



Roj: **SAP CA 534/2009 - ECLI: ES:APCA:2009:534**

Id Cendoj: **11012370042009100059**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **4**

Fecha: **16/03/2009**

Nº de Recurso: **13/2009**

Nº de Resolución: **75/2009**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MARIA INMACULADA MONTESINOS PIDAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

SECCIÓN CUARTA

SENTENCIA 75/09

PRESIDENTE:

D. MANUEL BLANCO AGUILAR

MAGISTRADOS:

D.MANUEL ESTRELLA RUIZ

Dª INMACULADA MONTESINOS PIDAL

JUZGADO DE MENORES DE ALGECIRAS

EXPEDIENTE DE REFORMA Nº 2/08

ROLLO DE APELACIÓN Nº 13/09

En la Ciudad de Cádiz, a 16 de marzo de 2009.

Vista por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, la causa referenciada al margen, siendo parte apelante los menores Jose Miguel y Alejandro así como la Acusación Particular ejercida por Marisol , Edmundo y Horacio . Son parte apelada el MINISTERIO FISCAL y Olegario .

Ha sido ponente la Magistrada Iltma. Sra. INMACULADA MONTESINOS PIDAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Por el Juzgado de Menores de Algeciras con fecha 17 de noviembre de 2008 , se dictó sentencia en la causa de referencia, cuyo Fallo literalmente dice:

Que debo declarar y declaro a Olegario , responsable en concepto de autor de un delito de **asesinato**, y de un delito de robo con violencia e intimidación y uso de arma en grado de tentativa acabada, sin la concurrencia de la agravante de disfraz, imponiéndole la medida de nueve años de internamiento de régimen cerrado y cuatro años de libertad vigilada con asistencia educativa, con abono del tiempo de duración de la medida cautelar adoptada respecto del mismo. A Alejandro y Jose Miguel , responsables en concepto de autores como cooperadores necesarios, de un delito de homicidio, y de un delito de robo con violencia e intimidación y uso de arma en grado de tentativa acabada, sin la concurrencia de la agravante de disfraz, imponiéndoles a cada uno: la medida de siete años de internamiento en régimen cerrado y cuatro años de libertad vigilada con asistencia educativa, con abono del tiempo de duración de la medida cautelar adoptada respecto de los mismos.

Se impone a Olegario , , Jose Miguel y Alejandro la prohibición por tiempo de dos años de aproximarse en 500 metros o comunicarse por cualquier medio, informático o telemático, contacto escrito o verbal o visual, con



los perjudicados y todos los testigos que han declarado en la causa, así como la prohibición de que acudir a la población de Puente Mayorga, y la de La Línea de la Concepción, excepto respecto esta última, para acudir a los recursos asignados por la administración para al asistencia a centro de día y el programa de deshabitación.

La medida de libertad vigilada impuesta, que deberá ratificarse conforme establece el artículo 10.4 LORRPM, deberá tener el siguiente contenido: asistencia a centro de día, y comparecer personalmente en el Juzgado de Menores una vez al mes a fin de rendir cuentas de las actividades realizadas y justificarlas.

Como objetivos a cumplir por los menores en la ejecución de las medidas impuestas: los que se establezcan en el programa individualizado de ejecución de medida, así como los siguientes: los que se establezcan en el programa individualizado de ejecución de medida, así como los siguientes: reforzar el desarrollo de la capacidad empática estimulando un adecuado nivel de autoestima, apoyar y potenciar una personalidad madura, autónoma y responsable, estableciendo una adecuada asunción de responsabilidad; desarrollar y potenciar un mayor repertorio de habilidades sociales que faciliten un adecuado proceso de socialización y afrontar la resolución de problemas para aprender a valorar su vida y facilitar el ejercicio de su propia motivación respecto a sus expectativas profesionales.

Se absuelve a Olegario, Alejandro y Jose Miguel del delito de tenencia de armas del que hasta ahora eran acusados.

Así mismo, el menor Olegario y sus padres, D. Apolonio y su madre Dña. Elsa, el menor Alejandro y su madre Dña. Montserrat, así como su guardador de hecho, D. Franco, y el menor Jose Miguel y sus representantes legales, D. Modesto y Dña. Covadonga deberán indemnizar, de forma conjunta y solidaria, a Dña. Marisol en la cantidad de cincuenta mil euros (50.000), a D. Edmundo la cantidad de cincuenta mil euros (50.000) y a D. Horacio en la cantidad de diez mil euros (10.000), por los daños morales y perjuicios sufridos por la pérdida de su padre e hijo, respectivamente, más intereses legales.

2.- Contra dicha Sentencia se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación del menor, y admitido el recurso en ambos efectos, conferidos los preceptivos traslados, y elevados los autos a esta Audiencia, fue formado el correspondiente rollo. Se designó el Magistrado Ponente antes referido, y se acordó la celebración de vista que tuvo lugar el día 10 de marzo de 2009. Reunida la Sala quedó votada la sentencia acordándose el Fallo que se expresará.

3.- En la tramitación de este recurso, se han observado todas las formalidades legales, salvo el plazo para sentenciar por la atención a asuntos penales preferentes.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia, fiel reflejo de las pruebas practicadas, que son del siguiente tenor:

Son hechos probados y así se declaran como tales, que en la noche del día 18 de diciembre de 2007, ente las 22:00 y las 00:00 horas, los tres menores expedientados, Olegario, Alejandro y Jose Miguel, acompañados de otro joven mayor de edad, por el que se sigue procedimiento aparte, estaban en la plazoleta El Sardinar, sita en la barriada de Puente Mayorga, del término municipal de San Roque. En un momento determinado, el individuo mayor de edad dijo a los menores expedientados que había robado en el bar "Las Palmeras", a su propietario, Alejo, con un bate de béisbol, siete mil euros. A continuación, y con el propósito de llevar a cabo similar acción delictiva, los expedientados se dirigieron al domicilio de Olegario, sito en Puente Mayorga, con el propósito de prepararse para el atraco. Olegario se cambió de ropa, poniéndose en chándal de color azul oscuro, de la selección española, unas zapatillas deportivas viejas, una gorra y una "braga" de color oscuro para taparse la cara, cogiendo un machete de grandes dimensiones con el que iban a realizar el robo. Los tres menores se dirigieron hacia el bar Las Palmeras con el propósito de robar al dueño, sabiendo que Olegario portaba un machete. Una vez en las inmediaciones, esperaron en actitud vigilante, con las capuchas de las sudaderas puestas, a que se cerrara el bar. Cuando su gerente, Alejo, salió del local cerrando su puerta posterior, y con el concierto de todos los demás, el expedientado Olegario se dirigió a la víctima, permaneciendo los demás expedientados en las inmediaciones, vigilando para asegurarse la ejecución del robo. A continuación, Olegario esgrimiendo el machete que portaba, le pidió que le diera todo el dinero que llevase, contestadno Alejo que no llevaba dinero, instante en el que Olegario, de forma sorpresiva, le agredió con el arma, volviendo a exigirle dinero, y como quiera que la víctima empezase a correr, con ánimo de acabar con su vida, le asestó varias puñaladas con el arma blanca que llevaba empleando gran violencia en el ataque. Los expedientados, Jose Miguel y Alejandro presenciaron la agresión, sin hacer nada para evitarla, el primero de ellos, y sin hacer lo suficiente el segundo. La secuencia de la agresión es la siguiente: en primer lugar le atacó por la espalda, sin darle ninguna posibilidad de defensa, causándole: "una herida inciso punzante en



la región posterior del hombro izquierdo"; en segundo lugar, la víctima se cayó al suelo, por efecto del primer ataque, y una vez allí, el expedientado, Olegario , le vuelve a atacar, causándole con el arma blanca "una herida anterior amplia de 15 centímetros de longitud, inciso punzante en pierna izquierda", en tercer lugar, cuando la víctima se levanta del suelo, en la zona de tórax posterior, una a la altura de la 6ª costilla, que lesionó el polo basal externo del lóbulo pulmonar izquierdo, otra a la altura del arco posterior de la tercera a la altura de la columna, siendo las tres de carácter vital. La víctima no presentaba ninguna herida de defensa, al haber sido el ataque sorpresivo. Tras la agresión, Olegario registró a la víctima, sin que conste que se llevaran algún efecto de su propiedad. A continuación, los tres expedientados vieron a la víctima en el suelo sangrando, aún con vida, y se marcharon corriendo del lugar al domicilio de Olegario al cual accedieron los tres. En la cocina, Olegario se dispuso a envolver en un papel el arma mancada con sangre que había utilizado. El arma con la que se perpetró la agresión no ha sido hallada.

La víctima, Alejo , falleció a las 08:40 horas del día 18 de diciembre de 2007 por parada cardio-respiratoria, shock hipovolémico posthermorrágico por herida de arma blanca, según informe de autopsia.

A la fecha de ocurrir los hechos, Alejo , estaba divorciado, tenía dos hijos, Marisol y Edmundo , y convivía con su padre, D.. Horacio .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El recurso de apelación interpuesto por la defensa de los menores Jose Miguel y Alejandro establece un relato de hechos probados según el cual, los citados menores aunque presenciaron la agresión sufrida por Alejo , no ejercitaron funciones de vigilancia, lo que supone invocar error en la valoración de la prueba.

La juez a quo razona que las declaraciones de dichos expedientados en las dependencias de la Guardia Civil, en las que se ratificaron en la Fiscalía de Menores, en las cuales coinciden en manifestar que el otro menor Olegario les dijo que se quedarán vigilando para cometer el robo a lo que accedieron los dos, gozan de mayor credibilidad que las realizadas posteriormente en el acto de la audiencia donde se desdican de la versión inicial, al tener lugar en el momento más cercano en que ocurrieron los hechos y ser por tanto más espontáneas y prestarse con menor reflexión o posible fabulación y así mismo tiene en cuenta la testifical de dos vecinas que afirmaron que vieron a los menores expedientados en las inmediaciones del bar Las Palmeras en actitud vigilante, para considerar acreditado que los menores efectivamente auxiliaron a Olegario realizando funciones de vigilancia.

El recurso de apelación, en la esfera penal, viene caracterizado por la nota específica de la plena jurisdicción, de manera que el tribunal puede revisar los hechos probados y sustituir los establecidos por la sentencia de instancia por aquellos que resulten acreditados del estudio de los antecedentes y alegaciones vertidas en los escritos de recurso y de impugnación, o en la eventual vista oral; sin embargo, a consecuencia de la inmediatez observada en el Juicio Oral, con la correlativa apreciación directa por el Juez de las pruebas practicadas, es prudente no reformar la base fáctica de la resolución recurrida si del examen de las pruebas no aparece una deducción ilógica, forzada o absurda que lleve a declarar probados unos determinados hechos que, en otro caso, no debieran haberlo sido. En el presente caso, de la prueba practicada en la primera instancia no resulta sino lo que se expresó como contenido del apartado de los hechos probados, no intentando el recurrente más que la sustitución del convencimiento imparcial del Juez por el de la parte recurrente, actuación comprensible pero que debe ser valorada con prudencia, ya que como a continuación se justificará las pruebas practicada no admiten más conclusión lógica que la formulada por el juez a quo.

A mayor abundamiento como en otras ocasiones hemos recordado, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 170/2002 , luego seguida por muchas otras, no es que resulte conveniente en los términos vistos que no se valoren de forma distinta las pruebas practicadas ante el Juez que preside el plenario, es que ello, en los que a las pruebas personales hace (testimonios de partes, testigos y peritos) es imposible. A título de ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional de 30/septiembre/2002, nº 170/2002 explica que: " el Pleno de este Tribunal (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9, 10 y 11), modificando la doctrina anterior en relación con las exigencias constitucionales del proceso justo en fase de apelación, en concreto respecto de las garantías de publicidad, inmediatez y contradicción, para adecuarla a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías " al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de la Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediatez y contradicción". La idea es reiterada en la sentencia del Tribunal Supremo de 28/octubre/2002, nº 200/2002 : " Al haberse procedido a condenar en la segunda instancia al recurrente en amparo, modificando los hechos probados (...) sobre la base de una nueva valoración de la prueba testifical en relación a un dato



fáctico (...), resulta de aplicación al presente caso la doctrina establecida por el Pleno de este Tribunal en la ya mencionada STC 167/2002 (...). Y según dicha doctrina ha de concluirse que, dado el carácter personal de las pruebas en las que se sustenta la acreditación de los hechos, de los que se deduce el discutido elemento normativo del tipo del art. 379 del Código penal, el respeto por la Audiencia Provincial de los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, impedía que valorase por sí misma pruebas practicadas sin observancia de esos principios ante ella, y corrigiese con su propia valoración la del órgano a quo".

Conforme a lo expuesto ha de respetarse la valoración probatoria de la juez a quo, debiendo añadirse que los menores se situaron en dos lugares diferentes desde donde vieron lo que hizo Olegario y podían avisarle de la llegada de cualquier persona y luego se fueron los tres a su casa, todo lo cual no puede considerarse mera coincidencia y que Olegario en la vista reconoció su participación en el robo, el carácter concertado de éste y que los dos menores asumieron funciones de vigilancia, por todo lo cual ha de desestimarse el recurso interpuesto por la defensa de los menores Jose Miguel y Alejandro.

SEGUNDO: La acusación particular discrepa con el contenido de la sentencia en varios aspectos. En primer lugar considera que concurre la circunstancia nº 3 del artículo 139 del Código Penal (ensañamiento) en relación al delito de **asesinato** argumentando que de las cinco heridas que sufrió el Sr. Alejo tres de ellas independientemente cada una ya suponía la muerte, por lo que si la primera de éstas ya era mortal las siguientes no tenían otro sentido que aumentar el sufrimiento de la víctima.

Los hechos probados de la sentencia describen una secuencia de la agresión según la cual Olegario en primer lugar causa a Alejo una herida inciso punzante en la región posterior del hombro izquierdo, luego una herida de 15 centímetros en la pierna izquierda, y en tercer lugar, cuando la víctima se levanta del suelo, tres heridas en la zona del tórax posterior.

El ensañamiento como viene manteniendo el Tribunal Supremo requiere un elemento objetivo constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, aumentando el sufrimiento de la víctima y otro subjetivo consistente en que el autor debe ejercitar de modo consciente y deliberado actos que no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima. En el presente caso no existe ningún dato del que pudiera desprenderse que la intención de Olegario era aumentar el sufrimiento de la víctima al agredirle varias veces con el machete, pues tras la primera agresión en el hombro que se describe en el informe de autopsia como "herida inciso punzante de carácter vital" y segunda agresión en pierna izquierda, se sucedieron tres más en el tórax, descritas en el citado informe como "heridas inciso punzantes por arma blanca con características vitales" lo que no evidencia un deseo de aumentar el dolor con sufrimientos innecesarios sino de persistencia en la voluntad de acabar con la vida de la víctima dada la zona vital en que se produjeron.

TERCERO-. Considera en segundo lugar la acusación particular que el grado de ejecución del delito de robo con violencia e intimidación es de consumación y no de tentativa ya que existen datos suficientes para inducir que los tres menores lograron sustraerle la recaudación producto del trabajo de ese día en el bar, cuales son los varios testigos que en la vista afirmaron que el Sr. Alejo se llevaba consigo la recaudación diaria al finalizar su jornada de trabajo, y el hecho reconocido por la Guardia Civil de que el local no presentaba signos de forzamiento.

Entendemos que no puede tenerse por acreditado que el Sr. Alejo siempre o habitualmente se llevara la recaudación del día, de lo que podría inferirse con arreglo a las reglas de la lógica y experiencia que también lo hiciera el día de los hechos y que en consecuencia le fue sustraída por los menores, pues si bien los familiares de la víctima se han manifestado en tal sentido, una testigo que fue empleada del bar declaró que cuando ella estuvo se llevaba el dinero de la recaudación pero que sabe que a veces lo dejaba en el bar y porque los agentes de la Guardia Civil declararon que en el bar no había signos de forzamiento, pero que no sabían si tenía recaudación o no, por cual no puede apreciarse el robo en grado de consumación.

CUARTO: En cuanto a la agravante de disfraz invocada por la acusación particular el Tribunal Supremo viene manteniendo por ejemplo en sentencia de fecha 10/10/94 que no concurre tal agravante "cuando el enmascaramiento es parcial, de modo que no se ve completamente la faz, dejando descubiertas partes que permitan el reconocimiento o identificación".

En el presente caso hemos de respetar la valoración probatoria de la juez a quo basada en la declaración de los menores Jose Miguel y Alejandro que manifestaron que Olegario para cometer el robo se puso una "braga" que le cubría parte del rostro y de los testigos vecinos del lugar que afirmaron que llevaban sudaderas y capuchas pudiendo identificarlos, por lo que, siendo el enmascaramiento parcial y no impidiendo la identificación, no puede apreciarse la agravante invocada.



QUINTO:-. En cuanto al delito de tenencia de arma prohibida del artículo 563 del C.P . imputando a los menores por la acusación particular, la juez de menores considera que al no haber sido hallada el arma con la que se produjo la agresión, el informe de la autopsia y las declaraciones de los menores que la describen como "machete" son insuficientes para asegurar con certeza el tamaño y características del arma empleada.

El Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto núm. 137/1993, de 29 de enero, en su Sección 4ª del Capítulo Preliminar, relativa a Armas Prohibidas, contiene una extensa enumeración y descripción de las mismas, que, en virtud de la prohibición de la interpretación extensiva del tipo, debería considerarse cerrada, sin perjuicio de lo que a continuación se aclarará. Así, en relación a armas blancas, el artículo 4.1 .f prohíbe la tenencia de bastones-estoque, los puñales (que define como armas blancas de hoja menor de 11 cm, de los filo y puntiaguda) y las navajas automáticas. Sin embargo tal descripción no agota todos los supuestos del Reglamento porque el artículo 4,1 .h) añade a lo anterior la prohibición de "cualquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas."

Como ha mantenido el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 20 de diciembre de 2000 la interpretación del concepto de arma prohibida con la remisión del Reglamento de Armas requiere inexcusables caracteres de certeza, precisión y taxatividad, por lo que en el presente caso, en el que además , aunque en los hechos probados de la sentencia se haga referencia al machete como de "grandes dimensiones", no ha sido hallado ni se ha precisado el tamaño de la hoja, debemos concluir que no pueda apreciarse la conducta típica del artículo 563 del C.P .

SEXTO-.Discrepa por último la acusación particular respecto a la indemnización establecida en concepto de daños y perjuicios a favor de los perjudicados por los hechos delictivos considerando más acertada la suma total de 210.000 euros según el siguiente desglose: una indemnización de 90.000 euros para cada uno de los dos hijos y de 30.000 euros para el padre.

Como manifestó el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 2/12/08 la facultad exclusiva y excluyente a la hora de fijar y cuantificar las indemnizaciones pertinentes la ostenta el Tribunal de inmediateción, quedando a las instancias superiores una residual competencia para controlar las irregularidades, rayanas en la arbitrariedad, que pueda haber deslizado el órgano jurisdiccional a quo (v.g. desatención a las bases o criterios normativos indemnizatorios, la utilización de argumentos absurdos o arbitrarios o absolutamente desajustados a la moderación y al prudencia, o apoyados en circunstancias falsas, erróneas o inexistentes, etc...). El tribunal sentenciador goza por tanto de una discrecionalidad sujeta a la racionalidad y a la prudencia.

Conforme a lo expuesto el criterio y razonamiento de la juez a quo tomando como referente el baremo de accidentes de tráfico, pero sin hacer una aplicación rigurosa del mismo como afirma en el auto de fecha 11/12/07 por el que no accedió a la aclaración solicitada, realizando además un incremento del 20 % en atención a la causación dolosa del perjuicio no debe ser modificado, pues no puede ser tachado de irracional o arbitrario.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la defensa de los menores Jose Miguel y Alejandro , así como por la acusación particular ejercida por Marisol , Edmundo y Horacio contra la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2008 dictada por el Juzgado de Menores de Algeciras en los autos de Expediente de Reforma 2/08, confirmando íntegramente la misma, sin pronunciamiento alguno en materia de costas respecto a esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de sala, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.