente con el designio de defensa y, objetivamente, la funcionalidad del acto a esa finalidad, examinada desde las circunstancias del caso, entre las que se atenderá al medio utilizado; lo que también implica que no pueda recurrirse a otro medio no lesivo, siendo de señalar que la fuga no es exigible (STS. 1766/88 de 9.12); y c) la falta de provocación suficiente por parte del propio defensor (doctrina fijada, entre otras en la Sentencia de este Tribunal núm. 1180/2009 de 18 de noviembre

recordando las núm. 527/2007 de 5 de junio y la núm. 1131/2006 de 20 de noviembre.

Y, a continuación advertimos que:

“De esos requisitos algunos tiene tal trascendencia que su ausencia obsta la consideración incluso de la exención incompleta, según reiterada Jurisprudencia, por ejemplo la Sentencia de este Tribunal núm. 1515/2004 de 23 de diciembre, el único que puede justificar la eximente incompleta, es el de la necesidad racional del medio empleado en la defensa, pero tanto la falta de provocación como la agresión ilegítima no admiten grados ya que de ellos solamente cabe predicar que concurren o no concurren. Y puede decirse que equivale a su concurrencia la hipótesis de la denominada “legítima defensa putativa” que supone la creencia fundada por parte de quien se defiende de ser víctima de una agresión que, en realidad, ni se ha producido ni es inminente, al menos con la gravedad que, equivocadamente, se le atribuye

Así cuando la finalidad de defensa está ausente, subjetivamente, y se debe hablar de un mero pretexto de defensa, u objetivamente, por no existir la necesidad de defenderse (SSTS núm. 98/2009 de 10 de febrero núm. 972/1993, 26 de abril, núm. 74/2001, 22 de enero y núm. 794/2003, 3 de junio).

Y también que: Es cierto que hemos admitido la concurrencia del requisito de la agresión ilegítima en tal caso de alteración cualitativa de la situación de enfrentamiento, como cuando hacen “acto de presencia ataques descomedidos o armas peligrosas, con las que no se contaba” (STS. 1253/2005).

Pero, como dijimos en nuestra Sentencia núm. 363/2004 de 17 de marzo, “no es posible apreciar la existencia de una agresión ilegítima en supuestos de riña mutuamente aceptada “porque en ese escenario de pelea recíprocamente consentida, los contendientes se sitúan al margen de la protección penal al ser actores provocadores cada uno de ellos del enfrentamiento, de suerte que cuando el resultado lesivo se produce como efecto de una pelea originada por un reto lanzado o aceptado que da lugar a las vías de hecho, no cabe apelar a la legítima defensa, plena o semiplena, ya que -como se dice- la base de la misma es la existencia de una agresión ilegítima, y ésta no es posible de

admitir con tal carácter en una riña voluntariamente aceptada” (STS núm. 149/2003, de 4 febrero)”. En sentido similar, la núm. 64/2005 de 26 de enero.

También en la Sentencia de este Tribunal núm. 351/2009 de 27 de marzo, se excluye el presupuesto legitimador de la agresión ilegítima, en otro caso de disputa de doble secuencia.

Y en la Sentencia núm. 932/2007 de 21 de noviembre, recordábamos, una vez más, que la ausencia de ese presupuesto excluye también la exención incompleta. Se razona que tal deficiencia supone también la ausencia del segundo de los requisitos ya que los que se agreden mutuamente no actúan con finalidad defensiva que se sustituye por un predominante y compartido propósito agresivo de cada cual hacia su antagonista.

Y por ello también hemos destacado que en tales supuestos es irrelevante la prioridad en la agresión (SSTS de 31 de octubre de 1988, y 14 de septiembre de 1991).

Si a la aceptación por el propio recurrente de que precedió a su utilización de la pistola y al comportamiento del acusado una riña que ambos aceptaron, unimos que la sentencia declara que, en el curso de aquella primera discusión y riña, el procesado profirió frases del tenor de la que transcribe consistente en decir el acusado a la víctima “aquí has entrado vivo pero sales muerto, con las patas tiesas”, es claro que ni cabe hablar de agresión ilegítima ni excluir que por parte del procesado se llevó a cabo una evidente provocación del comportamiento que reprocha a su víctima. Por lo que, reiterando la intrascendencia de la prioridad en el ataque en tales circunstancias, es claro que no concurren méritos para la estimación de la exención incompleta que se postula en el recurso que desestimamos.

CUARTO.- De conformidad con el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por Ricardo y por Lorenzo, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, con fecha 16 de diciembre de 2011, en causa seguida por delitos de tentativa de homicidio y tenencia ilícita de armas. Con expresa imposición de las costas causadas en sus recursos de casación.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Cándido Conde-Pumpido Tourón.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Luciano Varela Castro.- Diego Ramos Gancedo.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.