

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN SEGUNDA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA

Barroeta Aldamar 10 3ª planta - C.P./PK: 48001
Tel.: 94-4016663
Fax / Faxe: 94-4016992

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 48.02.1-15/010096
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48024.32.2-0150/010096

Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 5/2016 - X

Atestado nº / Atestatu-zk.: 26 467-A - 26 467-A (AMPLIATORIAS- INF.
TECNICO BALISTICO) - COPIA INFORME PERICIAL
Hecho denunciado / Salatuako egitate: INTENTO DE HOMICIDIO,
TENENCIA ILICITA DE ARMAS Y EXTORSIÓN /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:
Juzgado de Instrucción nº 2 de Barakaldo / Barakaldoko Instrukzioko 2 zk.ko
Epaitegia
Sumario / Sumarioa 2411/2015

Contra / Noren aurka:

§
Fiscal / Prokuradorea: CARMEN MIRAL ORONoz, REBECA
ANGULO IZAGUIRREYVERONICA BLANCO CUENDE
Abogado/a / Abokatu: JOSE MANUEL VALBUENA PINTO, JAVIER
BILBAO PEÑASyWENDY RODRIGUEZ GUINEA

SENTENCIA Nº 6/2017

PRESIDENTE D. MANUEL AYO FERNANDEZ

MAGISTRADO D. JUAN MATEO AYALA GARCIA

MAGISTRADA Dña. MARIA JOSE MARTINEZ SAINZ

En la Villa de Bilbao, a 3 de febrero de dos mil diecisiete

Visto en juicio oral y publico ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial la presente causa de Sumario Ordinario núm. 2411 del año 2015, procedente del Juzgado de Instrucción núm 2 de los de Baracaldo por delito de **HOMICIDIO INTENTADO, TENENCIA ILICITA DE ARMAS Y EXTORSION**, Rollo de Sala núm. 5/16, contra ----- con Documento de identidad núm. A, nacido el 25/10/1973, en Baracaldo (Bizkaia), hijo de ----- declarado insolvente y en situación de prisión provisional por esta causa,

representado por el Procurador Dña. Carmen Miral Oronoz y bajo la dirección letrada de D. Jose Manuel Valbuena Pinto, con Documento de identidad núm. _____ nacido el 25/12/1975, en Baracaldo (Bizkaia), hijo de _____ declarado insolvente y en situación de prisión provisional por esta causa, representado por el Procurador Dña. Rebeca Angulo Izaguirre y bajo la dirección letrada de D. Javier Bilbao Peñas y _____ con Documento de identidad núm. _____ nacido el 08/02/1981, en Baracaldo (Bizkaia), hijo de _____ declarado insolvente y en situación de libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador Dña. Verónica Blanco Cuende y bajo la dirección letrada de Dña. Wendy Rodríguez Guinea habiendo sido parte acusadora el Ministerio Fiscal representado por la Ilma. Sra. Dña. Luisa Maria Vallejo Martin, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel Ayo Fernández quien expresa el parecer de la Sala

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral modificó sus conclusiones provisionales y en la conclusión quinta interesó para los acusados _____ por el delito de homicidio en grado de tentativa la pena de 5 años de prisión para cada uno de ellos, por el delito de extorsión la pena de prisión de 1 año y por el delito de tenencia ilícita de armas la pena de prisión de 1 año y en sus conclusiones definitivas calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa previsto y penado en el artículo 138 del Código penal, un delito de extorsión del artículo 243 y un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564 del código penal estimando como responsable del delito de homicidio en grado de tentativa a los tres acusados en concepto de autor y como responsables de los delitos de extorsión y tenencia ilícita de armas a los acusados _____ en concepto de autor sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e interesó la imposición por el delito de homicidio en grado de tentativa para _____ la pena de prisión de 5 años y para _____ a imposición de la pena de prisión de 7 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito de extorsión para los acusados _____ la pena de prisión de 1 año e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y por el delito de tenencia ilícita de armas para los acusados _____ la pena de prisión de 1 año e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e indemnizaran los tres acusados conjunta y solidariamente a _____ en la cantidad de 3.680 euros por las lesiones causadas y en 3.500 euros por las secuelas y los acusados _____ en la cantidad de 300 euros por la cantidad sustraída con aplicación del artículo 576 LECivil y al abono de las costas procesales.

SEGUNDO.- Por la defensa del acusado , s en idéntico tramite se elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales solicitando la libre absolución de su defendido mientras que las defensas de P y estos mismos mostraron su conformidad con las pretensiones ejercitadas por el Ministerio Fiscal.

HECHOS PROBADOS

Sobre las 00.30 horas del día 10 de julio de 2015 F con Documento de identidad núm. nacido el 25/10/1973, en Baracaldo (Bizkaia) y con Documento de identidad núm. cido el 25/12/1975, en Baracaldo (Bizkaia), ambos con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, puestos de común acuerdo se acercaron a i cuando se encontraba en la calle Correos de la villa de Portugalete, el cual tenía una deuda contraída con j por drogas en una cantidad de 240 euros desde el año 2000 y se dirigieron a él diciéndole “ dame el dinero que me debes, dame toda la pasta, nos vas a pagar lo que nos debes” comenzando a continuación un forcejeo en el que le arrebataron 300 euros y en el que io sacó una pistola que le había proporcionado propietario de la misma, y con animo de atentar contra la vida de e disparó un proyectil en la parte superior izquierda del abdomen, saliendo éste del lugar corriendo e iniciándose una persecución en el transcurso de la cual F I le volvió a disparar sin alcanzarle, logrando definitivamente huir.

Aunque el arma no fue encontrada al haber sido arrojada a la ría se hallaron dos vainas pertenecientes a dos cartuchos metálicos del calibre 25 AUTO equivalente al calibre 6,35 milímetros que han sido percutidas por el mismo arma corta (pistola) recamarada para ese calibre, sin poder precisar su marca; i io poseen licencia o permiso que les habilite para la utilización de armas.

Como consecuencia de la agresión ufrió lesiones consistentes en traumatismo abdominal por herida con arma de fuego en hemiabdomen superior izquierdo con orificio de entrada en hipocondrio izquierdo y orificio de salida en flanco izquierdo que requirió para su sanidad de una primera asistencia facultativa y tratamiento medico-quirúrgico , tardando en curar por estabilización lesional un periodo de 46 días impeditivos para sus ocupaciones habituales, uno de ellos de hospitalización y residuando como secuelas una cicatriz ligeramente hundida eritematosa de 9 cm. de longitud que recorre hipocondrio izquierdo y flanco izquierdo

... facilitó información a I
sobre el lugar en que se encontraba N
... sin que
supiese que estos iban atentar contra la vida de éste.

Después de los hechos y encontrándose con su vehículo en
las inmediaciones del lugar, sabiendo ya lo sucedido por llamada efectuada por el herido,
e montaron en su vehículo y les
traslado a sus domicilios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son el resultado de una valoración en conjunto y en conciencia de la prueba practicada en el acto del juicio oral bajo los principios de inmediación, oralidad, publicidad, contradicción e igualdad de armas procesales, y en especial de las declaraciones de los acusados, testigos, peritos, la documental dada por reproducida, trayendo a la vista la totalidad de las actuaciones.

Se hace preciso destacar como premisa fundamental de la valoración probatoria que nos corresponde que «la presunción de inocencia opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable» (STC 81/1998, de 2 de abril, F. 2; también entre otras muchas SSTC 157/1998, de 13 de julio, F. 2; 166/1999, de 27 de septiembre, F. 5; 17/2002, de 28 de enero, F. 2; 187/2003, de 27 de octubre, F. 3). Como regla presuntiva supone que «el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones» (STC 124/2001, de 4 de junio, F. 9). (Sentencia del Tribunal constitucional 145/2005, de 6 de junio, FJ 5).

Además el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima y suficiente actividad probatoria realizadas con las garantías necesarias referida a todos los elementos esenciales del delito y del que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos.

Como ya señaló la STC 189/1998, de 28 de septiembre <<...en esencia, sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado>>.

Pues bien, en el presente caso los acusados han reconocido los hechos a través de sus alegaciones en el ejercicio del derecho a la última palabra aunque inicialmente mostraron una postura dubitativa en el caso de y de negación en el caso de lo que fue corregido en el último instante admitiendo los hechos e incluso las mismas penas solicitadas por el Ministerio Fiscal.

Además el informe médico forense de fecha 15 de setiembre de 2015 -folios 386 y siguiente- que ha sido ratificado en el juicio oral por los médicos forenses D. Alejandro Ahedo y Dña Maria Ángeles Solano Jaurrieta y que no ha sido impugnado por las defensas de los acusados, acreditan la realidad de las lesiones y secuelas padecidas por

Por último los peritos agentes de la Ertzaintza num. 5135 y 3345 ratificaron el informe de balística -folios 329-332- poniendo en evidencia a través del estudio de las vainas las características del arma corta con la que se disparó aunque el arma no fuese encontrada; asimismo el agente de la Guardia Civil num. Q53282Z en calidad de teniente interventor informó que los acusados

carecían de licencia de armas.

En consecuencia, deben estimarse acreditados los hechos que les han sido imputados tanto por intentar dar muerte a como por extorsionarle así como por tener ilícitamente un arma de fuego, considerando desvirtuada la presunción de inocencia que les reconoce la Constitución en el artículo 24.2.

Por el contrario no podemos llegar a la misma conclusión en relación con el acusado quien se le imputa su cooperación necesaria en un delito de homicidio intentado por haber facilitado información a los otros dos acusados sobre el lugar en que se encontraba la víctima u así como por haberles esperado a sabiendas a los otros dos acusados en su vehículo y llevarles a sus domicilios.

En efecto, respecto al primer aspecto resulta que aun admitiendo el acusado que efectuó una llamada a y los otros dos acusados sabían donde estaba porque él se lo dijo justificando su proceder porque le amenazaron con que le iban a quitar el móvil y el dinero que había sacado para poder comprar droga, no manifestó en modo alguno que supiese la razón por la que le buscaban y en concreto que fueran atentar contra su vida por lo que no puede estimarse, como pretende la acusación, que haya un concierto previo entre los otros dos acusados para atentar contra la vida de pudiendo tampoco deducirse tal conocimiento del mensaje remitido al teléfono de o por parte del acusado, cuatro horas después y tras haber consumido sustancias estupefacientes, obrante al folio 352, aunque exprese que la víctima "se lo merecía"; quizás pudiera saber que pretendían cobrarse una deuda por drogas y en este

sentido podría haber sido cooperador necesario de un eventual delito de extorsión del que no ha sido acusado porque podía haber supuesto que no se la cobrarían pacíficamente pero no desde luego que portasen un arma corta y que fuesen a disparar contra la víctima intentando matarla.

En lo que se refiere al segundo aspecto referente a su colaboración después de los hechos consistente en el traslado a los otros dos acusados en su coche a sus domicilios, en ningún momento se ha acreditado que s les estuviese esperando para dicho traslado sino que únicamente consta su propia declaración señalando que estos dos acusados, estando él en la zona para dirigirse a su casa, habiendo reparado el coche porque tenía una fuga de agua, se montaron en su vehículo y como estaba “acojonado” les subió al vehículo y los trasladó; sin embargo, a pesar de este hecho el acusado no les estaba esperando sino que se encontraba en el lugar próximo al de los hechos porque había tenido un contratiempo con el vehículo y además se enteró de lo sucedido porque, como el mismo declaró, le llamó diciéndole lo que había pasado, lo que confirma el propio quien declaró que llamó a Julio para que le viniera a buscar después de contarle lo sucedido contestándole Julio que no podía ir porque tenía estropeado el coche, lo que demuestra que su primer conocimiento de lo sucedido es a través de la llamada de la propia víctima y no por tanto porque hubiese habido un concierto previo con los otros dos acusados; por consiguiente lo que se acredita es que colaboró a posteriori de haberse consumado los hechos- el atentado contra la vida de - sin haber tenido antes conocimiento de los mismos por medio de los otros dos acusados ni haberse puesto de acuerdo con ellos y en tales circunstancias estos hechos podrían haber sido constitutivos de un delito de encubrimiento del artículo 451 del código penal del que no ha sido acusado pero no de una cooperación necesaria al delito de homicidio intentado, por lo que no se pueden estimar acreditados los hechos imputados a en relación con este delito del que se le ha acusado en concepto de autor.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de homicidio intentado del artículo 138.1 del Código penal en relación con los artículos 16 y 62 del código penal, de un delito de extorsión del artículo 243 del código penal y un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.1.1º del código penal, al haberse acreditado los elementos típicos de las diversas infracciones criminales de las que han sido acusado

Esa acreditación ha sido debida en especial al reconocimiento y admisión de los hechos que se les ha imputado y al conjunto de la prueba practicada.

En relación al delito de extorsión del artículo 243 del código penal debemos recordar según el ATS sección 1 del 17 de enero de 2013 (ROJ: ATS 658/2013 - ECLI:ES:TS:2013:658A) que << como se indica en la sentencia de esta Sala de fecha 29

En este caso ha resultado que en el afán de cobrarse una deuda por drogas que tenía ambos acusados le exigieron la entrega de la cantidad de dinero que tenía en sus manos en ese momento, lográndose adueñar de la misma e iniciándose un forcejeo en el que se hizo uso de una pistola.

Por ello mismo, acierta el Fiscal cuando razona que aquí la prueba de dicho elemento negativo ha de consistir en dicha ausencia de la mencionada documentación (licencia y guía de pertenencia, en el caso de autos), lo cual no es idéntico a la prueba de la "no tenencia" de dichos documentos por parte del procesado, ya que el Fiscal, respecto de la tenencia, lo que debe de probar es la posesión efectiva del arma (elemento positivo), mientras que respecto de la documentación legitimadora del arma sólo debe de acreditar que, en la prueba documental de autos, dicha documentación no consta, esto es que está "ausente", sin que sean admisibles al respecto posturas pasivas por parte del inculpado, ya que, como se ha examinado anteriormente, el Reglamento de Armas, aprobado por RD

137/1993, de 29 de enero, exige de manera inexcusable a cualquier tenedor de un arma de fuego, la posesión de la oportuna licencia y guía de pertenencia, por lo que no pueden darse por válidas posesiones basadas en simples presunciones, precisamente por la peligrosidad que conllevan dichos artefactos. Es por ello por lo que la tenencia de dicha documentación debería de ser acreditada, en su caso, por la defensa, lo cual no se produjo en el caso de autos, al haber mostrado precisamente la misma su conformidad con el delito del artículo 564.1.1º C.P. >>

En este caso la pistola que fue usada en los hechos utiliza cartuchos del calibre 6,35 milímetros y para lo cual no tenían licencia de armas ni tampoco la guía de pertenencia que debe acompañarla, siendo propiedad de : que se la facilitó a , el cual le disparó a en dos ocasiones impactándole en una de ellas.

Por ultimo y respecto al delito de homicidio –intentado- recordemos que según el ATS, sección 1 del 07 de diciembre de 2016 (ROJ: ATS 11967/2016 - ECLI:ES:TS:2016:11967A) << En cuanto el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato- hemos dicho reiteradamente que no sólo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido. En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

Asimismo, se ha señalado como signos externos indicadores de la voluntad de matar, entre otros y como más significativos: a) los antecedentes del hecho y las relaciones entre autor y víctima; b) la clase de arma utilizada; c) la zona del cuerpo a la que se dirige la agresión; d) el número de golpes sufridos y lesiones producidas; e) las manifestaciones del culpable que acompañaron a la agresión y su actividad anterior y posterior a los hechos; f) las condiciones del lugar, tiempo y circunstancias conexas o concomitantes con la acción; g) y la causa o motivación de la misma (SSTTS 34/2014, de 6 de febrero y 539/2014, de 2 de julio, entre otras muchas). >>

En este caso a la víctima le dispararon con una pistola a la que ya nos hemos referido y con el primer disparo a corta distancia le impactó un proyectil en la parte superior izquierda del abdomen causándole lesiones consistentes en traumatismo abdominal por herida con arma de fuego en hemiabdomen superior izquierdo con orificio

de entrada en hipocondrio izquierdo y orificio de salida en flanco izquierdo que requirió para su sanidad de una primera asistencia facultativa y tratamiento medico-quirúrgico, tardando en curar por estabilización lesional un periodo de 46 días impositivos para sus ocupaciones habituales, uno de ellos de hospitalización y residuando como secuelas una cicatriz ligeramente hundida eritematosa de 9 cm. de longitud que recorre hipocondrio izquierdo y flanco izquierdo, debiendo resaltar que si no se hubiese producido la intervención quirúrgica de forma inmediata se hubiese podido ocasionar la muerte del herido teniendo en cuenta el riesgo vital que se produjo por la posible afectación del bazo.

Posteriormente y cuando la víctima emprende la huida le vuelven a disparar por segunda vez aunque sin lograr impactarle ningún proyectil, por lo que resulta clara la intención de matar por parte de los acusados, si bien la acción homicida que se describe en el artículo 138.1 del código penal lo fue en grado de tentativa porque, además del fallo del segundo disparo, el resultado de muerte no se produjo por la indicada intervención quirúrgica.

TERCERO.- De estos delitos son responsables penalmente en concepto de autor, conforme a los artículos 27 y 28, párrafo I del Código penal, los acusados por haber realizado directa y materialmente los hechos que lo integran.

Por el contrario y por las razones que ya hemos expuesto no puede considerarse autor por cooperación necesaria del homicidio intentado a

Lo que verdaderamente se ha acreditado es su posible autoría de un delito de encubrimiento del que no se le ha acusado a por lo que por respecto al principio acusatorio que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a ser informado de la acusación y derecho a un proceso con todas las garantías, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución y teniendo en cuenta que no existe homogeneidad delictiva alguna entre el tipo de homicidio y el encubrimiento, siendo este un delito que surge a posteriori de la comisión del primero, debe de absolverse a dicho acusado.

CUARTO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

QUINTO.- Corresponde imponer a los acusados y por el delito de homicidio intentado la pena de prisión de 5 años, por el delito de extorsión la pena de prisión de 1 año y por el delito de tenencia ilícita de armas la pena de prisión de 1 año, además de las accesorias legales de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, de conformidad con

el artículo 56 del código penal al haber mostrado su conformidad las defensas de los acusados y ellos mismos con las penas interesadas por la acusación.

SEXTO.- Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños y perjuicios, conforme dispone el artículo 116.1 del Código Penal, viniendo obligado a reparar los daños y perjuicios causados en los términos previstos en los artículos 109 y siguientes del mismo texto legal, por lo que los acusados, al no haberse impugnado por sus defensas letradas las cantidades reclamadas por el Ministerio Fiscal, deberán indemnizar a por los conceptos y en las cantidades siguientes:

-3.680 euros por las lesiones causadas

-3.500 euros por las secuelas

-300 euros por la cantidad extorsionada.

A las anteriores cantidades habrá que añadir los intereses del artículo 576 de la LECivil, esto es, el interés anual consistente en el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

SEPTIMO.- Las costas procesales de conformidad con el artículo 123 del Código Penal y 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito, debiendo imponérselas a los acusados declarando de oficio las relativas al acusado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a

como coautores penalmente responsables de un delito de homicidio intentado, de un delito de extorsión y un delito de tenencia ilícita de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas para cada uno de ellos y respectivamente de **PRISION DE 5 (CINCO) AÑOS, PRISION DE 1 (UN) AÑO Y PRISION DE 1 (UN) AÑO**, a las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las condenas, a que indemnicen solidariamente a N

en 3.680 euros por las lesiones causadas, en 3.500 euros por las secuelas y en 300

euros por la cantidad extorsionada, con aplicación de los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al abono de las costas procesales.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a

del delito de homicidio intentado del que ha sido acusado declarando de oficio 1/9 parte de las costas procesales.

Declaramos la insolvencia de los acusados aprobando el auto dictado a tal efecto por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Baracaldo en fecha 4 de febrero de 2016.

SE ACUERDA mantener la situación de **prisión provisional** de los acusados acordada por auto de 16 de julio del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Baracaldo.

Abóneseles para el cumplimiento de las penas principales impuestas el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa.

Notifíquese esta sentencia en forma legal a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe la interposición de un Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, por quebrantamiento de forma o infracción de ley, debiéndolo preparar ante esta Audiencia Provincial mediante escrito firmado por Letrado y Procurador en el plazo de los cinco días a contar desde la última notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos