



Roj: **SAP AL 636/2010 - ECLI: ES:APAL:2010:636**

Id Cendoj: **04013370012010100121**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Almería**

Sección: **1**

Fecha: **22/04/2010**

Nº de Recurso: **14/2008**

Nº de Resolución: **103/2010**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **ANDRES VELEZ RAMAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCION Nº 1 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERIA

AVDA. REINA REGENTE S/N

Tlf.: 950-00-50-10. Fax: 950-00-50-22

NIG: 0401337P20080000461

Procedimiento Sumario Ordinario 14/2008

Ejecutoria:

Asunto: 100307/2008

Negociado: PC

Proc. Origen: Procedimiento Sumario Ordinario 6/2008

Juzgado Origen: JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº4 DE ALMERÍA (ANTIGUO MIXTO Nº9)

Contra: Noelia , Florentino y Andrea

Procurador: JIMENEZ TAPIA, Mª DOLORES

Abogado: JOSE ROLDAN MURCIA, ESPERANZA GONZALEZ ROBLES

Ac. Part.: Severino

Procurador: SOLER MECA, JOSE LUIS

Abogado: CALATRAVA ESPINOSA, JUAN CARLOS

SENTENCIA Nº 103/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA

SECCIÓN 1ª

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. RAFAEL GARCIA LARAÑA

MAGISTRADOS

D. ANDRES VELEZ RAMAL

D. JOSE LUIS JOSE LUIS CASTELLANO TREVILLA

Juzgado de Instrucción núm. 4 Almería.

Sumario núm. 6/08.



Nº de Sala 14/08.

En la ciudad de Almería, a veintidós de abril de dos mil diez.

Vista por la Sección 1ª de esta Audiencia la causa procedente del Juzgado de referencia, seguida por delito de asesinato contra los acusados,

Noelia , DNI nº NUM000 , nacida el 12 de junio de 1.970, hija de Vicente y Mercedes, natural de Madrid, vecina de Garrucha, con domicilio en C/ DIRECCION000 , num. NUM001 - NUM002 NUM003 , con instrucción, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en prisión provisional por esta causa, en la que ha estado privado de libertad desde el 20 de junio de 2007, situación en la que continua, representada por la Dª Procuradora María Dolores Jiménez Tapia y defendida por el Letrado D. José Roldán Murcia.

Florentino , con DNI nº NUM004 , nacido el 22 de febrero de 1959, hijo de Antonio y Dolores, natural de Barcelona, vecino de Garrucha, con domicilio en C/ DIRECCION000 , num. NUM001 - NUM002 NUM003 , con instrucción, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en prisión provisional por esta causa en la que ha estado privado de libertad desde le 20 de junio de 2007, situación en la que continua, representado por la Procuradora Dª María Dolores Jiménez Tapia y defendido por el Letrado D. Miguel Ángel Alonso Caparros.

Andrea , con DNI nº NUM005 , nacida el 31 de octubre de 1078, hija de José y Rosalía, natural de Barcelona, vecina de Sant Celoni (Barcelona) con domicilio en C/ DIRECCION001 , nº NUM006 , NUM007 NUM008 representada por la Procuradora Dª María Dolores Jiménez Tapia y defendida por la Letrada Dª. Francisca María Haro Molina.

Ejerciendo la acusación particular Severino , con DNI NUM009 , natural de los Llanos de la Espinosa (Albox), nacido el 18 de septiembre de 1067, hijo de Justo y María Encarnación, vecino de Albox con domicilio en DIRECCION002 , NUM010 , representado por el Procurador D. José Luis Soler Meca y defendido por el Letrado D. Juan Carlos Calatrava Espinosa, siendo parte el Ministerio Fiscal y ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. ANDRES VELEZ RAMAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa fue incoada en virtud de atestado policial. Practicada la correspondiente investigación judicial, dio el Juzgado traslado al Ministerio Fiscal y Acusación Particular, que solicitaron la apertura del juicio oral y formularon acusación contra Noelia , Florentino y Andrea . Abierto el juicio oral, se dio traslado a las defensas, que presentaron sus escritos de calificación provisional, tras lo cual el Juzgado elevó las actuaciones a esta Sala para su enjuiciamiento.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala se señaló día para el juicio, que tuvo lugar en varias sesiones, la primera sesión el día 24 de marzo del corriente año, finalizando el 21 de abril , con asistencia del Ministerio Fiscal, Acusación Particular, de los acusados y de sus defensas, practicándose las pruebas y dándose cumplimiento a todas las formalidades legales.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos relatados como constitutivos de A) Un delito de Asesinato en grado de tentativa de los art. 139. 1 y 2 , 140, 16.1 y 62 C.P . y B) Un Delito de Asesinato en grado de tentativa de los art. 139.2 , 16.1 y 62 CP .

Del Delito A) responde como autor el procesado Florentino (art. 28 C.P .), del delito B) responde como inductora la procesada Noelia (art. 28,a) CP), del delito B) responde como cómplice la procesada Andrea (art. 29 C.P .)

Concorre la circunstancia modificativa de parentesco del art. 23 respecto a Noelia . Solicitó se le impusieran las penas de: al procesado Florentino la pena de 12 años de prisión, inhabilitación absoluta durante la condena, prohibición de aproximarse a menos de 200 metros a Severino en cualquier lugar en que se encuentre así como comunicarse con el mismo por cualquier medio durante 20 años y costas. A la procesada Noelia , la pena de 14 años de prisión, inhabilitación absoluta durante la condena, prohibición de aproximarse a menos de 200 metros a Severino en cualquier lugar en que se encuentre así como comunicarse con el mismo por cualquier medio durante 20 años y costas. A la procesada Andrea la pena de 5 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a menos de 200 metros a Severino en cualquier lugar en que se encuentre así como comunicarse con el mismo por cualquier medio durante 12 años y costas.

Los procesados indemnizarán solidariamente a Severino en 22.410 euros por las lesiones causadas y en 9.000 euros por las secuelas. Cantidad que se incrementará conforme a los dispuesto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .



CUARTO.- La acusación particular, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de Asesinato del artículo 139.1 y 2. y 140 del Código Penal en grado de tentativa (arts. 16 y 62 del Código Penal). Concurriendo la alevosía solo respecto al autor material.

Es autor del delito Florentino , art. 27 y 28 del C. P .

Es inductora del delito Noelia , art. 27 y 28 del C.P .

Es cómplice Andrea , art. 27 y 29 del C.P .

Concorre respecto de Noelia , las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del art. 22.2 (aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente) así como la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal .

Procede imponer a los acusados las siguientes penas:

A Florentino , 12 años de prisión e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena. Prohibición de aproximarse a la víctima a menos de 200 metros durante 20 años, ni comunicarse con él por ningún medio.

A Andrea , 5 años de prisión e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena. Prohibición de aproximarse a la víctima a menos de 200 metros durante 12 años, ni comunicarse con él por ningún medio.

Noelia , 14 años, 11 meses y 15 días de prisión e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena. Prohibición de aproximarse a la víctima por plazo de 20 años y a menos de 200 metros, ni comunicar con él por ningún medio.

Las costas deberán ser impuestas a los responsables del delito, artículo 123 del Código Penal .

En cuanto a la responsabilidad civil de los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a Severino en la cantidad de 32.700 euros por las lesiones causadas y 90.000 euros por la secuelas e incapacidades que padece.

QUINTO.- La defensa de la procesada Noelia , eleva a definitivas las conclusiones provisionales y, alternativamente de no estimarse la absolución de su patrocinada solicita que se tengan en cuenta las atenuantes de los artículos 21.3 de la L.E.Crim . referida al estado pasional y la del art. 21.6 del mismo texto legal relativa a las dilaciones indebidas en la tramitación del proceso.

La defensa del procesado Florentino , eleva a definitivas las conclusiones provisionales y alternativamente en defecto de no aplicarse las anteriores, considera que los hechos son constitutivos de un delito de lesiones imprudentes del art. 152 del C. Penal , o alternativamente del art. 148 del mismo cuerpo legal y, que se apliquen las atenuantes de confesión de los hechos del art. 21.4 del C. Penal y de dilaciones indebidas del art. 21.6 de la citada Ley .

Por la defensa de la procesada Andrea , se elevan a definitivas las conclusiones provisionales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Sobre las doce horas del día 1 julio 2007, Florentino , que había permanecido largo tiempo en las inmediaciones del edificio existente en el portal nº NUM011 de la CALLE000 de Almería donde se encontraba el punto de encuentro familiar, entró en el mismo y sin mediar palabra, sorpresivamente y con la intención de acabar con su vida, asestó un primer a Severino , que salía del edificio tras haber asistido a una visita que había teniendo con su hijo en el citado punto de encuentro, y al ser requerido por éste sobre el motivo de la agresión, fue contestado por el procesado diciéndole que él ya lo sabía, diciéndole que no gritara, siguiendo impactando en el cuerpo del mismo, no obstante Severino logró zafarse y subir hasta el punto de encuentro solicitando ayuda, siendo perseguido por Florentino , que desistió cuando Severino llegó al citado centro. Como consecuencia de los hechos, Severino sufrió heridas consistentes en "herida inciso-contusa en hipocondrio derecho con evisceración de epiplón; herida inciso-contusa en hipogastrio; sección de arteria epigástrica; perforación de intestino delgado; perforación de sigma; herida inciso-contusa en antebrazo izquierdo; sección de arteria radial, nervio cubital y radial izquierdos; herida inciso-contusa infraclavicular izquierda, distress respiratorio. Requiriendo para su curación tratamiento médico quirúrgico consistente en ligadura de arteria epigástrica, sutura de intestino delgado, sutura y epiploplastia de sigma, apendicectomía profiláctica, sutura del nervio radial, by-pass húmero-radial con vena safena, requiriendo 365 días de curación, de ellos los mismos invalidantes habiendo estado hospitalizado 17 días, quedándole como secuelas trastorno por estrés postraumático, algia abdominal, algia de miembro superior izquierdo y cicatrices amplias y visibles,



existiendo riesgo vital". Además administrativamente le ha sido reconocido por los órganos competentes de esta Comunidad Autónoma un grado de discapacidad global del 48% y otro de minusvalía del 57%.

Previamente Noelia ex-esposa de Severino se había concertado con Florentino a través de su pareja Andrea para matar a aquél a cambio de 3000 euros, de permanecer en el domicilio cuyo uso y disfrute se le atribuyó en el procedimiento de divorcio y de que Noelia se ocuparía de la familia de Florentino si a éste le pasaba algo, suministrándole toda la información necesaria sobre el lugar, día y hora de la visita que por su petición habido sido cambiada de día, tras entregarle una foto de Severino para que Florentino ejecutara la acción acordada como así hizo, movido por la contraprestación ofrecida.

Andrea tenía por tanto conocimiento de que su pareja iba a matar al marido de Noelia, de la contraprestación ofrecida por ésta y del lugar, día y hora en que se iba a producir el hecho, acompañando desde Garrucha a esta Capital a Noelia al punto de encuentro para la entrega del hijo, la espero en el portal e inmediaciones del edificio y no hizo nada en ningún momento para evitar que se llevara a cabo lo concertado.

Los tres procesados eran mayores de edad y a la fecha de los hechos carecían de antecedentes penales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la defensa de los acusados, en sus conclusiones definitivas plantean como cuestiones la impugnación de la totalidad de las diligencias practicadas en el sumario. A este respecto, procesalmente procede ya la desestimación de tales cuestiones impugnadas. Estamos ante un procedimiento ordinario, y en éste, los artículos de previo pronunciamiento deberán proponerse dentro de los tres primeros días del plazo concedido para calificar provisionalmente los hechos. Tal proposición se hará por escrito independiente del de conclusiones provisionales, acompañando al mismo los documentos en que se fundan sus pretensiones, y si la parte proponente no los tuviera a su disposición, designará el archivo u oficina en que se encuentren, pidiendo que el Tribunal los reclame a quien corresponda.

Las defensas ni plantearon las cuestiones objeto de impugnación en escrito de previo pronunciamiento independiente al escrito de conclusiones provisionales, ni alegó mismas dentro de tales tres primeros días del plazo concedido para presentar su escrito provisional de defensa, ni las introdujo tampoco al inicio del juicio, donde solo hizo constar su protesta la defensa de Noelia por la denegación de prueba en el escrito de calificación solicitada.

Independientemente, que desde el punto de vista procesal, no pueden prosperar las cuestiones previas planteadas en conclusiones provisionales ni definitivas, por no haberse utilizado el cauce legal para ello, tampoco pueden prosperar en cuanto al fondo por falta de invocación de cuestión alguna en periodo procesal correcto, no siendo admisible que ni las acusaciones tengan que contestar ni el Tribunal dar respuesta alguna a cuestión tan dificultosa de entendimiento como la impugnación de la "totalidad de las diligencias practicadas en el sumario".

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de asesinato en grado de tentativa previsto y penado en los arts. 139. 1 y 2, 140, 16. 1 y 62 del Código Penal, respecto del acusado Florentino; así como un delito de asesinato en grado de tentativa de los art. 139. 2, 16. 1, 62 y 63 del mismo Texto respecto de las acusadas Noelia y Andrea. No siendo de apreciar el delito de lesiones ni lesiones imprudentes como fue sostenido por la defensa de Florentino.

La circunstancia que califica en las presentes actuaciones al asesinato es la alevosía, acción que según la jurisprudencia se caracteriza por un "modus operandi" encaminado a asegurar el resultado de la acción sin riesgo para el sujeto activo, concurriendo un ánimo tendencial encaminado a eliminar la posibilidad de defensa por parte del sujeto pasivo, lo que comporta un mayor reproche social.

Como indica la jurisprudencia, SAP Madrid 19 abril 2006; TSJ Navarra de 14 diciembre 2005; STS 8 noviembre 2005 y SAP Almería 19 mayo 2000, la alevosía presenta una triple dimensión: 1) objetiva, en cuanto se trata de una dinámica que tiende a asegurar el resultado sin riesgo para el agente y con indefensión de la víctima; 2) subjetiva, integrada por el ánimo tendencia de aprovechar la situación de indefensión en que se encuentra el sujeto pasivo y 3) sociológica, por la mayor repulsa social que dicho proceder merece, Se trata por tanto, de una circunstancia de naturaleza mixta, prevaleciendo, no obstante su componente objetivo, sin olvidar una cierta subjetividad impuesta por la expresión legal "tienden" cuyo matiz exige, que el agente, tenga la conciencia y voluntad durante la perpetración del acto criminal, de que su conducta elimina toda posibilidad defensiva procedente de la víctima (S. 7 junio 1985; 25 febrero y 21 diciembre 1987; 5 abril, 4 octubre y 27 diciembre 1988).



El Tribunal Supremo viene admitiendo hasta tres formas del quehacer alevé; el proditorio, caracterizado por el acecho, el apostamiento, la emboscada, la trampa o estratagemas, mediante los que la víctima encuentra la muerte; el súbito, en el que el agente fingiendo amistad o disimulando la enemistad, desencadena la agresión, o el ataque de forma repentina e instantánea sin conceder al sujeto pasivo posibilidad para defenderse y finalmente la derivada de circunstancias personales de la víctima, dormida, inconsciente, etc.

Manifestación típica de la modalidad alevé es el acometimiento no anunciado, considerado como típicamente alevoso por las sentencias de 18 noviembre 1987 y 2 noviembre 1988, porque impide que la víctima se percate del mal que se avecina y porque, al producirse el ataque de modo súbito e inesperado, el agente asegura el éxito de su propósito y la indefensión de la víctima.

En suma, el núcleo de esa forma alevosa viene determinado por el hecho del ataque súbito e inesperado para la víctima que precisamente por ello no puede defenderse, y esto es lo que ha sido adverbado ante la Sala por el perjudicado Severino, única persona que presenció la acción junto al acusado Florentino al declarar el hecho de que el ataque fue súbito, sorpresivo e inesperado para la víctima como la forma de ataque, y ello ha tenido su reflejo probatorio en las manifestaciones de los anteriores respecto de la ausencia de todo tipo de discusión o pelea entre acusado y víctima y del ímpetu, rapidez y contundencia con que efectuó tanto el primer impacto como los sucesivos, así como la forma de defensa de Severino que solo tenía su brazo como escudo para ello.

Igualmente, como se contiene en la STS el 13 de noviembre de 1998 «la jurisprudencia de esta Sala (SS. entre otras, de 7-7-1983, 25-4-1985 y 14-9-1992) ha establecido que para poder apreciar la agravante de precio o recompensa es preciso que sea claramente el motor de la acción criminal, requiriendo las siguientes circunstancias para su existencia: a) en cuanto a la actividad, el recibo o promesa de una merced de tipo económico para la ejecución del hecho delictivo; b) en cuanto a la culpabilidad, que la merced influya como causa motriz del delito, mediante el "pactum scaeleris" remuneratorio, afectándole tanto al que entrega como al que recibe el precio; c) en cuanto a la antijuridicidad, que la merced tenga la suficiente intensidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y falta de escrúpulo que revela».

Añade en dicha resolución el TS: «como viene reconociendo la jurisprudencia (SS. 7-7-1983, 25-4-1985, 21-10-1991 y 14-9-1992) la agravante de precio, recompensa o promesa es predicable tanto respecto al sicario, como respecto al que, mediante el precio entregado o prometido, corrompe a tercero, y le induce a causar la muerte de otra persona. Continúa razonando el Alto Tribunal en dicha resolución: «el provocador abarcó con su dolo el precio o recompensa ofrecido por él, que convertía el homicidio concertado en asesinato, sin que la ejecución o inejecución del delito proyectado influyera en la concurrencia de precio, recompensa o promesa, que se dio ya en el momento de confabulación».

Debiendo añadirse respecto a la circunstancia analizada, tanto de los tres mil euros, como de la tenencia del piso ofrecido por Noelia, como el hecho de que ella se ofreciera a cuidar de Andrea si a Florentino le pasaba algo, lo que removió la voluntad de Andrea y Florentino para aceptar la propuesta de Noelia.

Siendo la acción no consumada; el artículo 16 Código Penal distingue dos clases de tentativa, la acabada y la inacabada (TS 1031/2001, 24-5). La calificación como una u otra ha de verificarse en función del grado de desarrollo de la acción, no en función del dolo (TS 3031/1995, 19-10). Hay tentativa acabada cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito, practicando todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado y éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor (TS 75/2002, 29-1 y 3031/1995, 19-10). El concepto de tentativa acabada coincide con el de frustración del anterior CP (TS 1519/2001, 30-7; 386/1996, 8-5 y 3031/1995, 19-10). Hay tentativa inacabada cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito por hechos posteriores practicando parte de los hechos que deberían producir el resultado (TS 1031/2001, 24-5). En todo caso, la expresión "objetivamente" del artículo 16 del CP vigente, significa que el plan o actuación del autor, objetivamente considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado (TS 1866/2000, 5-12): el adverbio "objetivamente" no limita los casos de las tentativas, y por lo que al delito que nos ocupa se refiere, la jurisprudencia ha determinado que hay tentativa acabada de homicidio cuando el sujeto realiza todos los actos necesarios para matar a otro, sin que la muerte llegue a producirse por la intervención de terceros y la rápida atención médica que recibió la víctima (TS 3031/1995, 19-10) que es lo que acaece en este supuesto: La rápida intervención de las personas que se encontraban en el punto de encuentro en el momento en que observan a la víctima entrar pidiendo auxilio, y la llamada inmediata a los servicios médicos (con el consiguiente ingreso hospitalario del lesionado, por la vía de urgencia) es lo que determinó que el acusado no siguiera con su acción que terminó en el momento que Severino llegaba a la puerta de la oficina. No se trató de desistimiento alguno, ni de que se comenzara a dar inicio al delito con algunos actos, sino que del relato de hechos, resultado de la prueba practicada, no puede llegarse a conclusión diversa a la consignada en estos párrafos: El acusado es autor del delito de asesinato intentado, finalidad que no se materializa por la rápida intervención de terceros.



En suma, el núcleo de esa forma de actuación respecto del acusado Florentino viene determinado por el hecho del ataque súbito e inesperado para la víctima que precisamente por ello no puede defenderse, al encontrarse sin posibilidad de reacción al ser acometida en un rellano de escalera por una persona para él desconocida provista de navaja, motivando la proliferación de golpes contra el mismo el trato incardinable en el tipo penal relatado; y esto es lo que ha sido adverbado en el juicio como probado, el hecho de que el ataque fue súbito, sorpresivo e inesperado para la víctima como para declarar la culpabilidad respecto de ello dicha forma de ataque, y ello ha tenido su reflejo probatorio en las manifestaciones de la víctima, de la testigo Ana , educadora del punto de encuentro que con independencia de que no presenciara los hechos, sí vio a Severino volver cuando se había marchado con sangre, pidiendo socorro sin verbalizar nada mas que "me han matado", la Sala no adviera fehaciencia en las manifestaciones de los acusados, no por lo anteriormente relatado, o por su negativa a contestar a las preguntas de las acusaciones en juicio, sino por la admisión de los hechos.

La Sala si apreció rotundidad en las manifestaciones del resto de los testigos, tanto funcionarios del CNP, como trabajadora social del punto de encuentro y peritos-forenses de la acusación que sin interés particular en los hechos, exteriorizaron su conocimiento e intervención en los hechos por su actuación en los mismos, adverbando tanto las manifestaciones de los implicados, como las adverbaciones tanto del CD visualizado en juicio respecto de las imágenes situadas en la calle correspondiente a los hechos, información suministrada por los teléfonos judicialmente intervenidos e informes forenses en juicio ratificados.

En este tenor, ante la negativa a declarar de los acusados en el acto del juicio oral a preguntas de las acusaciones, es lo cierto que consta en las diligencias policiales declaración de los coacusados Florentino y Andrea realizadas en presencia de Letrado y ratificadas en el acto del juicio oral por los funcionarios del CNP actuantes y leídas a petición de los acusadores, en cuyo particular, Florentino (folios 125 y 126), y Andrea (folios 128 y 129) en relación con la de Noelia (folios 35 a 37), donde se exterioriza claramente por los coacusados tanto el concierto para el acometimiento como el animo de matar a Severino , ello relacionado con la visualización del CD sobre la estancia de los partícipes en las inmediaciones del punto de encuentro y las escuchas telefónicas reproducidas en juicio, donde en lenguaje simulado se adviera tanto el concierto referido como la advertencia de Florentino a su pareja sobre la estancia del domingo, día de los hechos, para que adujera que había estado en su casa preparando la declaración que se avecinaba, comunicando Andrea a su pareja el resultado de la misma y advirtiéndole éste que ya no arreglaría problemas de nadie, culminando en el sentido de la manifestación de Noelia de que "ya han cantao que rápido han cantao".

Ello ha de relacionarse con el resto de las testificales, tanto de los funcionarios actuantes como de la educadora del punto de encuentro sobre el cambio de fecha para el mismo y la pericial médica sobre la acometividad de los impactos y el resultado de riesgo vital de su resultado. Debiendo añadirse como se manifiesta en la STSJ Andalucía de 17 noviembre 2008 "El hecho de tratarse de una coacusada no resta todo valor a dicha declaración. La doctrina jurisprudencial sobre el valor probatorio de las declaraciones inculpatorias de los coacusados es bien conocida: pese a que no pueda tener la consideración de prueba testifical (pues no declaran con obligación de decir verdad) ni de confesión (pues no hacen referencia a la propia conducta), pueden constituir prueba de cargo, siempre con la condición de que no existan razones para sospechar que se deben a razones espurias, como la venganza personal, el ajuste de cuentas, el seguimiento de indicaciones de la policía para obtener un trato favorable, etc., y sobre todo, que no se haya prestado con fines de "autoexculpación", debiendo también tenerse en cuenta si se encuentran o no corroboradas por otros elementos probatorios (véanse, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 junio 1999, 11 septiembre 2000, 4 febrero 2002, 8 mayo 2002, 15 octubre 2004, y las de esta Sala de 20 de julio de 2001, 13 de diciembre de 2002, 16 mayo 2003, 3 octubre 2003, 20 febrero 2004 y 16 enero 2006). Conexas con las contenidas en la STS de 16 julio 1998 de que "Los atestados policiales, como es igualmente sabido, en principio solamente tienen el valor de denuncia. «Los hechos en ellos afirmados han de ser introducidos en el juicio a través de auténticos medios probatorios», con independencia del valor de prueba preconstituida que se ha reconocido a determinadas diligencias policiales (croquis, fotografías, resultado de pruebas alcohométricas, etc.), en atención a la función aseguradora del cuerpo del delito impuesta a la Policía Judicial [artículo 282 LECrim , artículo 443 LOPJ , y artículos 5.1, e) y 11.1, g) de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad] (v. STC número 303/1993). En esta línea, se dice en la Sentencia número 51/1995 (RTC 1995\51), que «las declaraciones vertidas en el atestado policial carecen de valor probatorio si no son posteriormente ratificadas en presencia judicial por los particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los Funcionarios de Policía mediante su testimonio en el juicio oral». Todo lo que conlleva el que la Sala entienda adverbada la acusación postulada para el concierto que desencadenó el resultado producido, es decir tanto el que Ana conocía a la pareja solo de unos meses y le deja el piso, como el concierto de matar a Severino , aduciéndose por Andrea que la policía le dijo que le quitarían a su hijo si no declaraba lo que ellos le decían, ello es negado por los funcionarios policiales que intervinieron en la declaración incluso aduciéndose por Andrea en conversación telefónica de que la policía la había tratado muy bien, sin que conste que para su



ratificación haya intervenido en juicio el Letrado que presencié la declaración, igualmente la policía desmiente la afirmación de Florentino de que no le pasará nada si firmaba, lo que no tiene sentido ni en el caso de que fuese verdad la manifestación del acusado. El animo de matar se desprende como ya se ha reflejado tanto en las declaraciones policiales de Florentino y Andrea como en la versión de la utilización de la navaja por Florentino en relación con la pericial médico-forense (las heridas son penetrantes e inciso contusas, no de forcejeo, son navajazos hincando, y por los lugares de impacto se hubiera desangrado si no se le asiste con urgencia); desistiendo Florentino en el momento que Severino toca en el punto de encuentro.

TERCERO.- Del referido delito de asesinato en grado de tentativa de los art. 139. 1 y 2, 140, 16. 1 y 62 es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado Florentino , con arreglo a lo indicado en los arts. 27 y 28 del mismo Código , por haberlo perpetrado directa y personalmente; siendo igualmente responsables del delito de asesinato en grado de tentativa de los art. 139. 2 , 16. 1 , 62 y 63 del citado Código , Andrea y Noelia en concepto de cómplice e inductora respectivamente de conformidad con lo dispuesto en los arts. 27, 29 y 28 a).

En cuanto a la autoría directa de Florentino , por haber perpetrado el hecho voluntaria, directa y personalmente. En el presente supuesto, existiendo negativa del acusado que en el juicio manifestó que Severino le dio un guantazo y le faltó y ya no sabe mas que sacó la navaja, los hechos considerados en el factum han de considerarse averdaderos por las manifestaciones de Severino , claras, precisas, rotundas y contundentes en el acto del juicio y a lo largo de la causa, que además son congruentes con el parte de asistencia y sanidad respecto al lesionado lo que supone un ataque frontal sin posibilidad de defensa, Severino se cruza con una persona que sin mediar palabra y a la que no conocía le ataca sorpresivamente; y además siendo el precio o contraprestación tanto del dinero como del uso del piso y ofrecimiento de Noelia de que cuidaría de Andrea si a Florentino le pasaba algo lo que removió la voluntad de Florentino para aceptar el encargo; por lo que en consecuencia estimamos que su intervención en el delito narrado se encuentra totalmente averdada.

Responde Noelia como inductora del asesinato por hacer nacer la actuación, ofreciendo la contraprestación manifestada. A este tenor, Noelia promete el dinero, uso del piso y cuidado de la compañera de Florentino por matar a Severino . Además de eso informa de datos relevantes que aseguren el éxito en la ejecución hora y día del cambio solicitado para el encuentro, lugar que localización, foto de Severino . Sabe que el ataque se va a producir ese domingo, día solicitado por la misma, que Severino viene completamente confiado. Sabe que la víctima esta desprevenida y que el ataque será por sorpresa. Florentino manifestó que no lo sabía nadie cuando fue al punto de encuentro; Andrea dijo que si lo sabía que Florentino iba a hablar con Severino . Noelia da a Florentino y Andrea la información del punto de encuentro, lugar, día hora y foto de Severino ; el jueves anterior a los hechos se comunica a Noelia que el día se cambia al domingo, por lo que solo se lo pudo decir Noelia ; ello junto a su dicción telefónica de que "ya han cantao". La promesa de pagar, del uso del piso y de cuidar de Andrea seguida de la ejecución del delito precisa y exclusivamente en razón de esa promesa es lo que convierte a Noelia en inductora.

Igualmente, del mismo delito de asesinato sin alevosía responde en concepto de cómplice Andrea ; es lo cierto que constituye doctrina jurisprudencial que la aportación del cómplice ha de tener siempre alguna utilidad para el plan del autor, dado que los actos irrelevantes son impunes (STS 13/noviembre/92). En palabras de la STS de 28/noviembre/1997 "En la complicidad se acusa una participación de segundo grado, cualitativamente inscribible en las prestaciones de auxilio, eficaz y facilitadora del resultado, pero sin la cual el hecho era también posible. La complicidad comienza precisamente donde se acuse un concurso o contribución eficaz anterior o simultánea a la ejecución, eficacia mínima que le diferencia de la conducta impune. La frontera de la complicidad, por abajo, se halla allí donde, realmente, no puede detectarse colaboración alguna que signifique favorecimiento o auxilio al infractor, deviniendo indiferente para el autor principal el comportamiento de este sujeto adyacente".

La labor de la acusada ha sido la de acompañante de quien aparece como inductor y del dominador de la acción en las actividades de los otros autores, que es ya acto de favorecimiento o auxilio. Citemos en prueba de ello la sentencia del Tribunal Supremo de 24/octubre/91 al manifestar "Esta Sala ha estimado supuestos de complicidad en situaciones parecidas. Así, la S 15-7-1983, que define como complicidad la ayuda espiritual consistente en acompañar a los autores. En la de 28-9-1989 se sostuvo que la presencia acompañando al autor supone una complicidad de doble carácter: física, en cuanto la presencia en la forma descrita dotó de una mayor seguridad a la realización del acto criminal y psíquica, fortaleciendo la voluntad de actuar del acto principal". En sentido bastante parecido y, sin duda, aplicable al caso se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 21/diciembre/2001 "«estaba haciendo labores de vigilancia para el buen éxito de la operación» (por encargo del otro coprocesado), y a falta de otras concreciones, interpretado en el sentido más beneficioso para él, estaremos en presencia de la complicidad delictiva a que hace referencia el art. 29 del Código Penal ". Andrea realiza actos anteriores y simultáneos, desde el principio tenía conocimiento



(declaraciones de la misma y conversaciones telefónicas), también tenía conocimiento de la contraprestación, acompañó a Noelia ese día, esperó en el portal a Noelia y no hizo nada para impedir la acción de Florentino .

CUARTO.- En la ejecución de dicho delito y dando respuesta a las peticiones de las partes, es de apreciar como agravante la circunstancia mixta de parentesco solicitada por las acusaciones al amparo del art. 23 Código Penal para Noelia . Como se contiene en la SAP Madrid de 22 diciembre 2008 , "La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre modificó el art. 23 para incluir dentro de su ámbito los supuestos en los que haya cesado ya el matrimonio o la análoga relación de afectividad. Precisamente, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2.005 , analiza la aplicación de la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal , tras la aludida modificación, señalando que: "La jurisprudencia de este Tribunal ha de cambiar necesariamente merced a la modificación legislativa operada, pues se objetiva su aplicación, de modo que concurre, con los tradicionales efectos agravatorios en delitos contra la vida e integridad física de las personas, aunque haya desaparecido el matrimonio o esa relación de análoga afectividad, por expresa determinación del legislador, siempre, claro está, que los hechos estén relacionados con dicha convivencia, directa o indirectamente, no en supuestos de ajena perpetración, es decir, cuando nada tenga que ver con temas relacionados con tal convivencia o sus intereses periféricos".

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2004 dictada con posterioridad a la aludida reforma razona sobre tal circunstancia de parentesco, señalando que «en su versión de circunstancia agravante; la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando solo ese dato y no exigiendo una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación la agravante pues si hay afecto, no va a haber ninguna agresión»".

En el presente caso, la actuación de Noelia tiene como clarísimo antecedente la relación matrimonial que ha existido entre ella y la víctima, admitida por ambos, habiendo tenido un hijo en cuyas visitas está, precisamente, el origen del deseo de ella de acabar con la vida del padre para impedir la relación de los mismos.

No es de apreciar en cambio la agravante de aprovechamiento de lugar, tiempo y auxilio de otras personas alegada por la acusación particular al amparo del art. 22. 2 Código Penal igualmente para Noelia . Como se contiene en la STS de 25 junio 2009 , "Por lo que concierne a la compatibilidad de su apreciación simultánea a la aplicación de la agravante de alevosía hemos advertido su carácter problemático. Y tratamos de fijar la delimitación en la concurrencia de la finalidad que en ésta se dirigiría la búsqueda de la impunidad, ausente en la alevosía. impunidad que si bien es un fin normal dentro de la lógica delictiva, es lo cierto que cuando se observa en la ejecución del hecho que además de la neutralización de la defensa de la víctima se ha escogido/ aprovechado un escenario especialmente idóneo para no dejar rastro delictivo, para facilitar la impunidad, habrá de convenirse que se está en presencia, en tales casos, de un desvalor de la acción delictiva que no está absorbida ni compensada con la alevosía, y por ende, sería posible la compatibilidad entre aquella y la de aprovechamiento del lugar.

No obstante la doctrina jurisprudencial es oscilante y tributaria de la especificidad de cada caso enjuiciado. Por un lado se ha estimado la compatibilidad en las STS 1340/2005 de 8 noviembre , 2047/2001 de 4 de febrero , 843/2002 de 13 de mayo , 700/2003 de 17 de mayo , 23 de marzo 1998 y 17 de noviembre 1998 .

Se opusieron a la compatibilidad, la de 8 de julio 1986 y las 803/2002 de 7 de mayo y 510/2004 de 27 de abril. En el presente supuesto tanto las horas del día como la presencia de personas en el edificio ó en la calle por lo que respecta a un edificio privado donde se encuentra el punto de encuentro hace que no tenga especial incidencia el hecho de que sea domingo para configurar la agravante.

Las defensas de Noelia y Florentino solicitan la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21. 6 Código Penal , que no puede ser apreciada por la Sala, no ya porque el supuesto sometido a enjuiciamiento ha llegado a juicio antes de los tres años de los hechos, sino que la causa tenga ó no especial complejidad como alude una de las defensas no implica el que la complejidad exista por el mero hecho de que el retraso sea sinónimo de los recursos existentes en las actuaciones, la voluminosidad de las piezas de situación que pueden ser el triple de la causa principal, hace que no se aprecien paralizaciones que puedan dar lugar a la atenuante solicitada, y ello ante la inexistencia de apreciaciones por los invocantes del tiempo de paralización de las actuaciones.

Alega la defensa de Noelia la atenuante de estado pasional del art. 21. 3 Código Penal . Como se contiene en la STS de 8 noviembre 2005 , "A este respecto recordar las enseñanzas contenidas en la Sentencia núm. 2085/2001 de 12 de noviembre «La atenuante tercera del art. 21 del Código Penal , denominada de "estado pasional", que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en



la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre. Es del todo evidente que en toda situación de acometimiento personal, derivada de una disputa previa en la que sin solución de continuidad de las palabras se pasa a los hechos (delictivos), el acaloramiento como situación pasional es todo punto concurrente con situaciones de tensión, ofuscación e incluso de cierto descontrol anímico. Pero tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la Ley ha denominado como de "arrebato" u "obcecación". El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una "especie de conmoción psíquica de furor" y la segunda como "un estado de ceguedad u ofuscación", con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda (STS 2-7-1988); otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el "arrebato como emoción súbita y de corta duración" y la "obcecación es más duradera y permanente" (STS 28-5-1992); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 10-10- 1997).

La pretensión de impedir a ultranza unas relaciones normales de convivencia entre padre e hijo, deterioradas por diferencias o enfrentamientos personales, no pueden llevarse hasta el extremo de utilizar la fuerza como único procedimiento para imponer la voluntad del agresor. Quien se sitúa en el plano injustificable de la prepotencia y la superioridad no puede pretender que su conducta se vea beneficiada por un reconocimiento de la disminución de su imputabilidad o culpabilidad.

Aduce en último término la defensa de Florentino la atenuante de confesión del art. 21. 4 Código Penal . La Jurisprudencia exige la confesión del hecho delictivo ante autoridad, como elemento objetivo, debiendo entenderse que dicha confesión ha de ser efectiva y veraz, no pudiendo tener eficacia atenuatoria la que tenga un carácter falso, tendencioso, equívoco, o exculpatorio (SSTS 19-1-79 , 4-5-83 , 26-9-90 y 5-11-93), y como elemento subjetivo o cognoscitivo, requiere también que tal proceder se lleve a cabo antes de conocer el culpable que el procedimiento judicial se dirige contra él, y, por ello, con la conciencia de facilitar la averiguación del delito, o contribuir a su esclarecimiento.

En el mismo sentido la STS de 27 may. 1988 , determinaba que la confesión incompleta no permite la aceptación de esta atenuante, cuestión que han puesto también de manifiesto las SS. 5 nov. 1993 , 21 mar. 1994 , 4 y 14 may. 1999 , 22-9-99 -la confesión ha de ser pura, sincera, espontánea y veraz- y la de 22 may. 2000.

También merece destacarse que el TS ha rechazado el acogimiento de esta atenuante cuando el acusado dejó abandonada a la víctima en la calle (S. de 28 sep. 1999). Bastando que se haya descubierto el caso y la autoridad investigadora ya le tenga, no sólo como sospechoso, sino como verdadero culpable (en potencia, claro), después de haber realizado una serie de investigaciones con anterioridad. Y es que, como decimos, la confesión debe ser puramente voluntaria y no forzada, pues siendo esto último no tiene por qué aceptarse una menor culpabilidad del autor de los hechos y aplicársele esta circunstancia atenuatoria. Es lo que ocurrió en el supuesto enjuiciado, en el cual el encausado trató de evitar por todos los medios ser descubierto, haciendo desaparecer el arma homicida, arrojándola a un contenedor, cambiándose la ropa por estar manchada de sangre, para después marchar a su domicilio, poniéndose de acuerdo con su pareja para impedir u ocultar la investigación policial. Su voluntad o intención de confesar no existió, y si luego lo hizo de manera más o menos exacta, ello fue debido a que, después de las investigaciones, no tuvo más remedio que hacerlo al verse imputado y carecer de cualquier tipo de coartada razonable para defender su inocencia.

Establece el artículo 66 del Código Penal la forma en que se impondrán las penas según las circunstancias concurrentes respecto a la existencia o no de circunstancias modificativas de responsabilidad, es decir la individualizarán de la pena correspondiente al tipo penal por el que se sanciona, con arreglo entre otras a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

En el caso presente respecto a Florentino cabe resaltar que el acusado no tiene antecedentes penales, que el hecho cometido es gravísimo pues además de intentar terminar con la vida de una persona, la acción fue llevada de manera súbita y cobarde, impidiendo la defensa de la víctima que no pudo ofrecer defensa al ataque inesperado, pena que debe ser rebajada en un grado, todo ello hace que en la pena a imponer se estime procedente la solicitada por las acusaciones, lo que comporta el que su extensión se cifre en doce años de prisión, inhabilitación absoluta, prohibición de aproximarse a menos de doscientos metros a Severino en cualquier lugar en que se encuentre así como comunicarse con el mismo por cualquier medio durante veinte años, de conformidad con lo dispuesto en el art. 57. 1 pfo. segundo Código, así como al pago de las costas ocasionadas.



Respecto a la acusada Noelia , a falta de antecedentes penales, teniendo en cuenta tanto la gravedad del hecho imputado a la misma como su comisión en grado de tentativa que supone la rebaja en un grado, así como la imposición en su mitad superior, art. 66. 3 Código Penal por la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, se estima justa la imposición de doce años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta, prohibición de aproximarse a menos de doscientos metros a Severino en cualquier lugar en que se encuentre así como comunicarse con el mismo por cualquier medio durante veinte años, de conformidad con lo dispuesto en el art. 57. 1 pfo. segundo Código, con abono de las costas ocasionadas.

Andrea , al responder como cómplice de un delito de asesinato en grado de tentativa, careciendo de antecedentes penales, en atención a la rebaja de un grado de la tentativa y en otro respecto de éste por la complicidad, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y su grado de participación en los mismos, debe serle impuesta la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a menos de doscientos metros a Severino en cualquier lugar en que se encuentre así como comunicarse con el mismo por cualquier medio durante doce años, de conformidad con lo dispuesto en el art. 57. 1 pfo. segundo Código, con abono de las costas ocasionadas.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en los arts. 109 y ss. del Código Penal , el responsable criminalmente del delito debe asumir las consecuencias civiles de su acción.

En cuanto a la valoración económica del perjuicio derivado de la muerte no acaecida de una persona, nos lleva a la necesaria indagación de una serie de circunstancias tales como la edad del lesionado, cargas familiares del mismo, profesión, etc, dado que no existe un parámetro objetivo que sirva para cuantificar la indemnización de una persona por una circunstancia dolosa.

En el presente supuesto, el lesionado contaba con mayoría de edad lo que implicaba su acceso a la vida laboral, próximo a cumplir los cuarenta años de edad. No existe en la causa otro dato más que permita ajustar en la medida de lo posible el perjuicio económico aparte de las circunstancias físicas de lesiones y secuelas del lesionado que han de ser conectadas con las circunstancias administrativas de discapacidad del 48% y minusvalía del 57% a que han dado lugar las secuelas del hecho enjuiciado en la persona del lesionado.

En razón de ello, se estima que la indemnización a favor del mismo, único legitimados dado que solo él solicita indemnización por la acusación particular, debe ser fijada en la cuantía solicitada por dicha acusación y no rebatida en ningún concepto por las defensas de treinta y dos mil euros por las lesiones y en noventa mil euros por las secuelas, incluyendo en los conceptos la especificidad del grado de discapacidad y minusvalía articulado.

SEXTO.- Con arreglo a lo dispuesto en el art. 123 del Código Penal , el responsable de la infracción ha de satisfacer las costas del proceso ó en su caso las costas correspondientes a sus respectivas cuotas de participación en las infracciones cometidas, dividiéndose para ello el total por el número de infracciones cometidas y dividiéndose a su vez la cuota correspondiente a cada infracción en tantas subcuotas como partícipes haya (Sts 25.6.1.993 ; 7.4.1.994 ; 15.11.1.994 ; 30.9.1.995 y 23.4.1.997). Siendo de incluir las de la acusación particular por su relevancia en el proceso, aunque no se haya dado lugar a todas sus peticiones..

Vistas las disposiciones citadas y demás de aplicación,

FALLAMOS

Debemos condenar y condenamos a:

Al acusado Florentino , como autor directamente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, inhabilitación absoluta, prohibición de aproximarse a menos de doscientos metros a Severino en cualquier lugar en que se encuentre así como comunicarse con el mismo por cualquier medio durante veinte años, así como al pago de un tercio de las costas ocasionadas.

A la acusada Noelia , como inductora directamente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de DOCE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION, inhabilitación absoluta, prohibición de aproximarse a menos de doscientos metros a Severino en cualquier lugar en que se encuentre así como comunicarse con el mismo por cualquier medio durante veinte años, con abono de un tercio de las costas ocasionadas.

A la acusada Andrea , como cómplice directamente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de



la condena, prohibición de aproximarse a menos de doscientos metros a Severino en cualquier lugar en que se encuentre así como comunicarse con el mismo por cualquier medio durante doce años, con abono de un tercio de las costas ocasionadas.

Condenamos igualmente a los tres acusados solidariamente a que indemnicen a Severino en la suma de treinta y dos mil euros por las lesiones y en noventa mil euros por las secuelas e incapacidades.

Le serán de abono para el cumplimiento de dicha condena todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Acredítese la solvencia o insolvencia de los acusados.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ