



Roj: **SAP B 7361/2012 - ECLI:ES:APB:2012:7361**

Id Cendoj: **08019370072012100268**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **7**

Fecha: **09/05/2012**

Nº de Recurso: **15/2011**

Nº de Resolución: **375/2012**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **PABLO DIEZ NOVAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN SÉPTIMA.

Rollo nº 15/2011-G

SUMARIO nº 1/2011.

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN nº 28 DE BARCELONA.

SENTENCIA N°

Ilmos. Srs.

D. Pablo Díez Noval.

Dña. Ana Rodríguez Santamaría.

D. Sergi Cardenal Montraveta.

En Barcelona, a nueve de mayo de dos mil doce.

Vista, en nombre de Su Majestad El Rey, en juicio oral y público ante ección SéptimaRollo nº 15/2011-G, Sumario nº 1/2011, procedente del Juzgado de Instrucción nº 28 de Barcelona, seguido por un delito de robo con intimidación con uso de arma de los arts. 237 y 242.2º, del Código Penal , dos delitos de asesinato del art.139.1º del CP en grado de tentativa en concurso ideal con un delito de atentado de los arts. 550 , 551 y 552, 1º, del CP , y un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 del CP , contra los procesados Juan Manuel , nacido el NUM000 de 1978 en Rumanía, sin antecedentes penales, en situación de prisión preventiva desde el día 16 de marzo de 2010, representado por ProcuradoraElisenda Parellada Jofre y asistido por el letrado don Pedro Larios Sánchez; y contra Baldomero , nacido el NUM001 de 1977 en Bistrita Nasaud, Rumanía, sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa desde el 18 de octubre de 2010, representado por el procurador don Josep Ramón Jansá Morell y asistido por el letrado don Osar Sanz Martínez. Han sido parte acusadora el Ministerio Fiscal, los agentes del Cos de Mossos d'Esquadra nº NUM002 y NUM003 , representados por el procurador don Daniel Font Berkhemer y asistidos por la letrada doña Ana Belén **Almécija** Casanova, y acusación popular el Col.lectiu Autonom de Treballadors Mossos d'Esquadra, representado por el procurador don Jaume Castell Nadal y asistidos por la letrada doña Raquel Fernández Bustamante. Como responsable civil ha comparecido Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Pablo Díez Noval, quien expresa el criterio unánime de este Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO. Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de atestado, que resultó repartido al Juzgado de Instrucción nº 28 de los de Barcelona, el cual en dictó auto de incoación de este sumario nº 1/2011 en el que, tras la instrucción pertinente, en fecha 21 de marzo de 2011 se dictó auto de procesamiento frente a Juan Manuel y Baldomero , como presuntos autores de un delito de robo con violencia e intimidación y uso de



arma, dos delitos de asesinato en grado de tentativa en concurso con un delito de atentado y un delito de tenencia ilícita de armas. En fecha seis de abril de 2011 se declaró la conclusión del sumario, elevándose a continuación a esta Audiencia Provincial, con emplazamiento de las partes. Llegada la causa, se remitió a esta Sección Séptima de donde se unió al presente Rollo, formado en su día tras conocer la incoación del mismo. Se designó ponente, y mediante auto se confirmó la conclusión del mismo acordándose la apertura del Juicio Oral, cumpliéndose los trámites de calificación provisional por el Ministerio Fiscal y el resto de las partes.

SEGUNDO. El Ministerio Fiscal calificó inicialmente los hechos como constitutivos de un delito de robo con intimidación con uso de arma de los arts. 237 y 242, 2º del Código Penal, dos delitos de asesinato del art. 139,1º en grado de tentativa de los arts. 16,1º y 62 del CP en concurso ideal del art. 77 del CP con un delito de atentado de los arts. 550, 551 y 552,1º, y un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 del CP, todos ellos en su redacción anterior a Consideró que cada procesado es autor del delito de robo con intimidación, de un delito intentado de asesinato en concurso ideal con un delito de atentado y del delito de tenencia ilícita de armas, a tenor del art. 28 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Interesó se impusiera a cada procesado por el delito de robo con intimidación la pena de 5 años de prisión, por el delito intentado de asesinato en concurso ideal con un delito de atentado la pena de 14 años de prisión y por el delito de tenencia ilícita de armas, la pena de 2 años de prisión, todo ellos con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas. En concepto de responsabilidad civil, los procesados indemnizarán conjunta y solidariamente a Inocencio en 60 euros, a Martín en 20 euros, a Rodolfo en 70 euros y a Victoriano en 330 euros, por lo sustraído; al Policía Autonómico nº NUM003 en 16.000 euros por las lesiones y en 4.090 euros por las secuelas, y al Policía Autonómico nº NUM002 en 16.800 euros por las lesiones y en 6.900 euros por las secuelas, todo ello más los intereses legales.

La acusación particular ejercida por los mossos D'Esquadra nº NUM002 y NUM003 calificó los hechos como constitutivos de un delito de robo con intimidación con uso de arma de los arts. 237 y 242, 2º del Código Penal, dos delitos de asesinato del art. 139,1º en grado de tentativa de los arts. 16,1º y 62 del CP en concurso ideal del art. 77 del CP con un delito de atentado de los arts. 550, 551 y 552,1º, y un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 del CP, todos ellos en su redacción anterior a Policía Autonómico nº NUM002 en 300.000 euros por las lesiones y en 700.000 euros por las secuelas, sin perjuicio de ulterior determinación en el acto del juicio oral a la vista de la prueba practicada; todas las cantidades más los intereses legales.

La acusación popular ejercida por el Col.lectiu Autonom de Treballadors Mossos d'Esquadra calificó inicialmente los hechos como constitutivos de un delito de robo con intimidación con uso de arma de los arts. 237 y 242, 2º del Código Penal, dos delitos de asesinato del art. 139.1 en grado de tentativa de los arts. 16,1º y 62 del CP en concurso ideal del art. 77 del CP con un delito de atentado de los arts. 550, 551 y 552.1, y un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 del CP, todos ellos en su redacción anterior a, 11 meses y 29 días de prisión y por el delito de tenencia ilícita de armas, la pena de 3 años de prisión, todo ellos con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, accesorias y las costas procesales.

Las defensas de los acusados en fase de conclusiones provisionales interesaron la absolución de sus defendidos con todos los pronunciamientos favorables.

La representación de

TERCERO. Señalado el juicio para los días 23 y 24 de abril de 2012, se celebró con el resultado que consta en acta y grabación. Practicadas las pruebas de declaración de los acusados, testificales, periciales y documental, todas las partes elevaron a definitivas sus calificaciones provisionales. Seguidamente se emitieron informes. A continuación se concedió la palabra a los acusados. Por último, quedó la causa pendiente de sentencia.

HECHOS PROBADOS.

Se declaran probados los hechos que a continuación se relatan: Juan Manuel y Baldomero, ambos mayores de edad y de nacionalidad rumana, sin antecedentes penales, previamente puestos de acuerdo, sobre las 23,45 horas del día 25 de febrero de 2010 se personaron en el piso sito en la CALLE000, nº NUM004, NUM005 NUM006, de Barcelona, en el que un número no determinado de mujeres de origen chino se dedicaba a un negocio de masajes. Portaban sendas escopetas de dos cañones en perfecto estado de funcionamiento, cargadas con cartuchos semimetálicos del 12-70. Las escopetas habían sido previamente modificadas por el procedimiento de acortarles la longitud tanto en cañón como la culata. Además, portaban un total de 32 cartuchos del calibre antes indicado.

Tras llamar a la puerta y franqueárseles el paso, mediante la exhibición de las armas que portaban obligaron a las personas que en el mismo se hallaban a entregarles dinero y objetos de valor. Como consecuencia del miedo que les causaron y la violencia ejercida sobre las mujeres que se hallaban en el lugar, se apoderaron



de un teléfono móvil valorado en 60 euros propiedad de Inocencio , de otro teléfono móvil valorado en 20 euros propiedad de Martin , de otro móvil y de 50 euros en efectivo de Rodolfo y de 330 euros en efectivo de Victoriano .

Mientras Juan Manuel y Baldomero permanecían en el piso, llamó a la puerta una dotación de mossos D'Esquadra, compuesta por los agentes nº NUM003 y NUM002 , que habían sido comisionados al lugar desde su central ante las quejas transmitidas por un vecino, molesto por los ruidos que provenían del inmueble. Al cerciorarse por la mirilla de la puerta de la presencia de los agentes, Juan Manuel y Baldomero huyeron del piso por la terraza. Aprovechando su huida, una de las ocupantes del piso abrió la puerta y gritando informó a los agentes de que estaban siendo víctimas de un robo y que sus autores estaban huyendo. Ambos funcionarios entraron en el piso en persecución de Juan Manuel y Baldomero . Estos saltaron la valla de unos dos metros de altura que separaba la terraza de la finca de la terraza vecina y se quedaron agazapados en un lateral. Cuando los agentes procedían a rebasar la valla, uno de ellos vio en la penumbra, a unos cuatro metros de distancia, las siluetas de los fugitivos, momento en que les gritó que eran policías y que se quedaran quietos. Acto seguido, cuando ambos agentes se hallaban en lo alto de la valla, con la intención de matar Juan Manuel efectuó un disparo contra los agentes, que fueron alcanzados en pecho y rostro, quedando heridos en el suelo mientras Juan Manuel y Baldomero se daban a la fuga.

Como consecuencia del disparo o disparos sufridos los agentes sufrieron las siguientes lesiones:

El agente del Cos de mossos d'Esquadra nº NUM003 sufrió heridas contusas múltiples en cara anterior del tórax y las siguientes lesiones parenquimatosas: Contusión pulmonar LSD, LSM y llingula; hemotórax derecho, pneumotórax anterior izquierdo, laceración pulmonar segmento anterior LSD, laceración del polo inferior del riñón izquierdo, hematoma subcapsular del riñón izquierdo y mononeuropatía del nervio medio del brazo izquierdo. Además, herida contusa malar y supraciliar izquierda con hematoma orbitario. Persiste un proyectil en la apófisis izquierda y en el dorso nasal, que no se extraen.

El lesionado recibió tratamiento medico quirúrgico. Fue ingresado con estudios radiológicos que detectaron presencia de cuerpos extraños en la región malar, supraciliar izquierda, brazo izquierdo, proximidad de la apófisis pterigoide, región periclavicular derecha y periféricas, en los arcos costales 4º, 5º y 7º derechos. Algunos de estos cuerpos fueron extraídos, con control por parte de los servicios de cirugía torácica, vascular y máxilofacial. Se han llevado a cabo análisis repetidos de plumbemia en sangre para descartar toxicidad sistémica.

Las lesiones se estabilizaron al cabo de 200 días, de los que 175 fueron de impedimento para el ejercicio de sus ocupaciones habituales y 11 de éstos, de hospitalización.

Como secuelas le restan: Cicatrices puntiformes múltiples alojadas en el tórax, brazo izquierdo, región paranasal izquierda (con discreta deformidad local), y tres cicatrices de 5, 2 y 3 cms. en la cara anterior abdominal. Mantiene alojados en el organismo seis perdigones, cada uno de ellos de

El agente nº NUM002 sufrió pneumotórax derecho, pneumotórax anterior izquierdo, laceración pulmonar en lóbulo superior derecho, medio y llingula, laceración del polo inferior del riñón izquierdo, hematoma subcapular del riñón izquierdo y mononeuropatía del nervio medio del brazo derecho, con afectación sensitiva, no motora, transitoria.

Se practicó tratamiento quirúrgico, con extracción de los perdigo

Las lesiones se estabilizaron al cabo de 210 días, durante los cuales el afectado se vio impedido para el ejercicio de sus ocupaciones habituales y de los que ocho días fueron de hospitalización.

Como secuelas le restan tres cicatrices de 5, 2 y Mantiene alojados en el organismo 53 perdigones, cada uno de ellos de

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. De la prueba de los hechos. A los efectos de los arts. 24 de hechos declarados probados resulta de los medios de prueba y de las consideraciones siguientes:

1º) Los propios acusados han admitido en parte los hechos que se le imputan. Ambos han reconocido en el acto del juicio que se dirigieron al inmueble donde estaba instalado el negocio de masajes armados con sendas escopetas de cañones recortados, las después intervenidas, una de ellas en la terraza contigua al de la finca donde acaecieron los hechos, y otra días más tarde, en poder de otra persona al que no afecta esta causa. Niegan que pretendieran sustraer nada, arguyendo que solo querían recuperar un dinero y documentación que habían dejado en el lugar cuando lo visitaron días antes, pero estas manifestaciones se ven totalmente



desvirtuadas por las manifestaciones de los demás testigos, como se indicará. También admiten los acusados que salieron huyendo cuando aparecieron los agentes, y que saltaron la valla que separaba las terrazas de cada una de las viviendas; e igualmente reconocen que se efectuó un disparo desde la escopeta que portaba Juan Manuel, aunque éste sostiene que se produjo de forma accidental, cuando el arma se le cayó al suelo. Estas manifestaciones concordes de ambos acusados acreditan por sí solas su presencia en el lugar y la tenencia de las escopetas, pero cabe mencionar que respecto de Juan Manuel estos extremos resultan en todo caso de los reconocimientos en rueda efectuados por cinco de los testigos presentes en la vivienda (folios 290 y ss.), del informe dactiloscópico que identifica como suyas las huellas dactilares halladas en una puerta del interior del inmueble, en el que las testigos niegan que hubiera estado antes, y del informe de contraste de muestras biológicas, que atribuye al acusado los restos biológicos presentes en un reloj localizado en la terraza de la finca contigua. Y en cuanto a Baldomero, a partir de las numerosas llamadas mantenidas con Juan Manuel minutos después de los hechos, estando en las cercanías del piso en que sucedieron (conforme a datos obtenidos de los repetidores de telefonía móvil, BTS), de que fue su número de teléfono el que se facilitó para la compra de objetos sustraídos en la vivienda en la que Juan Manuel se proveyó de las escopetas y, por fin, de los informes de contraste de ADN, que le atribuyen restos biológicos hallados en el lugar de los hechos.

2º) Las mujeres que fueron víctimas de la sustracción han mantenido en todo momento que los hechos se desarrollaron en la forma que se ha descrito en la relación de hechos probados, habiendo sido algunas de ellas víctimas de golpes propinados por Juan Manuel en su propósito de hacerse con todo el dinero y objetos de valor que hubiera en el piso. De todas las mencionadas testigos solo una ha declarado en el juicio, concretamente Martin, al no haber sido posible localizar a las demás. Sin embargo, por la vía del art. 730 de r. el robo objeto de acusación.

3º) Los mossos d'Esquadra nº NUM003 y NUM002 han declarado de manera firme y clara la forma en que tuvo lugar su actuación, la entrada en el piso después de que una mujer les abriera, la persecución de los autores del entonces presunto robo y la situación en que recibieron el disparo o disparos que les hirieron. Su versión de los hechos se ha mantenido uniforme desde el primer momento, cuando se les tomó la primera manifestación en el hospital, pasando por sus declaraciones ante el juzgado instructor y, por fin, en el juicio oral.

4º) El hallazgo de las escopetas y objetos pertenecientes a los acusados y la localización y toma de muestras dactilares y biológicas ha sido ratificada por los agentes que las llevaron a cabo; e igualmente han sido ratificados los informes periciales correspondientes.

5º) Los informes periciales balísticos, también ratificados en el juicio, acreditan el buen estado de funcionamiento de las escopetas, el tipo de munición empleada y las modificaciones a las que aquéllas habían sido sometidas.

6º) Los informes médico-forenses, unidos a la documentación médica producida a raíz del tratamiento al que ambos agentes fueron sometidos, describen las lesiones sufridas por éstos y explican su alcance y gravedad.

La prueba practicada no ha permitido aclarar si fueron uno o dos los disparos realizados. El hecho de que los dos agentes resultaran heridos puede inclinar a pensar que también fueron dos los disparos, pero no hay datos fiables que permitan asegurarlo. Durante toda la instrucción la tesis mantenida por los agentes que desarrollaron la investigación policial es que se hizo un solo disparo. Así se indica en la exposición en la que se solicitó una entrada y registro (folios 86 y ss.), escrito en el que se explicaba que un disparo hirió a los dos agentes debido a la dispersión característica de la munición empleada. De la misma forma, los agentes heridos han hablado siempre de un solo tiro y hasta siete de los diferentes testigos, esto es, las mujeres que trabajaban en la casa de masajes y dos vecinos, han referido haber oído un disparo, con las solas excepciones de Victoriano (folio 48 y 275 y 276) y de Martin, ésta la única testigo que ha sido localizada para que preste declaración en el juicio, en el que ha asegurado que escuchó dos disparos. Sin embargo, es fácil que la testigo se equivoque, porque en un primer momento declaró a la policía (folio 68) que solo escuchó uno, versión que mantuvo más tarde al declarar en el juzgado instructor (folios 277 y 278 y 361). No hay estudios sobre el número de perdigones por cartucho que contradigan la posibilidad de que todos los proyectiles que recibieron ambos agentes provinieran de un solo tiro. Por otro lado, los policías afectados han declarado que estaban juntos cuando sonó la detonación. En concreto, el agente nº

El acusado Juan Manuel, como se ha anticipado, ha declarado en el juicio que la escopeta se le disparó al caerle al suelo. Esta versión, ofrecida por primera vez en el plenario (anteriormente los acusados se habían venido negando a declarar en cada ocasión en las que se les ofreció la posibilidad de hacerlo), no es creíble. El acusado sostiene que estaba agachado con la escopeta en la mano derecha y que se le deslizó de las manos, impactando con el suelo y disparándose. Lo tardío de la alegación ha impedido practicar alguna prueba pericial dirigida a comprobar su veracidad, pero es difícil que el arma cayera desde la posición en que se hallaba, agachado, y que esa escasa distancia de caída provocara un impacto suficiente para provocar la acción del



percutor. Y sobre todo, la probabilidad de que el disparo resultante acertase con precisión a los dos ambos agentes y en zonas vitales es tan escasa que debe ser descartada.

SEGUNDO. Calificación de los hechos . Los hechos declarados probados constituyen:

A) Un delito de robo con intimidación con utilización de instrumento peligroso, tipificado en los arts. 237 y 242 del Código Penal , que sancionan con pena de prisión de dos a cinco años a quienes, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando violencia o intimidación en las personas, pena que se impone en su mitad superior cuando el delincuente hiciera uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

B) De un delito intentado de asesinato descrito y penado en el art. 139, nº 1º, del CP , que castiga con la pena de prisión de quince a veinte años, "como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1ª) Con alevosía..."

C) De un delito de atentado tipificado en el art. 550: Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas. La sanción del delito de atentado se establece en el art. 551.1: "Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos." El art. 552.1º, añade: "Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado concurra alguna de las circunstancias siguientes:1ª) Si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso..."

D) De un delito de tenencia ilícita de armas prohibidas del art. 563 del CP : "La tenencia de armas prohibidas y la de aquéllas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años." Los informes periciales realizados al efecto destacan el perfecto funcionamiento de las armas y las modificaciones introducidas en las mismas, que las convierten en armas prohibidas de acuerdo con la definición del art. 4.1, a), del RD 137/993, de 29 de enero.

No plantean problemas ni han sido cuestionadas las calificaciones de los delitos de robo con violencia e intimidación con uso de instrumento peligroso, atentado y tenencia ilícita de armas. El debate se ha centrado en la calificación jurídico penal de las lesiones producidas por el disparo (o disparos) realizados con el arma de fuego. La problemática se centra en la determinación del ánimo de matar y en la alevosía que cualifica el asesinato que imputan las acusaciones, pudiéndose añadirse a estas cuestiones la atinente a la autoría, que se abordará en el siguiente fundamento de derecho. Sobre estos particulares cabe hacer las siguientes consideraciones:

A) En cuanto a la voluntad o dolo de matar, de acuerdo con una constante doctrina (STS de 4 de mayo de 1.994 , 29 de noviembre de 1.995 , 23 de marzo de 1.999 , 3 de octubre de 2.003 ó 9 de febrero de 2.004) "el delito de lesiones y el de homicidio en grado de tentativa (antes delito frustrado), contienen la misma estructura objetiva, distinguiéndose únicamente por el elemento subjetivo de la intencionalidad. Como este elemento subjetivo pertenece al propio pensamiento e intimidad de las personas, a no ser que el sujeto activo de la acción lo confiese, ha de ser inferido de la actividad externa realizada, tanto antecedente, como concomitante o consiguiente y, sobre todo, de la peligrosidad del arma empleada en la agresión, de los lugares anatómicos en que se produjeron las lesiones y también de las consecuencias más o menos graves que se causaron." Y, como señala el auto de TS de 5 de julio de 2.005 , "Esta Sala tiene afirmado que desde el punto de vista externo y puramente objetivo un delito de lesiones y un homicidio o asesinato frustrado son totalmente semejantes. La única y sola diferencia radica en el ánimo del sujeto que en uno tiene tan sólo una intención de lesionar y en el otro una voluntad de matar. Es el elemento subjetivo, personal e interno lo que diferencia que unos hechos aparentemente idénticos puedan juzgarse como lesiones, por concurrir en ellos el animus laedendi o como homicidio por existir animus necandi o voluntad de matar. Pero tal elemento interno, salvo que el propio acusado lo reconozca, debe inferirse por el juzgador de una pluralidad de datos, suficientemente acreditados con la prueba, que hagan aflorar y salir a la superficie ese elemento subjetivo escondido en el interior del sujeto".

1º) Los datos, factores o, en suma, indicios que pueden emplearse como criterios de inferencia para dilucidar la voluntad del sujeto activo son los siguientes, según repetida jurisprudencia (STS de 10 de enero de 2.005): 1º) Las relaciones que ligan al autor y a la víctima (STS de 17 de enero de 1.994 : "también estás las circunstancias personales de toda índole, familiares, económicas, profesionales, sentimentales y pasionales").

2º) La personalidad del agresor y del agredido (STS de 12 de marzo de 1.987).



- 3º) Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos procedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento.
- 4º) Las manifestaciones de los intervinientes durante la contienda (STS de 3 de diciembre de 1.990 : "Palabras que acompañaron a la agresión y del agente causante tras la perpetración de la acción criminal").
- 5º) Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar.
- 6º) Lugar del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y su carácter más o menos letal (STS de 13 de febrero de 1.993 : "Las modalidades de ataque, el ímpetu del mismo y las regiones contra las que se dirige, no todas ellas ostentan la misma fuerza de convicción, y así la naturaleza del arma y la zona anatómica sobre la que se ejercita la acción tiene al igual que la potencialidad del resultado letal un valor de primer grado").
- 7º) Insistencia y reiteración de los actos atacantes, duración, número y violencia de los golpes (STS de 6 de noviembre de 1.992), continuación del acometimiento hasta la propia vía pública (STS de 28 de marzo de 1.995).
- 8º) Conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desatendiéndose del alcance de sus actos, alejándose el lugar, persuadido de la gravedad y trascendencia de los mismos (STS de 4 de junio de 1.992).

Estos criterios que "ad exemplum" se describen no constituyen un sistema cerrado o de "numerus clausus", sino que se ponderan entre sí para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se contrastan con menos elementos que puedan ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad impetuosa de sus actos" (STS de 10 de enero de 2.005).

Trasladando lo expuesto al caso de autos, solo es dable acudir a la letalidad del medio empleado, a las circunstancias del disparo y a la zona corporal a la que se dirigió, dado que acusados y agentes no se conocían y la acción se desarrolló con rapidez, de forma que no tuvieron ocasión de cruzar palabras. Pues bien, de los elementos indiciarios disponibles cabe destacar que el disparo (o disparos) fue de perdigones, proyectiles cuya capacidad para producir desgarros o destrozos de zonas vitales es menor que el de otros que también podrían cargarse en el cartucho empleado, como las postas o las balas, pero en todo caso son capaces de afectar a órganos sensibles y causar la muerte. Así lo hacen constar los informes médico forenses obrantes en los folios 300 y 301 y así resulta de las lesiones causadas, con neumotórax, además de hemotórax en uno de los agentes, que requirieron intervención quirúrgica para conjurar un riesgo cierto para la vida. En segundo lugar, el disparo se hizo a una distancia de unos cuatro metros, que incrementa el peligro de los proyectiles, recién salidos del cañón y por ello manteniendo una gran velocidad. Por último, la mayor parte de los perdigones penetraron en pecho y abdomen, además de algunos que alcanzaron el rostro del agente NUM003 , lo que evidencia que el disparo se dirigió a zonas que albergan órganos vitales, en lugar de hacerlo hacia las extremidades. De estos dos datos esta Sala infiere que el disparo se efectuó con la intención de causar la muerte de los agentes o de alguno de ellos.

B) En cuanto a la alevosía que cualifica el delito de asesinato, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de este año 2012 que la alevosía es una circunstancia agravante en la que deben concurrir dos elementos: en cuanto al elemento objetivo "descansa en dos pilares que resaltan su carácter ejecutivo: el aseguramiento de la acción delictiva y b) la eliminación de la consiguiente reacción defensiva. Por lo que respecta al elemento subjetivo de la alevosía, el mismo radica en la tendencia, concretada a modo de específica utilización por el culpable de los medios, modos o formas de ejecución hacia aquel doble fin. De este modo, el dolo del agente debe proyectarse tanto sobre la acción como sobre la indefensión del ofendido. Consecuentemente a la naturaleza mixta, objetivo-subjetiva de la alevosía, el fundamento de la previsión de esta concreta circunstancia, aquí configuradora del asesinato, es, en opinión de nuestra jurisprudencia, un plus de antijuridicidad y de culpabilidad. El núcleo del concepto de alevosía se halla en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte del ofendido. Tal inexistencia de posibilidades de defensa puede derivarse de la manera de realizarse la agresión, bien de forma proditoria o aleve, cuando se obra en emboscada y al acecho a través de una actuación preparada para que el que va a ser la víctima no pueda percibirse de la presencia del atacante o atacantes hasta el momento mismo del hecho, bien de modo súbito o por sorpresa, cuando el agredido que no sospecha del ataque del que va a ser víctima, se ve atacado de forma rápida e inesperada". Añade la sentencia que "en cualquiera de las modalidades en que se presente, proditoria, sorpresiva o por desvalimiento de la víctima, el núcleo esencial de la alevosía se encuentra en la anulación deliberada de las posibilidades de defensa de la víctima o de cuya situación de indefensión se aprovecha conscientemente el autor para asegurar la acción y sin riesgos para su persona."



En el caso analizado podría argumentarse que los agentes perseguían a dos personas de las que se les acaba de comunicar que estaban perpetrando un robo, lo que pudiera hacer pensar que estaban sobre aviso de una posible acción agresiva para facilitar su fuga. Sin embargo, si se atiende a las circunstancias concretas en que se produjo el disparo, se observa que, según se ha relatado en el apartado de hechos probados y resulta de las declaraciones de los agentes, cuando el acusado efectuó el disparo éstos se hallaban salvando la valla, acción que requería su mayor atención y ocupaba sus manos, mientras que los acusados se hallaban en una zona de penumbra, de forma que solo eran visualizables sus siluetas, y de forma confusa. Por lo demás, no consta que los agentes supieran que los acusados disponían de armas de fuego. Solo se les dijo, al abrirles la puerta, con dificultades idiomáticas y con la mayor urgencia, que intentaban robar. En conclusión, los acusados aprovecharon un instante en que los funcionarios desviaban parcialmente su atención hacia otro objeto y no podían apreciar sus movimientos, ni sus armas, para disparar de forma inopinada e imprevisible, asegurándose el resultado de su acción y evitando una posible defensa de sus víctimas. En consecuencia, aun considerando el carácter excepcional de la circunstancia de alevosía y lo restrictivo de su interpretación, entiende la Sala que concurre en el caso, y, consiguiente, procede la calificación de asesinato propugnada por las acusaciones.

CUARTO. Autoría. De los anteriores delitos son responsables los Juan Manuel y Baldomero acusados en concepto de autores del art. 28 del CP por su participación personal, material y directa en los hechos.

La circunstancia de que no haya quedado definitivamente acreditada la existencia de dos disparos no excluye la coautoría de ambos acusados, con independencia de quién de ellos realizara el acto material de apretar el gatillo. Al respecto la sentencia del Tribunal Supremo del 19 de octubre de 2011 reafirma la vigencia de la doctrina llamada de la desviación previsible: "Recuerda la reciente S.T.S. 45/2011, con cita de nuestros precedentes, que " cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deberán responder como coautores.... la coautoría no es una suma de coautorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho y no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo, sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho ", de forma que mediante el acuerdo o plan trazado se integran en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la organización, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución. Igualmente S.T se ocupa del problema de la comunicabilidad de los medios comisivos a los partícipes que no emplearon directamente las armas o medios peligrosos, afirmando que aunque el plan inicial se limitase al apoderamiento del dinero de la víctima mediante la acción intimidatoria, debe tenerse en cuenta la aplicación de la teoría de las desviaciones previsible, reiteradamente aplicada por esta Sala al analizar la cuestión de la comunicabilidad referida, de forma que " el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia e intimidación que no excluye "a priori todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo en cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque solo algunos de ellos sea ejecutores de semejantes resultados personales ". Cada sujeto debe responder con dolo directo de las acciones realizadas por el mismo según el plan trazado pero también con dolo directo o eventual de los hechos acaecidos que sean consecuencia de las desviaciones previsible del proyecto delictivo que cada agente acepta y consiente, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de forma que el uso de armas u otros medios peligrosos integran un elemento de carácter objetivo comunicable a los demás partícipes que tengan conocimiento al tiempo de la acción, independientemente de quien porte el arma, de la misma forma que es indiferente quien haya suministrado la misma si todos ellos las tienen a su disposición y la posesión concreta de cada una está en función del papel asignado a cada partícipe, pues lo que castigan los artículos 563 y . es la tenencia de armas prohibidas o de fuego reglamentadas con independencia de quien las haya aportado al acervo común (también S.S.T.S. 134/2010, 84/2010, 690/2009, 434/2007 u 838/2004).

En el caso dado es patente que la participación consciente y preparada en un plan para cometer un delito de robo, con empleo de dos escopetas recortadas cargadas, permite prever el riesgo de que sean utilizadas para el fin que es propio de estas armas. Por consiguiente, y dado que Juan Manuel ha asumido que fue su arma la que disparó, Baldomero hubo de prever perfectamente la posibilidad de que su compañero utilizase el arma, sea para disparar contra las víctimas del robo, sea para facilitar su huída si, como en el caso, llegaban a intervenir agentes de policía; y a pesar de ese conocimiento del riesgo, participó en el hecho, asumiendo así el resultado en que el riesgo pudiera concretarse.

QUINTO. Circunstancias modificativas. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.



SEXTO. Penalidad . Valorando conjuntamente la gravedad de los hechos, la ausencia de circunstancias modificativas y la duda sobre la existencia de un segundo disparo a cargo de uno de los acusados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 66.1 , 6ª, del CP , se impondrán a cada uno de ellos las siguientes penas:

1º) Por el delito de robo con violencia e intimidación, la pena de cuatro años y seis meses de prisión, considerando la peligrosidad de las dos armas esgrimidas y la multiplicidad de las víctimas.

2º) Por el delito de asesinato, en grado de tentativa acabada, la pena de ocho años de prisión para Juan Manuel y de siete años, seis meses y un día para Baldomero , teniendo presente, conforme a la norma prevista en el art. 77 del CP , que resulta más favorable a los acusados la punición separada de los delitos de asesinato y de atentado. La pena resulta de partir de la prisión de quince a veinte años correspondiente al asesinato y reducirla en un grado en atención a la tentativa acabada (arts. 16 y 62 del CP). Se impone una pena más elevada a Juan Manuel por la mayor energía criminal desplegada en relación con Baldomero , al haber sido quien materialmente apretó el gatillo.

3º) Por el delito de atentado, la pena de tres años y un día.

4º) Por el delito de tenencia ilícita de armas prohibidas, la pena de un año y seis meses para cada uno de ellos, teniendo presente, de un lado, la tenencia conjunta de dos armas prohibidas y, de otro, que parte del desvalor de la acción ya ha sido sancionado mediante las agravaciones previstas por uso de armas en los delitos de robo con violencia e intimidación y de atentado.

SEPTIMO. Responsabilidad civil. Conforme los arts. 109 y 116 del Código Penal , la ejecución de un hecho descrito por .

A) Cuantificación de las indemnizaciones. Para la liquidación de los daños y perjuicios padecidos por los dos agentes lesionados se acudirá como criterio básico de cálculo al sistema de valoración del daño corporal introducido como anexo en La reciente STS de 28 de febrero de 2012 cita dice lo siguiente: "STS, "el baremo en cuestión, sin suponer una inflexible limitación en la valoración de los perjuicios, brinda cuando menos criterios objetivos, y generales para todos, introduciendo claridad, precisión y certeza. Por ello su observancia no precisa de una expresa justificación, exigible por el contrario cuando el Tribunal decide separarse de las valoraciones normadas». Por ello lo que se requiere es que el Tribunal razone en la sentencia las bases y del importe de la indemnización."

Se partirá de los días de hospitalización, impedimento y curación fijados en los informes médicos forenses, que establecen cifras inferiores a los del perito propuesto por los perjudicados, lo que obedece a la consideración del periodo transcurrido hasta la estabilización lesional, que no tiene por qué coincidir con la baja laboral a efectos de Seguridad Social. Conforme a ello, resultan las siguientes cantidades:

Para el agente nº NUM003 , un total de 14.221,34 euros, desglosados en 726 euros por los días de hospitalización (11 días por 66 euros diarios, conforme al baremo vigente en la fecha de la estabilización de las lesiones), más 8.800,24 euros por los 164 restantes días de impedimento, a 5,66 euros diarios, más 722 por los restantes 25 días de curación, a 28,88 euros día, más 3.973,10 euros por las secuelas estéticas, valoradas en cinco puntos, a razón de 794,62 euros/punto.

Para el agente nº NUM002 , 18.066,04 puntos, desglosados en 528 euros por los ocho días de hospitalización, más 10.839,32 euros por los 202 restantes días de impedimento, más 18.066,04 euros por las secuelas estéticas, valoradas en ocho puntos, a razón de 837,34 euros/punto. No ha quedado acreditada la secuela funcional que sostiene la acusación, por ser una patología que el informe forense describe como solo sensitiva y transitoria.

Las cifras anteriores se incrementarán prudencialmente en un 20%, en atención al mayor daño moral que en principio deriva de un hecho violento como el presente en comparación con el provocado por los siniestros de tráfico que el baremo empleado contempla como supuesto de hechos. De aquí resultan unas cantidades de 17.065,60 euros y 21.679,25 euros, respectivamente, para cada uno de los lesionados.

La presencia en los cuerpos de los agentes de perdigones que no han podido ser extraídos ha suscitado la polémica sobre las consecuencias que para su salud puedan entrañar el plomo y el antimonio de que están compuestos. El perito que ha declarado a instancias de los perjudicados, Dr. Agapito , ha dictaminado que en ambos casos los agentes sufrirán con el tiempo las consecuencias tóxicas del plomo, que, aunque pueden variar grandemente en función de las características personales de cada persona, acaban por surtir efectos a largo plazo, lo que previsiblemente les implicará, dada su juventud. Los efectos nocivos de la intoxicación son diversos, entre dolores de cabeza y fatiga, entre otros, en los estadios iniciales, hasta problemas de memoria, pérdida de peso, etc., en fase más avanzada. Este riesgo exige además el sometimiento a controles periódicos cuyo coste estima entre 90.000 y 120.000 euros. Frente a este informe, los médicos forenses, interrogados



al respecto en el acto del juicio, han mantenido que el riesgo de envenenamiento o intoxicación es muy bajo, dado el peso del plomo que soportan los perjudicados y la tendencia del organismo a crear tejidos que aíslan los perdigones, como elementos extraños. En esta tesitura, dada la duda que las pruebas plantean sobre el riesgo que la presencia de perdigones entraña, deberá desestimarse la pretensión de quien reclama, que era el obligado a probar (art. 217 de no permite descartar un riesgo y que en todo caso supone un motivo de angustia para quienes lo sufren que constituye un perjuicio que haya consecuencia directa en el acto lícito. Por consiguiente, se reconocerá a los perjudicados una indemnización para compensar en lo posible las consecuencias de este hecho, indemnización que no puede basarse en el sistema de valoración de 7.065,60 euros para el primero de ellos y en 51.679,25 euros para el segundo.

B) La petición de condena en concepto de responsabilidad civil que solicita en su escrito de calificación provisional la acusación particular representando a los mossos d'Esquadra nº NUM002 y NUM003 se plantea en los siguientes términos: "Los procesados, Juan Manuel y Baldomero, y la **Generalitat** de Catalunya, a través de su aseguradora, indemnizarán solidariamente a..." En el escrito no se expresan los fundamentos jurídicos de esta pretensión y en el relato de hechos solo se induce algún elemento de relación entre los delitos enjuiciados y la responsabilidad que se exige de la **Generalitat** en el último inciso del sexto párrafo del expositivo sexto de su escrito, cuando se dice. "Cabe añadir que ambos agentes no llevaban chalecos personales antibala." Ahora bien, el fundamento fáctico de la pretensión de extender la obligación de indemnizar a la **Generalitat** podría inducirse de las pruebas documentales aportadas por dicha acusación y de las solicitadas de cara a su práctica en el juicio. Y en el informe final del juicio la letrada que defiende los intereses de los agentes perjudicados ha determinado el origen de esa responsabilidad en el incumplimiento de la obligación de dotar a los mossos d'Esquadra que de ella dependen de chalecos antibalas efectivos y utilizables, así como en supuestas deficiencias al comunicar a la dotación la entidad de los sucesos que acaecían en el piso al que fueron dirigidos.

De los términos literales de la reclamación, en la que se postula una responsabilidad solidaria respecto de los responsables penales, se desprende que se interesa se declare la responsabilidad civil directa de la **Generalitat**, que deberá ser abonada por la aseguradora que cubra este riesgo, es decir, el de que la asegurada sea declarada responsable civil como consecuencia de un determinado evento. Esta pretensión no puede prosperar, porque la responsabilidad civil que puede ventilarse en el proceso penal es exclusivamente la derivada del delito (art. 109 y 116 del Código Penal) y, por ampliación, la de aquellos terceros que en atención a determinadas relaciones con los responsables penales o con el entorno en que se desarrolla el delito, relaciones definidas en los arts. 120 y 121 del CP, deben responder de sus consecuencias de forma subsidiaria, esto es, para caso de impago del delito. A estos se añaden las entidades aseguradoras que cubran riesgos relacionados con el delito (art. 117). Ninguno de estos supuestos se da en el caso dado. La **Generalitat** no es responsable del delito, ni aseguradora del riesgo de que se produzca, por lo que no le alcanza la responsabilidad solidaria que se le reclama. Y aunque se entendiese que se interesara subsidiariamente su responsabilidad civil subsidiaria, tampoco se halla en ninguno de los supuestos que conforme a los arts. 120 y 121 hacen nacer este tipo de obligación. El único que podría guardar cierta similitud con el presente es el contemplado en el nº 3º) del art. 120, cuando establece que responderán subsidiariamente "Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción." Pero parece patente que el delito no se cometió en un establecimiento de que sea titular la **Generalitat**. Por consiguiente, la reclamación no puede ejercitarse en este procedimiento penal, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la vía contencioso administrativa, si se estimase que ha existido un funcionamiento anormal de los servicios públicos o de los deberes de la **Generalitat** respecto de sus funcionarios.

C) Los acusados deberán así mismo indemnizar a las víctimas del robo por el dinero y teléfonos móviles sustraídos.

OCTAVO. Costas procesales. Conforme a lo dispuesto en el art. 123 del CP, los condenados deberán abonar las costas procesales causadas, incluyendo en el cómputo al acusado rebelde. Las costas incluirán las causadas a la acusación particular, cuya intervención no puede considerarse perturbadora, ni inútil. La obligación de pago de las costas no incluye las de la acusación popular (STS de 10 de junio de 2002).

La absolución de la **Generalitat** de Catalunya respecto de la pretensión civil contra ella formulada supone que deban declararse de oficio las costas causadas, al no apreciarse méritos para imponerlas a la acusación particular.

Vistos además de los citados y demás de general y pertinente aplicación



FALLAMOS

PRIMERO. Que debemos condenar y condenamos a Juan Manuel , como coautor responsable de un delito de robo con violencia e intimidación, un delito de asesinato en grado de tentativa, un delito de atentado, en concurso ideal con el anterior, y un delito de tenencia ilícita de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años y seis meses por el primer delito, de ocho años por el segundo, de tres años y un día por el tercero y de un año y seis meses por el cuarto, con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de las condenas, caso de que adquiriera la posibilidad de ejercerlo en este país. Además, deberá indemnizar, solidariamente con Baldomero , a los mossos D'Esquadra nº NUM003 y NUM002 en las cantidades respectivas de de 27.065,60 euros y 51.679,25 euros, sumas que devengarán el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta la del total pago de lo adeudado. Además, deberá abonar la mitad de las costas procesales causadas, incluyendo las de la acusación particular.

SEGUNDO. Que debemos condenar y condenamos a Baldomero , como coautor responsable de un delito de robo con violencia e intimidación, un delito de asesinato en grado de tentativa, un delito de atentado, en concurso ideal con el anterior, y un delito de tenencia ilícita de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años y seis meses por el primer delito, de siete años, seis meses y un día por el segundo, de tres años y un día por el tercero, y de un año y seis meses por el cuarto, con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de las condenas, caso de que adquiriera la posibilidad de ejercerlo en este país. Además, deberá indemnizar, solidariamente con Juan Manuel , a los mossos D'Esquadra nº NUM003 y NUM002 en las cantidades respectivas de de 27.065,60 euros y 51.679,25 euros, sumas que devengarán el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta la del total pago de lo adeudado. Además, deberá abonar la mitad de las costas procesales causadas, incluyendo las de la acusación particular.

TERCERO. Que debemos absolver y absolvemos a la **Generalitat** de Catalunya de la pretensión de indemnización solidaria contra ella dirigida por la acusación particular, declarando de oficio las costas causadas por esta reclamación.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

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

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.