



Roj: **SAP IB 2363/2010 - ECLI: ES:APIB:2010:2363**

Id Cendoj: **07040370012010100335**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2010**

Nº de Recurso: **92/2009**

Nº de Resolución: **103/2010**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARGARITA BELTRAN MAIRATA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCCA

SECCIÓN PRIMERA

Rollo : Procedimiento Ordinario nº 92/2009

Proc. Origen: SUMARIO (PROC. ORDINARIO) 0000001 /2009

Órgano Procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.6 de INCA

**SENTENCIA num. 103/2010**

Ilmas. Sras. Magistradas:

DOÑA MARGARITA BELTRÁN MAIRATA

DOÑA MÓNICA DE LA SERNA DE PEDRO

DOÑA CRISTINA DIAZ SASTRE

En PALMA DE MALLORCA, a veintinueve de Octubre de dos mil diez.

VISTO ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, el sumario nº1/2009 procedente del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº6 de Inca, registrado como Rollo de Sala Procedimiento Ordinario nº 92/2009, por el Delito de HOMICIDIO, seguido contra Blas , con número de pasaporte 14180219, nacido el día 15 de agosto de 1978 en San Cristóbal, Venezuela, hijo de Gonzalo y de Alice, vecino de Alcudia, sin antecedentes penales, y en prisión provisional por esta causa desde 14 de diciembre de 2008 hasta 27 de abril de 2010, representado por el Procurador Luis Enríquez de Navarra Muriendas y defendido por la Letrada Lucia Díaz González, contra Domingo con DNI NUM000 , nacido el 6 de noviembre de 1988 en Córdoba, hijo de Julián y de Maria Dolores, vecino del Puerto de Alcudia, sin antecedentes penales y no privado de libertad por esta causa, representado por el Procurador D. Gaspar Rullan Castañer y defendido por el Letrado D. Antonio Albertí Caimari, contra Gabino con NIE NUM001 , nacido el día 13 de abril de 1989 en Nador, Marruecos, hijo de Ahmed y de Ayada, vecino de Alcudia, sin antecedentes penales y no privado de libertad por esta causa, representado por la Procuradora Doña Maria Eulalia Arbona Niell y defendido por la Letrada Doña Maria Antonia Orell Company, contra Felisa con DNI NUM002 , nacida el día 23 de octubre de 1990 en Sevilla, hija de José Julio y de Maria Yolanda, vecina de Alcudia, sin antecedentes penales y no privada de libertad por esta causa, representada por la Procuradora Doña Nancy Ruys Van Noolen y defendida por el Letrado Don Diego Wencelblat Deas, contra Lorenza , con DNI: NUM003 , nacida el día 6 de octubre de 1986 en Jerez de la Frontera, Cadíz, hija de Ángel y de Concepción, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y no privada de libertad por esta causa, representada por el Procurador Don Javier Delgado Truyols y defendida por la Letrada Doña Catalina Mª Morro Cladera, y contra Nicolas , con DNI NUM004 nacido el 9 de febrero de 1989 en Palma, hijo de Mario y de Maria Nieves, vecino del Puerto de Alcudia, sin antecedentes penales y no privado de libertad por esta causa, representado por la Procuradora Doña Nancy Ruys Van Noolen y defendido por el Letrado Don Diego Wencelblat Deas, y actuando como Acusación Particular Nicolas , representado por la Procuradora Doña Nancy Ruys Van Noolen y defendido por el Letrado Don Diego



Wencilblat Deas y Blas , representado por el Procurador Luis Enríquez de Navarra Meriendas y defendido por la Letrada Díaz González,, habiendo sido partes en el procedimiento: el Ministerio Fiscal como representante de la acusación pública, representado por la Ilma. Sra. Ana Estelles y habiendo sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña MARGARITA BELTRÁN MAIRATA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1./ Las presentes actuaciones se incoaron a raíz de hechos indiciariamente constitutivos de dos delitos de lesiones, que determinaron la detención de Blas . Investigados judicialmente, por Auto de fecha 29 de abril de 2.009, se transformaron las D. Previas en Sumario, y por Auto de 5 de junio, se decretó el procesamiento del anterior y otros; recibidas las pertinentes declaraciones indagatorias, por Auto de 29 de junio se declaró concluso el Sumario, y turnado el Procedimiento a esta Sección, por Auto de 10 de diciembre se abrió el Juicio oral.

El Ministerio Fiscal formuló sus conclusiones mediante escrito fechado el 15 de diciembre; la representación procesal de Blas calificó mediante escrito de 28 de diciembre y la representación procesal de Nicolas evacuó el trámite mediante escrito datado el 30 de diciembre. Las defensas de Blas y Domingo calificaron mediante escritos datados el 28 de diciembre y 5 de enero de 2.010. Las restantes defensas no evacuaron el trámite.

Admitida que fue la práctica de prueba propuesta, tuvo lugar el acto de juicio en fecha 26 de abril del corriente año, con el resultado que es de ver en Acta.

2º/ El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa, un delito de lesiones con instrumento peligroso y alevosía, previstos y penados en el art. 138 en relación con los arts 16 y 62, y en el art. 147 y 148. 1 y 2 del C. Penal. De ellos, estimó responsable a Blas , sin la concurrencia de circunstancias modificativas, e interesó la imposición de la pena de 9 años de prisión por el delito de homicidio en tentativa y la de 5 años de prisión por el delito de lesiones. Indemnización a favor de Domingo en la cantidad de 343,8 E. y a favor de Nicolas en la cantidad de 5.413,08 E. Y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 89.1 del C. Penal, solicitó la expulsión del territorio nacional cuando el acusado accediese al tercer grado, ó hubiere extinguido las tres cuartas partes de la condena.

A su vez, estimó que los hechos eran constitutivos de una falta de lesiones del art. 617.1 del C. Penal. De ella, estimó responsables en concepto de autores a Domingo , Nicolas y Gabino , para quienes interesó la imposición de la pena de 2 meses multa, a razón de una cuota diaria de 10 E. y a que indemnizaran a Blas en la cantidad de 1.805,81 E ( 286,5 E por los 10 días no impositivos, 800,12 E por las secuelas, evaluadas en 6 puntos, y 719,18 E por el perjuicio estético)

Finalmente, estimó que los hechos eran constitutivos de otra falta de lesiones del art. 617 del C. Penal; estimó autoras de la misma a Felisa y Lorenza , para quienes interesó la imposición de la pena de 2 meses multa, a razón de una cuota diaria de 10 E., y a que indemnizaran de Noelia en la cantidad de 429,75 E.

3º/ La Acusación Particular de Nicolas , calificó los hechos como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa, del art. 138 del C. Penal; estimó que "todos" los acusados son responsables en concepto de autores, sin la concurrencia de circunstancias modificativas e interesó la imposición de la pena de 6 años de prisión para el acusado Blas , indemnización a favor de su patrocinado en la cantidad de 13.997,24 E. y pago de las costas procesales, incluidas las devengadas por la Acusación Particular.

4º/ La Acusación Particular de Blas , calificó los hechos como constitutivos de una falta del art. 617.1 del C. Penal, y concordó la autoría y responsabilidad civil al modo propuesto por el Ministerio Fiscal.

5º/ La defensa de Blas , en igual trámite, interesó su libre absolución, por concurrencia de la eximente completa de legítima defensa nº 4 del art. 20 C.P.; subsidiariamente, postuló la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa nº 21.1, interesando la imposición de la pena inferior en dos grados a la tipificada por el delito de lesiones.

6º/ Todas las restantes defensas, interesaron la libre absolución de sus patrocinados.

7º/ Que en la sustanciación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia, incumplido por mor de la carga competencial que pesa sobre esta Sección y que ha determinado en nombramiento de Magistrado de refuerzo, así como del cúmulo de asuntos de preferente atención.

## HECHOS PROBADOS

En atención a las pruebas practicadas procede declarar:



Primero.- Que en fecha 14 de diciembre de 2.008, alrededor de las 00,30, se hallaban en la discoteca "Menta" sita en el Puerto de Alcudia, un grupo de amigos conformado, entre otros, por Domingo , Gabino , Lorenza , Felisa y Nicolas ; como quiera que hubieran ingerido bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en concreto Gabino comenzó a vomitar y Nicolas le tiró agua sobre la cabeza, ante lo cual, Roque -que aquel día desempeñaba tareas de portero- les conminó a que abandonaran la discoteca, expulsándoles del local. Ante ello, también salieron el resto de amigos, no sin antes encararse Domingo con el portero por lo que creía una arbitraria actuación.

Segundo.- La pareja formada por Blas e Noelia habían decidido salir aquella noche, a celebrar el cumpleaños de Noelia (nacida el 13 de diciembre de 1.971).

Luego de haber estado en el Pub "Latino", se dirigieron a la discoteca "Menta" -donde permanecieron muy poco tiempo- y finalmente, alrededor de las 05,30 horas, decidieron acudir a la discoteca "Magic", hallándose todos los establecimientos citados muy próximos entre sí, en la zona de ocio del Puerto de Alcudia.

En su trayecto a pie hasta la discoteca "Magic", pasaron por delante del bar "Es Bebedors", en cuyas inmediaciones se hallaban sea en el interior de un vehículo escuchando música, sea sentados en la acera, fumando porros todos ellos, el grupo de amigos a que precedentemente se ha hecho mérito, comenzando a increpar alguno de ellos a Blas al creer reconocerle como el portero de la discoteca, siguiendo Blas e Noelia su camino hacia "Magic".

Empero como la discoteca "Magic" estuviera cerrando ya sus puertas, en su camino de regreso, fueron ya abordados por el grupo, convencidos de que Blas era el portero de "Menta" y en orden a darle un escarmiento por lo ocurrido, cuando en realidad, y como se ha dicho, con quien se había suscitado el incidente en horas anteriores era con Roque , y con quien Blas mantenía un sensible parecido físico, en cuanto a complexión, altura, corte de pelo y porte de perilla.

Así, Lorenza y Felisa se dirigieron hacia Noelia , apartándola; en tanto que Domingo , Gabino y Nicolas rodearon a Blas , insultándole, pegándole puñetazos y patadas y lanzándole al suelo donde siguieron agrediendo. Mientras, Noelia chillaba, al ver cómo agredían a Blas , diciéndole Lorenza y Felisa "si ella quería también pelea", llegando Lorenza a agredirle con un casco de moto.

Dado el acometimiento de que era objeto Blas por los citados e ignorando su causa, desconociendo las cabales intenciones de quienes le agredían y temiendo por su vida, éste consiguió extraer de uno de sus bolsillos un rayador de herrero (oficio al que se dedicaba Blas ) de unos 10 cm, y lo dirigió contra los que le acometían para evitar que siguieran pegándole, resultando alcanzados Domingo y Nicolas , finalizando así el incidente.

Blas e Noelia se dirigieron a la Policía Local a formular denuncia, y, como se les informara que previamente debían acudir al servicio de urgencias y obtener parte médico, se dirigieron al Pac de Alcudia, a donde también había acudido el grupo de amigos en orden a recibir asistencia los lesionados, produciéndose en dicho servicio de urgencias un fuerte encontronazo verbal entre las partes.

Tercero.- A consecuencia de los hechos relatados, Nicolas sufrió dos heridas punzantes en el tórax (2 cm, en línea media axilar derecha; 1 cm en línea axilar posterior) que determinaron un hemopericardio, hemo neumotórax y laceración aórtica. Preciso intervención quirúrgica, invirtiendo en su curación un total de 67 días, de los cuales 11 fueron de ingreso hospitalario, hallándose impedido los 56 restantes para sus ocupaciones habituales.

Domingo sufrió herida punzante de 2 cm en región axilar posterior derecha, que precisó sutura de la herida; e invirtió en su curación 12 días, no impeditivos. También presentó laceraciones en 2º y 3º dedo de la mano derecha.

Blas sufrió herida por arma blanca, lineal, sobre ojo izquierdo, de 4 cm; trauma en abdomen con epigaltralgia y náuseas, arañazos en cuello y costado; corte en 4º dedo de la mano derecha; dolor a la palpación en región cervical, sin limitación funcional; politraumatismo; precisó para su curación de una única asistencia facultativa, tardando en curar 10 días no impeditivos, restándole como secuelas artrosis postraumática y hombro doloroso, limitación de la movilidad, y cicatriz en párpado superior izquierdo, disimulada por pliegue natural, poco visible.

Noelia por su parte, sufrió traumatismo en antebrazo y hombro izquierdo, que requirió para su sanación de una única asistencia facultativa, tardando en sanar 15 días no impeditivos. En acto de juicio, renunció a cualquier indemnización que pudiera corresponderle.

Cuarto .- Blas , sin antecedentes penales ni policiales, es nacional de Venezuela; al tiempo, su situación era irregular en España, no habiendo podido consolidar la autorización de residencia temporal y trabajo concedida



el 17-3-2.009 por hallarse en prisión provisional por estos hechos, situación en la que permaneció desde el 14 de diciembre de 2.008 hasta el 27 de abril de 2.010.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I./ En sede de lo prevenido en el art. 741 de la L.E.Cr. debe indicar la Sala que se ha suministrado un acervo probatorio (al tiempo, de cargo y descargo), que pocas veces como en la presente ha alcanzado tan elevadas cotas de inverosimilitud e incredibilidad subjetiva, pues, en orden a afianzar determinados postulados, descaradamente se mintió en el acto de juicio oral para arropar una tesis que, a la postre, ha resultado ser palmariamente incierta, como ya a lo largo de la instrucción fue alumbrándose por la fuerza instructora del atestado; como ya intuyó el Juez Instructor a lo largo de la causa; como ya tuvo a bien plasmarlo el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales, así como la Acusación Particular de Nicolas -también en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas-; e incluso la defensa de Domingo, que por vía de informe, asumió el equivoco suscitado, bien que indicando que en aras a la brevedad no había modificado sus conclusiones.

Y es que, sin el equívoco en que cursaron el grupo de amigos, confundiendo al acusado Blas con el portero de la discoteca de Menta, con quien habían tenido un incidente previo (al punto que ante el Instructor Domingo sostiene que a él le echaron como a un perro de la discoteca, le dejaron en evidencia, pasó vergüenza) el incidente de autos devendría sin explicación plausible; pese a lo cual, siendo todos ellos conocedores de su error -alumbrado durante la sustanciación de la causa- siguieron aferrándose en sus manifestaciones a una irrazonable postura, que decae ante elementales normas de sentido común y ante el resultado probatorio practicado, e indudablemente para la Sala reelaborada tras el incidente para dotarlo de verosimilitud en orden a presentarse como víctimas inocentes del desafuero del portero de Menta.

En efecto, dado que el grupo de amigos identificaba al agresor de Domingo y Nicolas como el portero de la discoteca -negándolo Blas-, las pesquisas policiales lograron identificar a quien aquella noche/madrugada ocasionalmente desempeñó tales funciones, reiterando en acto de juicio el testigo Roque que en realidad fue él quien se vió involucrado en el incidente previo con el grupo, incidente asumido y concordado por todos los amigos y quienes no descartaron en acto de juicio tampoco que, fruto del alcohol y de las sustancias ingeridas hubieran podido equivocarse.

Pese a ello, ofrecieron un increíble relato.

Afirmó Domingo que aquella noche había consumido cocaína, frankimacines, porros, alcohol "y de todo"; que estaba fumando porros en el interior del vehículo, sentado encima o debajo de Lorenza; que Blas pasó con cara de pocos amigos, mirándole con "ojos de asesino"; que al poco tiempo volvió a pasar, y ya se dirigió directamente contra él y le dijo "que le iba a matar"; que salió del vehículo y empezó a dar vueltas a su alrededor evitando que le alcanzara, y se vé que le pilló por la espalda, pues fue en Pac cuando se dio cuenta de que tenía una herida; y negó que ni él ni sus amigos tocaran a Blas, como negó que tuviera lesiones en una mano porque insistió, en ningún momento tocó a Blas.

Gabino por su parte relató que, después del incidente de la discoteca, se fue a dormir al vehículo; que alrededor de las 05,00 fueron a dependencias de la policía Local a buscar a Felisa, pues se la habían llevado (a raíz de otro incidente suscitado en el ínterin, y que no es objeto de la presente causa); que de regreso al lugar de autos, estaba en la parte trasera del vehículo; que se acercó Blas con algo pequeño en la mano y Domingo salió del coche y se puso a correr; que ni Domingo ni ellos se dijeron nada; que él también se bajó del coche y en un momento Blas se cayó, admitiendo dificultosamente que podía ser por una zancadilla de alguien, y admitiendo también que puede que le diera alguna patada; que mientras tanto, no sabe qué hacían las chicas, y solo recordaba que la esposa de Blas gritaba.

Nicolas por su parte, sostuvo que cuando Blas pasó la primera vez, él estaba fumando sentado en el bordillo. Que al volver a pasar, ya se dirigió al coche, con el pincho en la mano y señalando a Domingo, diciéndole que le iba a matar; que Domingo salió del coche intentado huir, dando vueltas al coche pero no vió cuando le clavó el pincho; que él acudió a separarlos; que no le pegó ninguna patada ni le hizo la zancadilla; que su propia herida no la notó, pero empezó a marearse, y que ignora cómo se hizo Blas sus lesiones.

Felisa por su parte sostiene que iban muy colocados; que estaba fuera del coche, junto a Nicolas, y vino Blas y le señaló con un pincho; que ellos no increparon a Blas; que ella tan solo le decía a Domingo que corriera, que tenía Blas un pincho, y Domingo empezó a dar vueltas al coche; que no vió ninguna agresión a Blas, ni que éste estuviera en el suelo.

Explicó que a la mujer de Blas ni la tocaron; que ésta gritaba y decía que le devolvieran su cartera, pero ellos no tenían ninguna cartera. Que ella ni trabaja ni tiene ingresos, y vive de su novio y su suegra.



Finalmente, Lorenza manifestó que ella estaba sentada sobre Domingo en el interior del vehículo; que al volver Blas, éste le dijo a Domingo "hijo de puta, te voy a matar"; que Domingo la levantó y se encaró con Blas, pero al ver el punzón echó a correr; que cree que Blas cayó al suelo, pero ella no lo vio. Negó haber agredido a la esposa de Blas, pues no tiene ni casco ni moto; sostuvo que no trabajaba, y que cuidaba a su abuela.

Pues bien; a criterio del Tribunal, se ha ofrecido un sesgadísimo e incierto relato de lo acontecido, que únicamente cobra sentido desde el espíritu de revancha y/o venganza contra quien creían ser el artífice de su frustrada estancia en la discoteca Menta.

Porque, con independencia de la certeza de que Domingo, Nicolas y Gabino intentaran arrebatar la cadena que portaba al cuello Blas (hecho no objeto del presente enjuiciamiento), y con independencia de que fuese con un "gato" de vehículo con el que fue abordado el acusado o con otro instrumento, golpeándole en la ceja izquierda, es lo cierto que la versión de aquellos no explica ni remotamente la lesión cierta y constatada, en longitud de 4 cm, que Blas sufrió, tal como adveran sea el parte de esencia obrante al folio 71 -que describe "herida por arma blanca..." y el informe de sanidad obrante al folio 593 de las actuaciones (secuela), como tampoco explica el politraumatismo diverso sufrido. Tampoco explica las erosiones constatadas en Domingo en los nudillos de su mano (compatibles con reiterados puñetazos propinados con ella). Y mucho menos explica una irrazonable postura y actitud, atribuida a quien ninguna relación había mantenido con el grupo de amigos, ni les conocía siquiera, como para, de sopetón, "mirar con cara de asesino" y dirigirse directamente a Domingo diciéndole "te voy a matar".

La Sala concede hartos mayor credibilidad (máxime, fruto de la inmediación) a la versión de los hechos ofrecida por Blas, quien, en síntesis, y en orden a estructurar su relato, luego de explicar que como era el cumpleaños de su mujer, fueron primero al **Pub Latino**, luego a Menta y finalmente a Magic, distante de la primera unos 60 m. Así manifestó que cuando iban a pié hacia Magic, vieron a un grupo de personas que fumaban porros y, al pasar por la acera, comenzaron a insultarle (ahí va el gilipollas ese etc.); que hicieron caso omiso y siguieron su camino; pero, al encontrar cerrada Magic, tuvieron que regresar por el mismo lugar, y entonces, en el camino de vuelta, vio dos personas tras ellos y luego vino un tercero por la izquierda y con un gato de coche, a traición le pegó en la ceja izquierda; que en esta segunda ocasión, ya no le dijeron nada, le atacaron; cayó al suelo; que le daban patadas y golpes por todo sin comprender porqué le pegaban; que no perdió la conciencia, solo estaba aturdido por los golpes y sólo veía con un ojo, pues sangraba por el otro (por la herida sobre el otro); que entonces, cogió el rayador de trabajo que llevaba en el bolsillo y lo usó contra los que le atacaban; que lo usó desde el suelo; que no tuvo tiempo de pensar donde pegaba; que no sabe si fueron 2 ó 3 veces que lo usó, pues todos estaban encima (3 ó 4 personas) dándole golpes y fue un momento de pánico, pues además escuchaba los gritos de su mujer, aun cuando no sabe quien la golpeó.

En cuanto al instrumento que utilizó, (y que aparece fotografiado al folio 92 de las actuaciones), explicó que es un rayador de trabajo; que es herrero; que lo portaba en el bolsillo de la camisa porque había trabajado aquel día y no se cambió antes de salir; que ese día había trabajado para Jesús Carlos, aun cuando, por no tener su documentación en regla posiblemente dijera el testigo lo contrario, porque no le convenía.

El testigo Jesús Carlos manifestó que era herrero y conocía a Blas, pero no había trabajado nunca para él; que quien lo hacía era el hermano de Blas, y que éste ayudaba a su hermano, pero que él nunca le había pagado; y, enseñado que le fue el punzón intervenido, confirmó que era una herramienta de trabajo.

Finalmente, Noelia por su parte sostuvo que era pareja de Blas desde hacía unos cuatro años; que era herrero y trabajaba echando horas con diferentes personas; que el día de autos trabajó, ignorando por cuenta de quien; confirmó el relato ofrecido por Blas, explicando que al volver de Magic 2 individuos (que pasaron por detrás de ellos) se abalanzaron contra Blas y luego acudió otro por la izquierda que también le pegó, lo lanzaron al suelo, le pegaron con un hierro (indicó que si no había dicho con anterioridad lo del hierro, era porque estaba muy nerviosa en policía y en el Juzgado); que dieron a su marido una brutal paliza; que ella no se había dado cuenta de que Blas llevara el punzón que no conocían de nada a los restantes procesados; que a ella, las chicas la tenían separada, que empezó a gritar y las chicas le decían "¿quieres pelea?" y una de ellas -identificando a Lorenza - le pegó con un casco de moto; que de pronto, los chicos se fueron corriendo y su marido se quedó en el suelo; que Blas no le explicó entonces que se hubiera defendido con el rayador; finalmente indicó que no quería indemnización alguna, pues ya había sufrido bastante y no se lo podrían pagar.

Y esa credibilidad nuclear que la Sala otorga a las manifestaciones rendidas por Blas, no queda empañada por la ubicación de las lesiones sufridas por Domingo y Nicolas, y muy en particular las de éste último.

Los Médico-Forenses Dres. Camilo y Demetrio, claramente explicaron que la lesión sufrida por Nicolas hubiera podido comprometer seriamente su vida, pues, al afectar al pulmón y al pericardio, produjo un neumotórax, que hubiera podido producir una insuficiencia respiratoria, y, salvo intervención de urgencia, el lesionado hubiera fallecido. Que para llegar al pericardio, por lo menos la herida tuvo que tener entre 4 a 6 cm



de profundidad, dependiendo de la constitución del individuo; que ello no hubiera sucedido si el arma utilizada hubiera chocado con el arco costal; en cualquier caso, consideraron que las heridas fueron provocadas con fuerza. Empero, a reglón seguido, y como es obvio, al margen de indicar que lo más probable es que fuese una herida directa, no pudieron pronunciarse sobre la etiología (si era de acometimiento o de defensa); y preguntados si era posible que dicha lesión se hubiera producido hallándose el agresor en el suelo, informaron que en esta posición lo normal era que el trayecto fuese ascendente y a su criterio, el trayecto en este caso había sido horizontal, por lo que lo probable era que el agresor estuviera de pie, aun cuando era muy difícil pronunciarse, siendo posibles las dos hipótesis, y que sus conclusiones no podían ser categóricas.

Por lo expuesto, se comprenderá que no es posible acoger la tesis del Ministerio Fiscal, que intenta aglutinar las dos versiones, radicalmente dispares, de lo acontecido, y que ninguna de las dos partes enfrentadas asume, construyendo la hipótesis fáctica del siguiente modo : se inició una discusión, al haber confundido el grupo a Blas con el portero de la discoteca Menta, en el curso de la cual Domingo , Gabino y Nicolas golpearon a Blas , tirándolo al suelo, sacando Blas en este momento el punzón que portaba, y huyendo los procesados al verlo, sosteniendo que entonces Blas inició una persecución a Domingo y le alcanzó por la espalda, y a continuación, se encaró con Nicolas y le apuñaló en dos ocasiones. La hipótesis fáctica de la Acusación Particular de Nicolas , es todavía mas genérica ( ...comenzó una riña, en el curso de la cual Blas sacó un punzón y lo clavó en dos ocasiones en el cuerpo de Nicolas ...).

Porque, ni el mero hecho de tirar a Blas al suelo (sin mayores aditamentos) se revela capaz de producir las lesiones a éste irrogadas -máxime al modo descrito en el escrito de conclusiones- ni existen términos hábiles bastantes para sostener que, tras ello, Blas emprendiera una persecución contra sus agresores, alcanzando a uno por la espalda ( Domingo ), y acometiendo al otro de frente en el tórax ( Nicolas ), salvo que se acuda a las manifestaciones rendidas por los integrantes del grupo de amigos, que con sus falacias, inexactitudes, lagunas y enredos al exponer su versión de los hechos ninguna credibilidad ofrecieron a la Sala; pues, en realidad y objetivamente, la lesión sufrida por Domingo se halla situada en la región axilar posterior (que en absoluto se ha desvirtuado pudiera haber sido producida en el curso de la agresión dirigida a Blas , hallándose en movimiento ambas partes y con Blas en el suelo), y por igual las lesiones sufridas por Nicolas se hallan también ubicadas en la zona axilar (siendo perfectamente extrapolable aquí lo dicho respecto de Domingo ).

II./ A) En sede de calificación jurídica, los hechos enjuiciados, habrían de ser, de una parte, legalmente constitutivos de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 147 y 148. 1 y 2 del C. Penal, del que resultó ser víctima Domingo .

Tal conclusión queda probatoriamente asentada en el informe de sanidad obrante al folio 271, ratificado en el acto plenario por los Médicos-Forenses, y del que resulta que para la sanidad de la herida causada a la víctima, fue preciso además de una primera asistencia, aplicar puntos de sutura, que constante doctrina jurisprudencial incardina en el tratamiento quirúrgico, porque si la aproximación de los bordes de una herida para favorecer la soldadura de los tejidos es una operación susceptible de realizarse en un solo acto, lo que cura realmente es la permanencia del cosido ejerciendo esa acción a lo largo de cierto tiempo, de manera que la intervención facultativa mantiene su actividad terapéutica durante todo ese periodo, en el que lesión resulta tratada quirúrgicamente, aun cuando deba hablarse de cirugía menor (ad exemplum, SS.TS de 15 abril 1.999, 9 noviembre 2000, 26 enero 2.006, 28 abril 2.006, 6 junio y 11 noviembre 2.008). Por lo demás, sería de indudable concurrencia el subtipo agravado precedentemente meritado, siendo obvio el potencial lesivo del instrumento utilizado (rayador de herrero/punzón) capaz de producir el riesgo prevenido, que es el bien jurídico protegido: la vida o la salud, física o psíquica del lesionado, y que convierte este instrumento en peligroso a los efectos dispuestos en el subtipo agravado.

B) Mayores dificultades suscitaría a la Sala la calificación jurídica del resultado lesivo sufrido por Nicolas , que halla acomodo en la prueba documental obrante a los folios 79 y 355 así como en el informe plenario emitido por los Médicos Forenses, que ambas Acusaciones subsumen en el delito de homicidio, bien que intentado, de los arts. 138, 16 y 62 del C. Penal, y quiere entender el Tribunal que la defensa de Blas simplemente lo califica como delito de lesiones, deducido ello de sus conclusiones definitivas.

Como recuerda una notoria doctrina jurisprudencial que excusa su cita, es bien sabido que en su estructura externa y puramente material, existe una total semejanza entre un delito de homicidio intentado y un delito de lesiones consumadas, y que la única y sola diferencia radica en el ánimo del sujeto que impulsa la acción, en que en uno concurre el "animus necandi" o dolo homicida y en el otro el "animus laedendi" o el solo propósito de lesionar.

Es igualmente conocida por reiterada la doctrina del TS según la cual el elemento subjetivo en el delito de homicidio o "animus necandi" no sólo se satisface cuando el autor del hecho actúa con la concreta y específica intención de matar, sino también cuando conociendo la probabilidad racional del resultado mortal, aunque no



deseo su producción, persiste en su acción asumiendo así tal posible y probable eventualidad, aceptando ese resultado.

Es decir, que para la determinación del delito de homicidio tanto vale la concurrencia del dolo directo como del dolo eventual, entendiéndose el primero cuando el agente se dirige de manera consistente al concreto resultado perseguido. Mientras que por el dolo eventual -que nada tiene que ver con la culpa consciente-, el autor se representa el resultado mortal, de posible, probable y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de la acción agresiva. La misma imputación culpabilística deviene, conocido el acto y sus consecuencias, con la voluntad de realizarlo y con la sola probabilidad del resultado directamente no deseado, pero aceptado.

Y también en una notoria doctrina de nuestro Alto Tribunal se establece que, a falta de prueba directa, dimanante de manifestación de voluntad del agente, expresa, libre y terminante - lo que no es dable apreciar en el caso- todo juicio de valor acerca del preceptivo "animus necandi" en tanto conformador del elemento culpabilístico del homicidio, habrá de ser inferido (por inaprehensible objetivamente) de la prueba indiciaria, atendidos los elementos que circundaron la realización del hecho, precedentes, coetáneos y subsiguientes a la acción, capaces de reconducir conforme a criterios lógicos, al **estado** anímico del sujeto y a la auténtica voluntad alumbradora de sus actos, puestos aquellos en correlación con toda una serie de factores o criterios, de carácter complementario y no excluyente, a efectos de configurar y garantizar la convicción judicial.

Así, entre estos criterios de inferencia, destaca el T. Supremo los siguientes : a/ la naturaleza de las relaciones existentes con anterioridad entre el autor y la víctima: enemistad, amistad, indiferencia, desconocimiento etc. (v.g. SS 8-5-87; 21-12-90; 5-12-91); b/ la causa para delinquir, la razón o el motivo que provocó de manera inmediata la agresión (v.g. SS 15-4-88 y 12-2-90); c/ las circunstancias en que se produce la acción, valorando no solamente las condiciones objetivas de espacio, tiempo y lugar, sino el comportamiento de todos los intervinientes en el conjunto de incidencias que desembocaron en la agresión, particularmente la concurrencia- y en su caso seriedad, gravedad y reiteración- de actos provocativos, palabras insultantes o amenazas (v.g. SS de 20 y 21-2-87; 21-12-90; d/ las manifestaciones del agresor y, de manera muy especial, las palabras que acompañan a la agresión, que constituyen a veces confesión espontánea del alcance de la intención lesiva, así como su actividad anterior, coetánea y posterior a la comisión del delito (v.g. SS 19-2-87; 12-3-87 y 15-1-90; e/ la personalidad del agresor y del agredido (v.g. S 15-4-88) y f/ y como datos de especial relevancia, el arma empleada, el número e intensidad de los golpes, la zona del cuerpo afectada, la gravedad de la lesión irrogada (v.g. SS 21-12-90; 14-5-91; 5-12-91; 3-4-92; 17-12-92; 4 y 13-2-93 entre otras muchas).

A la luz de las precedentes consideraciones, puestas en correlación con los hechos que el Tribunal estima acreditados, considera la Sala que no puede entenderse probado de modo indubitado que el procesado Blas tratase de acabar con la vida de Nicolas o se representase como probable la causación de tal resultado.

Es cierto que el procesado Blas utilizó un rayador de herrero (una suerte de punzón) para materializar su ataque, y que es un instrumento con indudable capacidad para acabar con la vida de otra persona. Cierto es también que una de las dos lesiones fue causada con fuerza y afectó a una zona susceptible de ser calificada de vital ya que comprometió el pulmón y pericardio y provocó un derrame en la cavidad pericárdica que impide el movimiento de diástole, tal como informaron los Forenses; empero no puede afirmarse sin duda alguna que el agresor dirigiera conscientemente el golpe a la zona exacta, ya que el ataque fue reacción inmediata para repeler la agresión que estaba sufriendo; agredió en definitiva donde pudo- en el fragor del incidente- para quitarse de encima a quienes le agredían, no siendo además notorio ni de dominio general que la zona axilar represente un serio compromiso vital caso de resultar afectada, a diferencia de otras partes del cuerpo (v.gr. cuello, por la importancia de los vasos sanguíneos/ corazón/ abdomen). Y, si a ello se une que el agresor Blas no tenía ningún tipo de relación antecedente con quienes a él se enfrentaron (ni siquiera conocía a Nicolas); que el motivo que provocó el encontronazo entre las partes, fue la confusión o error del grupo de amigos en la persona de Blas, identificándole con el portero de la discoteca; y que no existe actuación provocativa de Blas, anterior o coetánea a los hechos, se comprenderá que debe rechazar la Sala la comisión del delito de homicidio en grado de tentativa, al no resultar indudable el animus necandi -siquiera a título de dolo eventual- incardinando los hechos en un delito consumado de lesiones, agravado por el uso de instrumento peligroso, previsto y penado en el art. 147 y 148, 1 y 2 del C. Penal.

C) Finalmente, los hechos enjuiciados son constitutivos de dos faltas de lesiones, previstas y penadas en el art. 617.1º del C. Penal, por lo que respecta al resultado lesivo irrogado a Blas y a Noelia, documentado a los folios 71, 72,73,77 y 593 y 594, y a los folios 87, 88 y 515 de las actuaciones.

III./ Que de los expresados delitos de lesiones agravados, sería responsable en concepto de autor (art. 28 del C.P.) el acusado Blas.

Que de una falta de lesiones, son responsables en concepto de coautores Domingo, Gabino y Nicolas.



Y que de la otra falta de lesiones, es responsable en concepto de autora Lorenza , señalada inequívocamente por Noelia como la causante de las mismas, procediendo absolver a Felisa al no constar contribución causal a las mismas.

IV./ Que en la comisión de las faltas descritas, no es de apreciar la concurrencia de circunstancia modificativa alguna.

Que en la comisión de los expresados delitos de lesiones, es de apreciar la concurrencia de la circunstancia eximente completa nº 4 del art. 20 del C. Penal.

En el evento de autos, constata el Tribunal todos y cada uno de los requisitos que perfilan legalmente la legítima defensa.

De una parte, una agresión ilegítima, que, como es sabido, supone la puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos si aparece el mismo como consecuencia de un ataque, de una conducta o de una acción que sea actual, inminente, real, directa, injusta, inmotivada e imprevista. De ahí que resulte imprescindible para posibilitar la apreciación de la eximente- en cualquiera de sus variantes- que entre la agresión y la defensa haya una unidad de acto, pues si el ataque agresivo ha pasado, la reacción posterior deja de ser defensa para convertirse en venganza. Ha de haber, así, una coincidencia temporal entre el acto de la agresión ilegítima y la pretendida legítima defensa para que ésta pueda tener alguna relevancia penal: unidad de acto o requisito de actualidad o inminencia en la agresión (Cfr. TS 2.ª SS 15 Oct. 1991, 20 Sep. 1994 y 29 Ene. 1998, 10 abril 2000, 17 de octubre de 2001, 7 noviembre 2003). De otra, falta de provocación suficiente por parte del defensor. Finalmente la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la ilegítima agresión, requisito en torno al cual la doctrina jurisprudencial del TS ha establecido que ello comporta un juicio de valor sobre las circunstancias del caso concreto y no sólo sobre la semejanza de los medios empleados, puesto que la exigencia legal de racionalidad del medio ( art. 20.4º CP) no se reduce necesariamente a la de la proporcionalidad del medio. Es por ello que, junto a los módulos objetivos que atienden directamente a la paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, a sus condiciones personales, posibilidad del auxilio con que pudiera contar etc., es necesario tener en cuenta también el estado anímico del agredido tanto como la efectiva disponibilidad de medios en el momento de ejecutar la acción de defensa, en la medida en que no se encuentra razón legal alguna que imponga en este punto unas exigencias objetivas de igualdad que restrinjan el ámbito de la legítima defensa. Es decir, desde una perspectiva ex ante, debe valorarse también la posible perturbación psicológica que de ordinario produce la agresión en el destinatario de la misma, tanto más si es ilegítima y no provocada, porque no puede exigir a quien actúa bajo la presión de tener que defenderse la reflexión, la tranquilidad de espíritu y la ponderación que debería tener en circunstancias normales de la vida para escoger los medios de defensa y medir con exactitud el alcance de la reacción defensiva ( S TS 2ª 470/2005 de 14 abr.). Y ello, porque "el juicio sobre la aplicación o no de la eximente no puede ser intemporal ni abstracto, como si la conducta se hubiera producido en una situación de vacío de determinaciones, cuando lo real es que las acciones de ese género suelen darse en unas particularísimas coordenadas de espacio, tiempo, y correlación de fuerzas" ( S TS 2ª 1428/2003 de 31 oct.).

Enlazando con lo inicial expuesto, los precedentes requisitos confluyen en la dinámica enjuiciada que ha declarado probada, puesto que Blas , que tranquilamente se dirigía a agotar en una discoteca las últimas horas de la madrugada junto a su pareja, para celebrar el cumpleaños de ésta, de regreso a su vehículo, se vió sorprendido por varios individuos que, confundiéndole con otro, quisieron descargar sobre él, en venganza, la rabia producida por un altercado previo en el que no había tenido arte y parte. Existió por tanto una agresión ilegítima, imprevista, actual y real, no provocada, que precisaba de la necesidad de defensa de su integridad física; y esa necesidad defensiva acuciante, frente a los golpes y patadas de que era objeto por parte de tres individuos que le habían abierto ya la ceja y le tumbaron al suelo -respecto de los que ignoraba sus finales intenciones- la canalizó instrumentalmente el procesado, ante la imposibilidad de auxilio por parte de su pareja -que era a su vez retenida y separada del grupo agresor por dos mujeres- haciendo uso del instrumento que, por otras razones, portaba en el bolsillo. No usarlo, equivalía a no defenderse frente a sus, no uno sino tres agresores, y en términos de posibilidad real, es decir en el ámbito de lo exigible, defenderse eficazmente exigía precisamente el uso del rayador, único instrumento a su alcance. Hacerlo con dos punzadas en uno de sus agresores y con otra en su segundo agresor, que permitieron neutralizar la agresión, no debe considerarse exceso, desproporción, o falta de necesidad racional, sino lo proporcionado, dentro de lo necesario y de lo posible.

V./ En trance de individualizar las penas imponibles, la Sala estima justamente retribuida la acción llevada a cabo por Domingo , Gabino y Nicolas , y en atención al no desdeñable demérito corporal irrogado, con la





imposición de la pena de 2 meses multa, a razón de una cuota diaria de 4 E. atendida su parca capacidad económica.

Por lo que atañe a Lorenza , la Sala considera oportuno imponerle la pena de un mes multa, a razón de una cuota diaria de 4 E y por iguales razones.

VI./ En sede de responsabilidad civil, y de conformidad a lo prevenido en los arts. 109 y concordantes siguientes, procederá condenar a Domingo , Gabino y Nicolas a que indemnicen a Blas en la cantidad de 1.805,81 E ( 286,5 E por los 10 días no impositivos, 800,12 E por las secuelas, evaluadas en 6 puntos, y 719,18 E por el perjuicio estético), sin que proceda conceder mayor indemnización en atención al principio rogatorio y dispositivo de la acción civil, por mas que el demérito corporal sufrido, evaluado análogamente a lo previsto en el Anexo de la LRCSCVM alcanzaría una cuantía sensiblemente mayor a la postulada por ambas acusaciones.

Al **haber** renunciado Noelia a cualquier indemnización, no cabe condena alguna respecto de Lorenza .

Concurrente en el evento de autos una causa de justificación (la prevista en el nº 4 del art. 20 del C.P.), y a tenor de lo prevenido en el art. 118 del C.Penal, no cabe efectuar declaración alguna de responsabilidad civil a cargo de Blas .

VII./ Que, de conformidad a lo dispuesto en el art. 240 de la L.E.Cr y 123 del C. Penal, procede declarar de oficio las costas correspondientes a los dos delitos por los que ha resultado absuelto Blas ; e imponer a Domingo , Gabino y Nicolas , por terceras partes, las correspondientes a la falta por la que han sido condenados, así como a Lorenza la mitad de las correspondientes a la falta por la que ha sido condenada, declarando de oficio la restante mitad.

## FALLO

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Blas , por concurrencia de la eximente completa de legitima defensa, de los delitos de lesiones agravadas y homicidio en tentativa de que venía acusado, con declaración de oficio de las costas procesales.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Felisa de la falta de lesiones de que venía siendo acusada, con declaración de oficio de la mitad de las costas procesales correspondientes a un juicio faltas.

Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Lorenza , en concepto de autora de una falta de lesiones, a la pena de un mes multa, a razón de una cuota diaria de 4 E, sujeta, en caso de impago, a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas, así como al pago de la mitad de las costas procesales, correspondientes a un juicio de faltas.

Y debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Domingo , Gabino y Nicolas , en concepto de coautores de una falta de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena, para cada uno de ellos, de 2 meses multa, a razón de una cuota diaria de 4 E. sujeta, en caso de impago, a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas; a que indemnicen a Blas en la cantidad de 1.805,81 E por las lesiones, secuelas y perjuicio estético sufrido, así al pago, por terceras partes, de las costas procesales correspondientes a un juicio de faltas.

Reclámese al Instructor las piezas de responsabilidad concluidas con arreglo a derecho.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.