

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CASTILLA Y LEON SALA DE LO CIVIL Y PENAL

ROLLO DE APELACION NUMERO 68 DE 2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEGOVIA

SECCION PRIMERA

ROLLO NUMERO 22/2018

JUZGADO DE INSTRUCCION NUMERO 2 DE SEGOVIA

-SENTENCIA N° 75/2019-

Señores :

Excmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez

Ilmo. Sr. D. Carlos Javier Alvarez Fernández

Ilmo. Sr. D. Ignacio María de las Rivas Aramburu

En Burgos, a doce de diciembre de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la Audiencia Provincial de Segovia seguida por un delito de homicidio en grado de tentativa contra **JOSÉ RAMÓN JIMENEZ DURÁN** cuyos datos y circunstancias ya constan en la sentencia impugnada, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el mismo, representado por la Procuradora doña Alicia Martin Misis y defendido por el Letrado don Carlos Felipe Roig Vazquez, siendo apelado el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular ejercida por Fredy Alexander Tamayo Gonzalez, representado por la Procuradora doña Maria Carmen Gomez Torrego y asistido por la Letrada Miriam Garcia Campaño.

-ANTECEDENTES DE HECHO-

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Segovia, sección primera, de que dimana el presente Rollo de Sala dictó sentencia en la que se declaran probados los siguientes hechos:

“De la prueba practicada en el acto del juicio resulta probado y así expresamente se declara que en torno a las 03,16 horas de la madrugada del día 14/3/2018, accedieron al Bar "Exotic" sito en la Plaza de la tierra de esta Capital, Fredy Alexander Tamayo González, de 22 años de edad, y su amigo Yuliber Cuevas Ruiz. Fuera del establecimiento, se encontraron Fredy, Yuliber con Cindy y Alex. En ese momento Fredy comienza una discusión, por motivos personales, con Cindy. Tras lo que Fredy entró en al Bar, donde Fredy intentó encender un cigarrillo.

Momento en el que el camarero del local y acusado José Ramón Jiménez Durán (nacional dominicano, mayor de edad, titular del y sin antecedentes penales), y a quien Fredy conocía por frecuentar el referido bar, le indica que allí no se puede fumar, por lo que comenzaron una discusión, tras la cual Fredy abandona el establecimiento.

Saliendo tras Fredy el acusado, con ánimo de proseguir con la discusión y pasando de las palabras a las manos, se agredieron mutuamente, cayendo ambos al suelo quedando el acusado encima de Fredy, y el acusado haciendo uso de un cuchillo de unos 15 centímetros de hoja que llevaba entre sus ropas y que había cogido del interior del bar "Exotic" y con ánimo de atentar contra la vida de Fredy clavó dicha arma en la espalda de éste a la altura del pulmón, penetrando varios centímetros en el pulmón afectando al lóbulo inferior derecho de dicho órgano, y en el miembro inferior izquierdo, en concreto en la cara anterior del cuádriceps.

Acto seguido Yuliber y Alex acuden a separarlos, momento en que Fredy les dijo "Me ha apuñalado, me ha dado dos puñaladas", observando como sangraba por la espalda y por la pierna izquierda, mientras el acusado mantenía en una de sus manos el cuchillo con el que le había agredido, alejándose del lugar para introducirse en el local, siendo seguido por Cindy Lady Martínez de Cuello que también estaba en el exterior del Bar "Exotic" y había discutido con Fredy por motivos personales relacionados con la pareja de Fredy, pero que al ver lo que a éste le había sucedido, entró rápidamente al local para recriminar al acusado diciéndole "has sido tú, lo has pullado, lo has pullado", a lo que José Ramón le dijo "No digas nada mami, me voy, me voy de aquí ", "dí que ha sido por ti", entregándole el cuchillo que había empleado en la agresión, saliendo Cindy del local, procediendo con posterioridad a abandonarlo entre la verja y el cristal del bar "Ibiza" sito en la Plaza del Doctor Gila. Una vez denunciados los hechos Cindy Lady acompañó a la policía a intentar recuperar el cuchillo.

El arma en cuestión fue encontrado por un cliente del Bar "Ibiza", César Rodríguez Rubio, que a la mañana siguiente a los hechos acudió a desayunar al citado establecimiento y lo encontró, entregándolo a los Funcionarios Policiales q los que previamente avisó del hallazgo.

A consecuencia de estos hechos Fredy Alexander Tamayo resultó con las siguientes heridas: Traumatismo toracoabdominal penetrante por arma blanca, con laceración pulmonar en lóbulo inferior derecho con hemonemotórax, laceración hepática en segmento IV con area de sangrado activo y hemonuemoperitoneo asociando abdomen agudo y anemización.

El hemoperitoneo aproximadamente de 2 litros, lesión de 4 cm de diámetro en diafragma derecho por herida penetrante por arma blanca desde el tórax posterior. Herida de arma blanca en muslo izquierdo.

Para curar, precisó además de la primera asistencia tratamiento médico quirúrgico consistente en: intervención quirúrgica urgente, laparotomía subcostal derecha amplia. Control de la hemorragia. Panking de la lesión hepática con surgicel, tubo de tórax en hemitórax derecho, cierre primario del diafragma, drenaje subdiafragmático derecho. Trasfusión de 4 unidades concentrado de hematíes y plasma, fibrinógeno, ácido tranexámico, fluidoterapia (4 litros) sedación, analgesia, antibioterapia, reposo, lavados diarios de la herida, antitérmicos. Limpieza cura y sutura de las otras dos heridas. Dichas lesiones recibieron e tratamiento urgente, sin el que hubiera existido riesgo vital. Necesitando un total de 23 días para sanar, de los cuales 5 le produjeron un perjuicio particular muy grave, 3 grave y 15 moderado, restándole como secuelas dolor a nivel de la zona de la laparotomía que se desencadena con ciertos movimientos y como secuelas estéticas cicatriz quirúrgica, de aproximadamente 60 cm, de morfología lineal, situada en cara anterior del abdomen, desde hipocondrio derecho a mesogastrio, visible, la mirada tiende a fijarse y se recuerda, 2 cicatrices quirúrgicas de las mismas características, una situada en tórax derecho, la otra en abdomen que miden, 2 cm, cicatriz de dos centímetros, en región dorsal derecha, minimamente hipertrófica e hipercrómica, cicatriz en forma de "s" de 2 cm en cara anterior de muslo derecho, valoradas en 6 puntos.

El acusado permaneció en prisión por estos hechos desde el 15/3/2018, hasta el 7 de Septiembre de 2018.”

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia, de fecha 12 de julio de 2019, dice literalmente:” FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado José Ramon Durán como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, del art. 138 y 16 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de siete años, con inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a indemnizar al perjudicado Fredy Alexander Tamayo González en la cantidad de 1.512,54 euros por lesiones y de 34.242 euros por secuelas, así como a pagar las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

Así por esta sentencia, que será notificada a las partes en legal forma, haciéndoles saber que cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de Lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en el plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación.

Llévese certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.”

TERCERO.- Con fecha 9 de septiembre de 2019 se dictó Auto de Aclaración de Sentencia cuya parte dispositiva dice literalmente:

“LA SALA ACUERDA

1º. - Se deja sin efecto el auto de aclaración de sentencia de fecha 30/07/2019.

2º. - **ACLARAR** la sentencia nº 18/2019 de 12/07/2019, en los ANTECEDENTES DE HECHO TERCERO, añadiendo un párrafo segundo en el sentido siguiente:

Por la representación procesal de la defensa, mostró su total disconformidad con las acusaciones del Ministerio Fiscal y acusación particular, por cuanto los hechos serían constitutivos de un delito de lesiones del artículo 148.1º en relación con el artículo 147.1º del Código Penal y artículo 68 del Código Penal, del que es responsable en concepto de autor, concurriendo las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad penal : Eximente incompleta de legítima defensa del artículo 20.4º en relación con el artículo 21.1º del Código Penal ó bien como , atenuante analógica del artículo 21.7º en relación con el artículo 20.4º y 21.1º todos ellos del Código Penal. Atenuante de reparación del daño del artículo 21.5º del Código Penal ó bien como atenuante analógica de reparación del daño del artículo 21.7º en relación con el artículo 21. 5º del mismo texto legal. Interesa se le imponga la pena de un año de prisión. En caso de condena procedería la imposición de costas, pero sin incluir las de la acusación particular. En cuanto a la responsabilidad civil, en disconformidad con el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular en cuanto a su importe. Entiende, que el importe de la indemnización que se pudiera imponer a su representado y al amparo del artículo 114 del Código Penal , debe ser reducida en un porcentaje no inferior al 50 % al haber contribuido el perjudicado con su comportamiento inicial al resultado lesivo finalmente producido , lo que debe reducir la cantidad reclamada por el Ministerio Fiscal en concepto de indemnización en un 50 % , o bien , para que de manera subsidiaria caso que no se estimare excesivo dicho porcentaje sea rebajada en el porcentaje que por la Ilma. Sala se estimare más ajustada a derecho.

3º. - Suprimir el QUINTO de los ANTECEDENTES DE HECHO.

Manteniéndose la sentencia dictada por esta Sala en todo lo demás.

Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpen desde que se solicitó su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, en su caso, y, en todo caso comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de la presente.

Lo acuerdan y firman los Ilmos./as Sres/as Magistrados/as. Doy fe.”

CUARTO. - Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por el condenado, expresando como fundamento la violación del derecho a la presunción de inocencia por error en la valoración de las pruebas e infracción de Ley por indebida inaplicación de los artículos 147.1º en relación con el artículo 148 1º d, del artículo 204, y de los artículos 21.5º , 114 y 66.1º, todos ellos el Código Penal.

QUINTO.- Admitido el recurso, se dio traslado del mismo al Fiscal y a la Acusación Particular que lo impugnaron, y elevadas las actuaciones a este Tribunal se formó el oportuno Rollo de Sala y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 25 de noviembre del presente año, en que se llevaron a cabo.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Ignacio de las Rivas Aramburu, Magistrado de esta Sala, quien expresa el parecer del mismo.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO -

PRIMERO. – El recurrente entiende, en primer lugar que existe error en la valoración de la prueba al no haber quedado probado el ánimo homicida, considerando en el apartado segundo de su recurso, vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución “dando por reproducidos los argumentos expuestos en los motivos de impugnación anterior”. lo que permite darles una respuesta conjunta.

Es doctrina jurisprudencialmente consolidada que, a través del derecho a la presunción de inocencia se permite constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) Una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) Una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales c) Una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba ; d) Y una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el razonamiento que conduce desde la prueba al hecho probado.

En el presente caso el recurso únicamente cuestiona la valoración racional de las pruebas interesando la rectificación del relato histórico en lo referente al ánimo de atacar contra la vida que se predica del acusado en el párrafo tercero de los hechos probados.

Limitada la función del tribunal de apelación a únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, un ponderado y detenido examen de las actuaciones, únicamente limitado por la competencia exclusiva del Tribunal a quo en la percepción de la actividad probatoria, derivada de la inmediación conduce a rechazar estas alegaciones.

SEGUNDO.- Para el recurrente el Tribunal yerra cuando estima probado que el origen de la discusión entre el acusado y el fallecido fue el que este pretendiera fumar dentro del local, cuando el desencadenante de la misma fue, según mantiene, el incidente ocurrido fuera entre el fallecido y la testigo Cindy, cuando el acusado le recriminó su actitud violenta y como quiera que este tratara de agredirle, se vio obligado a defenderse, produciéndole una herida en el muslo y a continuación la muerte causada accidentalmente por otra herida, en el costado, cuando se le clavó el cuchillo al rodar ambos por el suelo.

Esta versión de los hechos apoyada en una reinterpretación de las declaraciones testificales y periciales médicas fragmentadas a conveniencia, no resiste el mínimo análisis a la vista de la prueba practicada valorada en conjunto con impecable lógica en el FJ 1º de la Sentencia, que pone de manifiesto las contradicciones en las que ha incurrido la Defensa ofreciendo versiones diferentes a lo largo del proceso que no se compadecen, con los datos objetivos, en primer lugar del dictamen forense, del que se desprende que ambas heridas fueron causadas mediante sendas cuchilladas propinadas con un cuchillo de 15 cms de hoja que como reconocen los testigos presenciales, empuñaba el acusado, y del que se desprendió a continuación entregándola a Cindy que, según ha declarado, lo abandonó en el lugar donde fue encontrado por un cliente del bar a la mañana siguiente.

TERCERO. - La jurisprudencia de la Sala II del TS (por todas Sentencia nº 500 de 24/10/2019), que cita, entre otras la de 8/3/2004) que : *el elemento subjetivo del delito de homicidio no solo 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.*

Dicha Jurisprudencia viene considerando como criterios de inferencia para colegir el ánimo de matar, los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto

CUARTO.- En el presente caso el Tribunal infiere el ánimo homicida del acusado valorando en el FJ 2º como datos relevantes, el incidente previo entre ambos en el interior del establecimiento reconocido por el acusado, la víctima y los testigos presenciales, no por aparentemente banal menos significativo, las características del arma empleada, la zona elegida para clavar el arma , que afectó a órganos vitales, pulmón e hígado como queda patente en el juicio diagnóstico efectuado tras ser intervenido de urgencia en el Hospital General de Segovia. y por último la conducta inmediatamente posterior abandonando apresuradamente el lugar, tras deshacerse del arma sin hacer nada para auxiliar al herido.

Frente a esta conclusión el recurrente opone unos argumentos cuya debilidad resulta patente. Y así se dice que el acusado que tenía dos cuchillos a su disposición eligió el más pequeño para clavárselo a Fredy; que no le amenazó previamente; que no tenían enemistad previa, que la herida del costado se la produjo el propio Fredy y que nunca trató de huir, afirmaciones que, como se ha dicho son fruto de una reinterpretación de la prueba practicada, mediante fragmentos de las declaraciones testificales y de la pericial forense en lo relativo a la posición

de ambos que en modo alguno desvirtúa la descripción del acuchillamiento referida en los hechos probados

Consecuentemente no cabe oponer reparo alguno al razonamiento del Tribunal mediante el cual concluye que el acusado actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba para la vida de Fredy clavarle un cuchillo primero a la altura del pulmón y a continuación en el muslo, y consecuentemente asumió con plena conciencia de lo que hacía, la posibilidad de causarle la muerte, fatal desenlace que de no recibir asistencia médica inmediata se hubiera producido irremisiblemente, tal y como se refleja en el dictamen médico forense(*“se tratan de lesiones graves que requirieron de tratamiento urgente pues de otra forma hubiera existido riesgo vital”*) “

QUINTO. – Se alega a continuación infracción de Ley estimando que los hechos debieron calificarse como un delito de lesiones del artículo 147 en relación con el 148 1º, sobre la base de entender que las únicas lesiones causadas voluntariamente fueron las del muslo, siendo las del pulmón e hígado de carácter accidental, o subsidiariamente, mantener esta calificación, si bien considerando las ambas lesiones como causadas voluntariamente por el acusado.

Como de sobra conoce el recurrente esta alegación solo puede prosperar a partir de un escrupuloso respeto de los hechos probados, sin que quepa modificar ni excluir de los mismos la referencia al elemento subjetivo que los caracteriza esto es el ánimo que le guio, que se describe de manera que no deja la menor duda sobre su alcance en la Sentencia cuando se dice que : *el acusado, haciendo uso de un cuchillo de unos quince centímetros de hoja que llevaba entre sus ropas y que había cogido del interior del bar Exotic y con ánimo de atentar contra la vida de Fredy clavó dicha arma en la espalda .*

En consecuencia debe de rechazarse dicha alegación, estimándose plenamente ajustada a Derecho la calificación de delito de homicidio en grado de tentativa del artículo 138 en relación con el 16 del Código Penal que se efectúa en el FJ 3º de la Sentencia

SEXTO. -La misma suerte deben de correr las alegaciones de infracción de Ley relativas a la inaplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los artículos 20. 4º, legítima defensa, y 21.5º de reparación del daño.

En cuanto a la legítima defensa, resulta imposible de apreciar, vistos los requisitos del artículo 20 4º del Código Penal desde el momento que la agresión no partió del lesionado, sino que inicialmente fue mutua, según se declara probado sin que guarde tampoco la necesaria proporción la acción del acusado, acometiendo armado de un cuchillo a su oponente desarmado y clavándoselo en una zona vital.

En cuanto a la reparación del daño, se alega que no se ha valorado el esfuerzo económico que ha supuesto para el acusado abonar la cantidad de 2.100 euros tras haber depositado 12000, como fianza para obtener la libertad provisional.

Fijada la indemnización en un total de 35754'64 euros por las lesiones y las secuelas, no procede apreciar la atenuante de reparación del daño, ni la analógica pues, como dice la Sentencia las cantidades consignadas a estos efectos por el acusado a fecha del juicio, un total

de 2100 euros no resultan significativas en relación con el perjuicio ocasionado, siendo irrelevante a estos efectos la cantidad que aportó en concepto de fianza para eludir la prisión provisional acordada en el Auto de 15 de marzo de 2018.

SÉPTIMO. – Se alega indebida inaplicación del artículo 114 del Código Penal, para moderar el importe de la indemnización acordada en Sentencia sobre la base de modificar los hechos probados reconociendo que el comportamiento del lesionado contribuyó a la producción del daño sufrido.

Aun a riesgo de ser reiterativos se hace preciso recordar nuevamente la exigencia de un escrupuloso respeto de los hechos probados en su integridad para entrar a valorar la infracción de Ley alegada, lo que impide admitirla tal y como se plantea, bastando para rechazarla decir que contrastados los hechos probados con el tenor literal del precepto cuya aplicación se postula, no existe el mínimo fundamento para apreciarla.

OCTAVO. -El recurrente considera que la pena impuesta lo ha sido con vulneración de lo dispuesto en el artículo 66 1 6º del Código Penal en relación con el 62 del mismo, resultando más acorde con el principio de proporcionalidad la de 5 años fundamentando esta pretensión en la versión de los hechos que viene manteniendo en todas sus alegaciones, radicalmente distinta a los hechos declarados probados en la Sentencia.

Partiendo de la base de la discrecionalidad que otorga el Código Penal a los jueces a la hora de individualizar la cuantía de la pena a imponer únicamente supeditada a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes, ha de considerarse correcta la efectuada en el FJ 6º de la sentencia que fija la pena dentro de los márgenes previstos para la tentativa de homicidio (de 5 a 10 años) sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad conforme a la regla sexta del número primero del artículo 66 citado, lo que le autoriza a fijarla en la extensión adecuada para lo cual ha tenido en cuenta, tal y como prescribe dicho precepto, la gravedad del hecho así como que en el acusado no concurren circunstancias de especial significación

NOVENO.- Procede imponer las costas del presente recurso al apelante cuyas pretensiones se rechazan íntegramente, conforme al criterio establecido en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En atención a lo expuesto, administrando justicia en nombre del Rey,

-FALLAMOS-

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el condenado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Segovia, sección primera, en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con costas al apelante.

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, que podrán prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con arreglo a la ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se unirá certificación a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen, para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.