



Roj: SAP M 7099/2012
Id Cendoj: 28079370052012100051
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 63/2008
Nº de Resolución: 36/2012
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: JESUS ANGEL GUIJARRO LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

ROLLO P.O. nº 63/08

Sumario nº 8/07

Procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 DE FUENLABRADA

S E N T E N C I A Nº 36/12

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN QUINTA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. ARTURO BELTRÁN NÚÑEZ

Magistrados:

D. JESÚS ÁNGEL GUIJARRO LÓPEZ

Dª PILAR GONZALEZ RIVERO

En Madrid, a doce de abril de dos mil doce.

Vista en juicio oral y público ante la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial la Causa Rollo nº 63/08, procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de Fuenlabrada, seguida, por supuesto delito de Asesinato, contra **Jacinto** , con D.N.I. nº NUM000 , nacido en Madrid el día NUM001 /1979, hijo de JUAN y de JUANA con domicilio en la PLAZA000 nº NUM002 NUM003 NUM004 de Fuenlabrada (Madrid), sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, en la que han sido partes el Ministerio Fiscal, las Acusaciones Particulares en nombre de Jose Augusto y de Antonio y Ernesto representados por el Procurador D. JUAN DE LA OSSA MONTES y por los Letrados D. JOSE ALBERTO BARCO GARCIA y D. JAVIER SOLIS GUDEN respectivamente, y la ABOGACIA DEL ESTADO como responsable civil subsidiario, representada por el Letrado Dª CONSUELO CARRERO GONZÁLEZ. Y dicho acusado representado por el Procurador D. JOSE RAMON REGO RODRIGUEZ, y defendido por el Letrado D. JOSE LEON SOLIS.

Es ponente el ILMO. SR. MAGISTRADO D. JESÚS ÁNGEL GUIJARRO LÓPEZ.

I ANTECEDENTES DE HECHO

=====

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito de Homicidio del Art. 138 del Código Penal y de dos delitos de Homicidio en grado de tentativa del art. 138 del Código Penal, en relación con los arts. 16 y 62 del mismo Cuerpo Legal . Y, reputando responsable de los mismos, en concepto de autor, al acusado, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en todos los delitos, eximentes incompletas de legítima defensa, del art. 21.1 del Código Penal en relación con el art. 20.4 y 68 del mismo texto legal , y de miedo insuperable del art. 21.1 del Código Penal en relación con el art. 20.6 y 68 del mismo texto legal , solicitando la imposición al mismo de las penas de: por el primer delito 2 años, y 6 meses de prisión, y por los segundos 1 año y 3 meses

de prisión por cada uno de ellos, con la accesoria en ambos casos de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pago de las costas procesales, comiso de la pistola GLOCK 26 con número de serie NUM005 intervenida al acusado de acuerdo con lo establecido en el art. 127 del Código Penal ; y, en concepto de Responsabilidad Civil el acusado Jacinto indemnizará a los padres de Jose Augusto en la cantidad de 95.000 #; a Ernesto en la cantidad de 6.000 # por las lesiones sufridas y en la cantidad de 1.000 # por las secuelas; y a Antonio en la cantidad de 4.800 # por las lesiones sufridas y en la cantidad de 1.000 # por las secuelas. A todas estas cantidades debe aplicarse el interés legal del art. 576 de la L.E.Civil .

SEGUNDO.- La Acusación Particular en nombre de Jose Augusto , en el mismo trámite, calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito de Asesinato del art. 139 del Código Penal , y reputando responsable del mismo, en concepto de autor al acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición al mismo de la pena de 20 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, pago de las costas; y en concepto de responsabilidad civil el acusado Jacinto indemnizará a los padres de Jose Augusto en la cantidad de 1.000.000 #, cantidad que devengará el interés legal del art. 576 de la L.E.Civil .

TERCERO.- La Acusación Particular en nombre de Ernesto y de Antonio , en el mismo trámite, calificó los hechos procesales como constitutivos de dos delitos de Asesinato en grado de tentativa de los arts. 139 del Código Penal en relación con los arts. 16 y 62 del mismo texto legal , y reputando responsable de los mismos, en concepto de autor, al acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición al mismo de las penas de 15 años de prisión por cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación absoluta por igual tiempo, pago de las costas; y en concepto de responsabilidad civil el acusado Jacinto indemnizará a Ernesto en la cantidad de 12.000 # por las lesiones sufridas y en 3.000 # por las secuelas, y a Antonio en la cantidad de 9.800 # por las lesiones sufridas y en 3.000 # por las secuelas, a las que deberá sumarse el interés legal fijado en el art. 576 de la L.E.Civil .

De dichas cantidades, por parte de ambas acusaciones particulares, se solicita responda, como responsable civil subsidiario, el Estado.

CUARTO.- La defensa del acusado, en sus conclusiones también definitivas, solicitó la libre absolución de su patrocinado, al entender que concurrían circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en su proceder, de eximentes completas de legítima defensa (arts. 20.4 del Código Penal), como de miedo insuperable (art. 20.6 del Código Penal).

QUINTO.- La Abogacía del Estado, en sus conclusiones también definitivas, solicitó la absolución de su patrocinado al entender que el acusado no obraba por mandato alguno, ni lo hacía en acto de servicio, ni con su arma reglamentaria.

II HECHOS PROBADOS

=====

El procesado Jacinto , mayor de edad, por cuanto nacido el NUM001 /1979, con DNI NUM000 , sin antecedentes penales, funcionario de la escala básica del Cuerpo Nacional de Policía en el momento de los hechos, conducía el vehículo Opel Astra con matrícula-SLS por la autovía A-42 procedente de Madrid y en dirección a Fuenlabrada, cuando, sobre las 04'00 del día 1 de diciembre de 2007 a causa de un incidente de circulación con el vehículo Taxi Skoda Superb con matrícula ...GGG , que iba conducido por Ernesto y en el que viajaban como ocupantes Efrain y Antonio , el procesado, entabló con éstos un intercambio de gestos y de frases mientras los vehículos avanzaban en paralelo por la autovía.

Al adquirir el altercado cierta duración, los usuarios del taxi anteriormente referenciado decidieron llamar por teléfono a Laureano , hermano de Ernesto quien conduciendo otro taxi Seat Toledo con matrículaWWW ocupado por Belarmino y Jose Augusto , circulaba algo más rezagado en la misma vía y dirección de los anteriores, para que se incorporara a la disputa.

Durante varios kilómetros los tres vehículos circularon por la autovía adelantándose y circulando un coche junto a otro, hasta que al llegar a la altura del kilómetro 18 los tres vehículos, de los que el conducido por el acusado marchaba delante, seguido muy de cerca por los dos taxis, salieron de la autovía para introducirse en el polígono industrial "Los Gallegos" en la localidad de Fuenlabrada momento en que uno de los taxis rebasa al automóvil del procesado quedando detenidos los tres vehículos en la c/ Gorrión de dicho polígono, los taxis unos veinte metros por delante del coche del procesado y en posición que dificultaba el paso de éste.

Parados los coches, el procesado y los ocupantes de los taxis se bajaron de sus respectivos vehículos, dirigiéndose los ocupantes de los taxis hacia el procesado, abalanzándose sobre él, quien ante ello, extrajo la pistola GLOCK 26 número de serie NUM005 , en cuyo cargador iban diez cartuchos y efectuó un disparo intimidatorio al aire. A pesar de lo anterior, los ocupante de los taxis continuaron en su acometida contra el procesado, llegando a golpearle y desequilibrarle, momento en el que éste realizó otros seis disparos, tres de los cuales llegaron a alcanzar a Jose Augusto , Ernesto y Antonio .

Jose Augusto , de 21 años de edad y soltero en la fecha de los hechos, recibió un disparo en la mejilla izquierda siguiendo el proyectil una trayectoria ascendente que le produjo fracturas multfragmentarias en el arco cigomático izquierdo y en el hueso parietal y temporal izquierdos, con destrucción de masa encefálica del hemisferio izquierdo, marco y microhemorragias, lesiones éstas que le causaron la muerte. Los padres de Jose Augusto reclaman la indemnización que pudiese corresponderles por estos hechos.

Ernesto sufrió herida por proyectil en el hombro izquierdo que precisó para su curación de una primera asistencia y tratamiento médico, habiendo invertido 60 días improductivos en su curación. Asimismo le quedaron como secuelas dos cicatrices de 1 cm por 1'5 cm. Ernesto reclama la indemnización que pudiese corresponderle por estos hechos.

Antonio , recibió el disparo en la zona lumbar, causándole una herida que requirió tratamiento médico e invirtiendo 48 días en su curación durante los cuales estuvo incapacitado. Le quedaron como secuelas dos cicatrices de 1 cm por 1'5 cm. Antonio reclama la indemnización que pudiese corresponderle por estos hechos.

La Policía intervino al procesado la pistola CLOCK 26 con número de serie NUM005 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados según la convicción a que llega la Sala después de valorar la prueba, practicada en el acto del juicio oral, en su conjunto y según las reglas de la crítica racional y en conciencia, son constitutivos de un delito de homicidio del art. 138 del Código Penal y dos delitos de homicidio en grado de tentativa del art. 138 del Código Penal en relación con los arts. 16 y 62 del mismo texto legal , de los que se considera responsable en concepto de autor al procesado Jacinto , con la concurrencia de de la causa de exención de la responsabilidad criminal del nº 4 del art. 20 del Código Penal -eximente completa de legítima defensa.

SEGUNDO .- A esta convicción llega el Tribunal a tenor del resultado de la prueba practicada, y que se puede exponer como sigue:

Ha sido base de toda ella las declaraciones testimoniales, del acusado y la prueba pericial; en cuanto a las primeras - testimoniales- es de hacer resaltar el dispar y diverso relato entre las víctimas y sus acompañantes - Ernesto , Antonio , Laureano , Efraim y Belarmino -, el acusado y el testigo protegido, que presenciaron los hechos; hecho éste que ha llamado la atención del Tribunal pues es casi inconcebible que varias personas observen conductas distintas de unos mismos hechos, inclinándose el Tribunal por la mayor claridad en la exposición y objetividad en la declaración del acusado y la testimonial del testigo protegido, por las siguientes razones:

-el acusado relata como a raíz de de una mala maniobra del conductor del taxi marca SKoda - Ernesto - surge un ligero pique en carretera y se ve acosado por dicho vehículo, que transita por detrás de él, y por otro taxi marca Seat Toledo que fue avisado por el anterior, conducido por Laureano -hermano del anterior- y que se sitúa a su altura o por delante del acusado, hasta que llegan al polígono industrial Los Gallegos, donde al introducirse en la c/Gorrión es adelantado y cerrado su vehículo por el Seat Toledo, parando los vehículos y situándose los dos taxis por delante del vehículo Opel Astra propiedad del acusado. De inmediato se bajan los ocupantes de dichos vehículos, tres personas por cada taxi, y se dirigen a prisa a donde se acababa de bajar de su vehículo el acusado en actitud claramente agresiva, lo que obliga al acusado, ante el temor que le infunde dicha reacción, a sacar el arma particular que portaba en su espalda y a hacer la advertencia de que es policía y a efectuar uno o dos disparos al aire, lo que no inquieta a sus atacantes, quienes se abalanzan sobre él y tratan de quitarle el arma, produciéndose en el forcejeo los restantes disparos con el resultado citado (folios 29 a 32; 74, 77 y acta de juicio oral).

El testigo protegido ha relatado como observa el paso de los vehículos al lado de donde está aparcado en la citada calle y polígono a gran velocidad y bajándose de su vehículo observa como una vez detenidos aquellos vehículos, los ocupantes de los dos taxis se acercan rápidamente al lugar donde se encuentra el acusado fuera de su vehículo, se abalanzan sobre él y oye las detonaciones, sin que viese previamente a

ello al acusado con ninguna arma en las manos, optando una vez visto y oído aquello por introducirse en su vehículo y marcharse de allí; lo que concuerda en esencia con lo relatado por el acusado.

Por el contrario el resto de testigos han planteado una versión de los hechos muy distinta de ésta (folios 15 a 27; 77 a 88, y acta de juicio oral).

Se han presentado continuamente como víctimas de un persecución y acorralamiento, cuando en realidad son ellos los que deciden seguir el vehículo del acusado y llegar hasta el polígono citado, y ello, porque es más creíble que dos coches y seis personas persigan a un coche y una persona que lo contrario, y porque, de hecho cuando acceden al polígono industrial, el vehículo del procesado va delante y esa suele ser la posición del perseguido y no la del perseguidor. Su versión de que el acusado durante la persecución en carretera les enseña la placa de policía y el arma no es creíble por cuanto discrepan entre ellos sobre tal hecho y porque es muy difícil que conduciendo en las circunstancias que lo hacían pueda un conductor desentenderse de la conducción para enseñar objetos y menos creíble aún es que de vehículo a vehículo se dijo que ven sacar la pistola de la guantera, en marcha y de noche. Las cámaras grabadoras de la empresa Gilgo han puesto de manifiesto como se produce la entrada en la c/Gorrión, dando la razón a la versión citada del acusado y del testigo protegido por las razones, antes expuestas; la zona donde se recogen los casquillos de bala está situada unos metros atrás del vehículo del acusado, lo que pone en evidencia que los hechos se producen a la altura de dicho vehículo, para lo cual los ocupantes de los taxis han tenido que acercarse a ese sitio, pues dichos conductores reconocen y así se comprueba con dichas imágenes que pararon su vehículo unos 20 metros por delante del coche del acusado, lo que así relató el testigo protegido, ello sin contar con las distintas apreciaciones de cada uno de los ocupantes de dichos vehículos sobre la forma de colocar los vehículos en carretera, llegada de los vehículos en el lugar de los hechos, llegando alguno de ellos a plantear la posibilidad de no acudir al encuentro con el acusado o llegar cuando todo había terminado, pasando por quien no recordaba bien los hechos debido a la bebida ingerida esa noche. En todo caso con afirmaciones insostenibles como que el procesado se dirigió hacia ellos disparando, cuando los casquillos se recogen algo más atrás del automóvil del acusado lo que indica que este no avanzó hacia sus oponentes sino que retrocedió; y cuando la prueba pericial establece que los disparos no se efectuaron a varios metros de distancia sino a muy corta y en una trayectoria que incita a pensar que el procesado estaba en una posición o plano inferior (caído o cayendo).

Una vez analizadas dichas declaraciones, nos merece más crédito la ofrecida por el testigo protegido por las siguientes razones:

- es mero observador y no conocía a ninguno de los intervinientes implicados en los hechos.
- es observador directo de los hechos.
- se aísla de la situación inmediatamente, asustado por lo que ha observado y oído.
- espontáneamente, al oír lo relatado en los medios de comunicación sobre dichos hechos, se ofrece a dar la versión de lo que él presenció.
- Sus declaraciones policiales, instructoras y la sumarial en el acto del juicio oral son prácticamente idénticas, sin que cambie ningún factor o elemento sustancial.
- Por el contrario las declaraciones de los ocupantes de los taxis y en especial de los conductores de estos han faltado a la verdad, como se ha dicho, con la evidente intención de desplazar al procesado la culpa por lo ocurrido, conscientes como eran de que tuvieron en su mano evitarlo, en cuanto que sin su conducta prepotente y desencadenante de los luctuosos hechos posteriores, estos no se hubieran producido.

El resto de la prueba testifical nada ha aportado al mayor esclarecimiento de los hechos, pues los que han comparecido o no estaban presentes o no vieron nada, por o que no se han tenido en cuenta sus declaraciones.

TERCERO .- Del resultado de la prueba pericial, (véanse las declaraciones en juicio de los peritos de la Guardia Civil y de los médicos forenses) ha de destacarse el hecho objetivo de los disparos, dadas las lesiones ocasionadas, se produjeron a una distancia entre 15 cm y 1'5 metros, como mínimo y de forma oblicua ascendente, lo que torna increíble la versión de las víctimas y testigos acompañantes de haberse efectuado los disparos fríamente, de frente y a unos metros de distancia. Se han producido en dirección de abajo a arriba, lo que es compatible con la versión dada por el acusado y testigo protegido de producirse en el abalanzamiento de aquellos sobre el acusado y subsiguiente forcejo para quitarle el arma, llegando a estar en cuclillas y de rodillas en algún instante de ese forcejeo, como han declarado los otros testigos, que llegaron a sujetarle la

mano donde portaba la pistola, haciéndose con ella. Tal y como se producen y zona del cuerpo a la que afectan sólo cabe esa posibilidad, según acreditaron los peritos en el acto del juicio oral. Consta por otra parte, las lesiones que se le produjeron al acusado consistentes en erosiones y magulladuras por las costillas y herida en labio superior producto del enfrentamiento.

CUARTO .- Una vez analizado el resultado de la prueba, que los hechos declarados probados son constitutivos, a efectos de tipicidad, de un delito de homicidio del art. 138 del Código Penal y dos delitos de homicidio en grado de tentativa del art. 138 del Código Penal, en relación con los arts. 16 y 62 del mismo texto legal se deduce de ellos, pues la conducta del procesado no da lugar a dudas, ya que es homicida el que mata, y no puede alegar rotura causal quien no puede probar interferencias de causa extraña, porque su relación con el resultado es directo y suficiente y aquél era previsible, lo que unido a que tal delito reclama para poderse apreciar los elementos siguientes:

a) En cuanto a la dinámica de la acción, una actividad, por parte del sujeto activo, con el resultado de muerte de una persona (acción del disparo en la zona interesada por la lesión, con pistola, que llega a afectar a zonas vitales);

b) Que no exista ruptura del nexo causal entre la acción y el resultado, de acuerdo con la teoría filosófica sobre el mismo más correcta y adecuada con las circunstancias del caso (que no ha existido en el caso de antes).

c) Que en el nexo psicológico entre la actividad desarrollada y la figura de su autor, como elemento de la culpabilidad, se capte la presencia de un dolo, aunque sea eventual, pues el delito tiene vivencia, no solamente cuando se quiere el resultado de muerte, sino también cuando se acepta (ante situación creada y presencia del arma por parte del sujeto activo, quien la usa aunque sea para descartar sus efectos).

d) Que la antijuridicidad no se encuentre eliminada por causa o motivo justificante de la realización de la conducta (antijuridicidad que se elimina totalmente por lo que luego se expondrá).

QUINTO.- La autoría de dichos hechos típicos correspondería al procesado que los realizó materialmente.

SEXTO.- En la comisión de los expresados delitos concurre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal eximente completa de legítima defensa propia del art. 20 nº 4 del Código Penal, que en una concepción amplia es la necesaria para impedir o repeler una agresión injusta contra bienes propios o ajenos, cuyo fundamento radica primordialmente en el instinto de conservación sentido por los hombres dentro de sí, lo que explica que cuando la vida o integridad corporal es acometida violentamente, los medios puestos para su solución o defensa son justos cuando concurren los requisitos precisos para su estimación plena o semiplena, independientemente por lo común de los móviles o estado de ánimo del que se defiende; requisitos que se centran en la agresión ilegítima de una parte y la defensa necesaria de otra como soportes básicos sobre los que gira toda defensa para que sea legítima y se pueda apreciar como completa, por concurrir los demás requisitos; y ello es así en el caso de autos puesto que el acto de abalanzarse seis personas contra una, de noche, en descampado y causar lesiones constituyen por sí solo señal indudable del ánimo de causar un daño físico que podía ser grande, lo que da pie a la agresión ilegítima, al ser directa, actual, ilegítima y real, como en el caso de autos; y la consideración como completa de tal eximente deviene de la apreciación de los demás requisitos legales para ello:

que la conducta del defensor sea inmediata a la agresión.

que sea imprescindible como inexistencia de otro "modus operandi" susceptible de eliminar la agresión;

y

que el medio empleado sea racional, calidad que ha de buscarse teniendo en cuenta los bienes jurídicos que se atacan y los caracteres de los medios utilizados e intensidad con que se emplean, en atención a las circunstancias en que la defensa pueda ser eficaz; elementos todos que han quedado completamente justificados, pues dadas las circunstancias del caso, la situación de uno y otros, número desproporcionado de agresores, lugar, hora, es descartable otro "modus operandi" que hubiera evitado el resultado fatal, lo que conduce a entender que se ha producido la agresión ilegítima, la defensa inmediata, su existencia real e inmediata y el medio empleado racional para el fin perseguido, sin que se de un exceso en la defensa por que sea intensiva, ni por el medio, pues, ante la desproporción existente (6 a 1), y sólo contar con ese, se hizo uso de él y con advertencia previa a la que los agresores no hicieron el menor caso, no haciendo el procesado algo superior a lo exigido como necesario para su defensa como réplica contra la agresión vigente, siendo pues idónea y proporcional. Todo ello unido a considerar que ha existido una falta de provocación suficiente

por parte del procesado, pues un nimio incidente de circulación, que no consta que iniciara él, no se puede considerar tal. Se da pues la eximente de la responsabilidad criminal como completa, tal y como auspiciaba la defensa del procesado, y no como incompleta como pretendía el Ministerio Fiscal, al darse todos los requisitos necesarios para su apreciación.

Por el contrario el Tribunal entiende que no se dan los requisitos necesarios para considerar que concurra la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal eximente completa o incompleta de miedo insuperable, por no estar probada la actuación bajo ese sumo temor que agarrota o impide obrar de otro modo, aunque el temor racional ante un ataque de seis personas jóvenes y fuertes puede estar en la base de la reacción defensiva ya estudiada.

SEPTIMO.- La apreciación de esta causa de exención excusa de razonar sobre la inexistencia del tipo de asesinato, incompatible con la apreciada causa de justificación.

OCTAVO .- El sentido de la presente resolución impide hacer pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad civil, tanto principal como subsidiaria, y obliga a declarar de oficio las costas del juicio (art. 118 y 123 del Código Penal , respectivamente)

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Jacinto de los delitos de asesinato consumado y dos asesinatos intentados y de homicidio consumado y dos homicidios intentados de que venía alternativamente acusado y declaramos de oficio las costas del presente juicio.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y que deberá ser anunciando ante esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.