

En la Ciudad de Valencia, a cuatro de julio de dos mil catorce.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha visto los recursos de apelación interpuestos de una parte por Najib, contra la Sentencia nº 84/201, de fecha diez de marzo de dos mil catorce, pronunciada por el Ilmo. Sr. D. Fernando de Rosa Torner, Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, constituido en el ámbito de la Iltma. Audiencia Provincial de Valencia, en el Procedimiento del Tribunal del Jurado nº 2/2014, seguido por los trámites del Procedimiento especial del Tribunal del Jurado, dimanante del Procedimiento de la Ley del Jurado 1/2012, instruido por Juzgado de Instrucción nº 16 de Valencia.

Han sido partes en el recurso, como apelante y recurrente, la parte del acusado y condenado en instancia NAJIB, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> María Isabel Milara Aguilera y defendido por el Letrado D. Oscar Ros Escrivá; como parte apelada la del Ministerio Fiscal, en cuya representación ha actuado el Ilmo. Sr. D. Luis Sanz Márquez.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Climent Barberá, que expresa el parecer de la Sala.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, D. Fernando de Rosa Torner, designado Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado en la causa del Tribunal del Jurado nº 2/2014, dimanante de las Diligencias del Jurado nº 1/2012, instruidas por el Juzgado de Instrucción nº 16 de Valencia, se dictó la sentencia nº 84/2014, de fecha diez de marzo de dos mil catorce, en la que se declararon probados según el veredicto del Jurado los siguientes hechos:

“1.- El día 14 de Junio de 2012 Najib, conoció a Andrés, de 68 años de edad, en un tren procedente de Barcelona con destino a Valencia.

2.- Durante el viaje, Andrés, ofreció trabajo a Najib, en un restaurante que le dijo tenía en Valencia.

3.- Najib se interesó por la oferta y antes de llegar a la estación de Sagunto, donde se apeó, para dirigirse hasta Teruel donde residía, se intercambió el número de teléfono con Andrés.

4.- Najib y Andrés quedaron en ponerse en contacto para verse en días posteriores.

5.- El lunes 18 de Junio de 2012, de conformidad con lo acordado entre ellos, Najib se desplazó en autobús a Valencia, donde llegó a las 14 horas, estando esperándole en la estación Andrés.

6.- Por la tarde, después de visitar diversos lugares, Andrés llevó a Najib a la habitación única donde residía, ubicada en la vivienda sita en la calle V. número ...3 puerta ... de Valencia, siendo dicho domicilio compartido con Roberto y Ana María. Cuando llegaron al domicilio de la calle V., Andrés dijo a Najib que no hiciera ruido para no despertar a la pareja con los que compartía piso, entendiendo Najib en ese momento que iba a verse obligado a dormir en una habitación en la que había una sola cama.

7.- Najib y Andrés pernoctaron en la habitación, haciéndolo el primero en el suelo y el segundo en la única cama que había, y al día siguiente deambularon por diversos lugares de ésta capital, sin que en ningún momento fueran al restaurante ofrecido por Andrés, quién se excusaba en diversas excusas para no hacerlo.

8.- Una segunda noche, volvieron a dormir en la misma habitación, acostándose Najib en la única cama existente y Andrés en el suelo.

9.- En un momento dado de la mañana del día 20, sin constar hora determinada, Najib se despertó sobresaltado y pudo ver a Andrés como se aproximó a la cama donde dormía Najib e intentó bajarle los pantalones y en un momento dado éste se abalanzó hacia su boca, intentando besarle, mientras que con la otra mano le tocaba los genitales, lo cual le generó una mezcla de terror y asco tan poderosa que le produjo un estado de conmoción.

10. Najib, con la única intención de quitarse a Andrés de encima y para evitar un mal propio consistente en que le continuara intentando besarle y tocarle los genitales, le cogió de la toalla que llevaba en el cuello, apretando de ella hasta que vio que los ojos de D. Andrés se inyectaban en sangre y comenzaba a sangrar la nariz, soltándolo en ese momento y tirándolo al suelo.

11.- Najib abandonó la vivienda tras coger el teléfono móvil de Andrés, tasado en 40 € que se encontraba en una mesa de la habitación.

13.- Najib fue detenido en Tarragona, el 4 de Octubre de 2012 saliendo de su domicilio a las seis y diez de la mañana, efectuándose por la policía diligencia de entrada y registro en su domicilio sito en la carretera T. bloque ...1 portal ...5, de Tarragona siendo hallado el teléfono móvil propiedad de Andrés, tras la detención Najib no opuso resistencia y colaboró desde el primer momento con los agentes de la autoridad, prestando declaración voluntariamente en sede policial.

14.- Andrés era un farsante, un mentiroso y llevaba una vida basada en el engaño, realizando negocios dudosos.

15.- Andrés falleció soltero, sin descendientes ni ascendientes y con los siguientes hermanos: Victoria, Elena, Angel Rosendo, Washington y Ana María.

16.- Najib debe de ser declarado culpable de causar la muerte consumada sin intencionalidad, de Andrés, como único responsable y partícipe de los hechos, así como de haber sustraído el teléfono móvil propiedad de Andrés.

17.- El Jurado concluía como procedente la aplicación al acusado del beneficio de remisión condicional si concurren los requisitos exigidos en el Código Penal.

18.- El Jurado estima procedente la petición de indulto total o parcial.”

SEGUNDO.- Después de exponer los Fundamentos de Derecho que estimó procedentes, el Fallo de dicha sentencia fue del siguiente tenor literal: “Que debo condenar y condeno, al acusado Najib como responsable en concepto de autor de un delito de homicidio, con la concurrencia de la circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal del art. 21-3 y del

art. 21-7 en relación con la número 4 del Código Penal, a la pena de 4 años de prisión con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a que indemnice a los hermanos de la víctima, Victoria, Elena, Angel Rosendo, Washington y Ana María, en 6000€a cada uno de ellos. Estas cantidades devengarán el correspondiente interés legal. Igualmente debo condenar y condeno, al acusado Najib, como responsable en concepto de autor de una falta de hurto prevista y penada en el arto 623-1 del CP., a la pena de un mes multa a razón de 5 €diarios.

También procede imponer al acusado el pago de las costas procesales. Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone, se abonará al acusado todo el tiempo que permaneció en prisión. Únase a esta resolución el acta-de votación del Jurado, y dedúzcase testimonio de la misma que se unirá a los autos. Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del T.S.J. de esta Comunidad, a interponer en el plazo de diez días desde la última notificación.

Así por esta sentencia en que se expresa el veredicto del Jurado lo pronuncio, mando y firmo”.

TERCERO.- Por la parte del acusado y condenado Najib se formuló recurso de apelación contra la referida sentencia, pidiendo la estimación del recurso y la revocación de la sentencia apelada dictando sentencia por la que declare la absolución del recurrente del delito de homicidio doloso, declarando la concurrencia de las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal e igualmente se declare la improcedencia de la indemnización a los hermanos del difunto, o subsidiariamente se tengan por declaradas las circunstancias atenuantes del artículo 21.1, 3, 4 y 5 del Código Penal y se le imponga la pena de dos años y medio de prisión, recogiendo en la sentencia la petición de indulto solicitada por el Jurado.

Dicho recurso viene fundado en un motivo único al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 846.bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por considerar que la sentencia apelada ha incurrido en la infracción de preceptos legales en la calificación jurídica de los hechos que articula en tres concretas infracciones, en primer lugar del artículo 70 de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, pues considera que la sentencia no recoge la inequívoca voluntad del Jurado en lo atinente a la exención de responsabilidad de recurrente, a la absoluta falta de intencionalidad del mismo y que a éste le movió el animus defendendi. En segundo lugar por vulneración de lo dispuesto en el artículo 66.1.2º del Código Penal, por cuanto considera que se debieron aplicar las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal previstas en el artículo 20.5 y 6 del Código Penal, que ni siquiera se estiman como atenuantes muy cualificadas del 21.1 del mismo texto legal, considerando que el veredicto declara probada incluso la del artículo 20.4 del Código Penal, considerando que subsidiariamente se debió apreciar la concurrencia de las circunstancias recogidas en el artículo 21.3, 4 y 5 del Código Penal y conforme al artículo 62.1.2ª del mismo imponer la pena de dos años y seis meses de prisión. En tercer lugar el motivo se plantea por vulneración del artículo 118.4 del Código Penal, pues considera que no procede la responsabilidad civil acordada en la sentencia al amparo del artículo 116.1 del Código Penal, pues no se ha acreditado que la relación de la víctima con sus hermanos, que considera nula, permita sostener la indemnización acordada, y que alega que Ministerio Fiscal, que la solicitó en cuantía de 10.000 euros sin motivación alguna, no ha acreditado.

CUARTO.- Por la parte del Ministerio fiscal se formuló asimismo escrito de impugnación al recurso de apelación formulado por Najib y antes reseñado, pidiendo la confirmación de la

sentencia apelada y la desestimación del recurso de apelación interpuesto, pues considera que de los hechos declarados probados por el veredicto del Jurado y de los propios fundamentos de la sentencia, no cabe inferir la concurrencia de las eximentes basadas en la falta de intención de matar, el miedo insuperable y la legítima defensa, así como las atenuantes alegadas por el recurrente, sin que la pena de cuatro años de prisión impuesta por la sentencia suponga infracción legal al estar prevista en los artículos 66.1 y concordantes. Señala asimismo el Ministerio fiscal respecto de las alegaciones sobre la responsabilidad civil que el artículo 118.4 del Código Penal determina la responsabilidad civil en los casos de exención de responsabilidad criminal que no concurre en el presente caso, como expone en su escrito de oposición al recurso, sin que la impugnación de la condena a indemnizar en 6.000 euros a cada uno de los hermanos, deba prosperar puesto que se deriva de lo dispuesto en el 116 del Código Penal.

QUINTO.- Remitidos los autos a Sala y recibidos en la misma, por Diligencia de Ordenación del Sr. Secretario de la Sala se turnó de ponencia y se determinó la composición de la Sala con arreglo a las normas de reparto correspondientes; y personadas las partes recurrentes, se les tuvo por comparecidos, y recibidas las actuaciones de la Audiencia Provincial de Alicante, se señaló la celebración de la vista de apelación con citación de las partes, habiendo comparecido ante esta Sala la parte recurrente personada del acusado y condenado con la representación y defensa antes referidas, y la de la parte apelada del Ministerio Fiscal en la persona del Ilmo. Sr. D. Luis Sanz Marqués.

SEXTO.- En el dicho acto de la vista de los recursos, por el Letrado del recurrente, el acusado y condenado Najib, se pidió la estimación del recurso interpuesto ratificando el escrito de recurso presentado, solicitando la libre absolución de su defendido del delito de homicidio doloso y la improcedencia de indemnización a los hermanos de la víctima o subsidiariamente se tengan por declaradas probadas las circunstancias atenuantes del artículo 21, 1, 3, 4 y 5 del Código Penal, imponiéndose en este caso la pena de dos años y medio de prisión recogiendo en la sentencia la petición de indulto solicitada por el Jurado, reiterando en su informe las alegaciones formuladas pormenorizadamente en su escrito de recurso de apelación.

Por la parte apelada, del Ministerio fiscal se informó solicitando la desestimación del recurso interpuesto por al acusado y condenado Najib y la confirmación de la sentencia apelada reiterando las alegaciones del escrito de oposición al recurso formulado en su día, alegando que si hubo dolo eventual y que no existen elementos para aplicar el miedo insuperable, ni la legítima defensa, ni tampoco las atenuantes alegadas, siendo la responsabilidad civil consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 116 del Código Penal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida lo ha sido por la parte del acusado y condenado Najib, que basa su apelación -como ya se ha reseñado antes- en un motivo de recurso, formulado al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto considera que se ha incurrido en infracción de precepto legal, articulada en el desarrollo en tres apartados, respectivamente referidos, el primero de ellos, a la inaplicación de circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, con la consiguiente petición de absolución; el segundo de ellos por inadecuada calificación jurídica de los hechos en cuanto a la aplicación de circunstancias atenuantes, con la consiguiente petición

subsidiaria de reducción de la pena; y el tercero y último por indebida condena en la responsabilidad civil estimada en la sentencia.

SEGUNDO.- El primero de los apartados del motivo del recurso de la parte del acusado y condenado Najib, se articula en la alegación de la infracción del artículo 70 de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, pues considera que la sentencia no recoge la inequívoca voluntad del Jurado en lo atinente a la exención de responsabilidad del recurrente, a la absoluta falta de intencionalidad del mismo y que a éste le movió el animus defendendi, reproduciendo en este apartado del recurso la mayor parte de los puntos del objeto del veredicto, la motivación del mismo y los hechos probados de la sentencia, que a su juicio llevan a la absolución del recurrente por aplicación de las eximentes de miedo insuperable y de legítima defensa. El extenso desarrollo de este punto del recurso, viene referido en realidad a cuestionar la calificación jurídica de la sentencia y la condena impuesta, por cuanto considera que se debió absolver al acusado y condenado, estimando la eximente de miedo insuperable y la de legítima defensa -sin perjuicio de la falta de alegación de la misma que señala el Ministerio fiscal-, partiendo de los hechos probados de la sentencia, y del veredicto, y su fundamentación, en los términos resultantes del acta final del veredicto del Jurado, de los que infiere cual ha sido la voluntad del Jurado respecto la existencia tal miedo insuperable y legítima defensa. Se ha de señalar al respecto que la sentencia, recoge los hechos declarados probados por el Jurado, lo que no ha sido cuestionado en el recurso, y de estos cabe apreciar, la existencia de la eximente de miedo insuperable invocada, atendidos los hechos probados de la sentencia 9 y 10 -antes reproducidos-, que recogen los puntos del objeto del veredicto 15 y 20, el primero de ellos, y el 16, el segundo de ellos, unido a la falta de intencionalidad alegada por el recurrente como voluntad del Jurado, partiendo del hecho probado 16, que viene a recoger los puntos 21 y 23 del objeto del veredicto, pues tras la devolución del veredicto el Jurado señala respecto a la pregunta 21 de las del objeto del veredicto que “no existe intencionalidad de causar la muerte pero sí para evitar que continuara besándole y tocándole los genitales” y en la redacción que da el Jurado a la pregunta 23 del objeto del veredicto -dada asimismo tras la devolución del mismo y aprobada por unanimidad del Jurado- el Jurado declara asimismo por unanimidad que “Najib debe ser declarado culpable de causar la muerte no intencionada de Andrés” Resulta pues de los hechos probados en su conjunto y particularmente de los numero 9 y 10 de los mismos que establecen respectivamente que: “En un momento dado de la mañana del día 20, sin constar hora determinada, Najib se despertó sobresaltado y pudo ver a Andrés como se aproximó a la cama donde dormía Najib e intentó bajarle los pantalones y en un momento dado éste se abalanzó hacia su boca, intentando besarle, mientras que con la otra mano le tocaba los genitales, lo cual le generó una mezcla de terror y asco tan poderosa que le produjo un estado de conmoción” y que “Najib, con la única intención de quitarse a Andrés de encima y para evitar un mal propio consistente en que le continuara intentando besarle y tocarle los genitales, le cogió de la toalla que llevaba en el cuello, apretando de ella hasta que vio que los ojos de D. Andrés se inyectaban en sangre y comenzaba a sangrar la nariz, soltándolo en ese momento y tirándolo al suelo”, que la calificación jurídica de los mismos, con independencia de lo que a la Sala le pueda parecer sobre el veredicto y su resultado, lleva a la estimación de la exención de miedo insuperable pretendida, y no como razona la sentencia recurrida.

TERCERO.- El segundo de los apartados en que se desarrolla el motivo del recurso de la parte del acusado y condenado Najib, se funda en la infracción de precepto legal en la determinación de la pena por vulneración de lo dispuesto en el artículo 66.1.2º del Código Penal, pues la sentencia aplica dos circunstancias atenuantes, las previstas en el artículo 21.3

y 21.7 en relación con la del 21.4 del Código Penal, es decir la atenuante de arrebató u obcecación y la atenuante analógica de colaboración en la investigación, cuya aplicación viene fundada en la sentencia recurrida -fundamento de derecho sexto, párrafo segundo- extensamente y con relación a los hechos declarados probados, y por el contrario el recurrente considera que se debieron aplicar las circunstancias eximentes antes referidas, aunque en este apartado el recurrente se refiere a las de los puntos 4, 5 y 6 del artículo 20 del Código Penal, y que cuanto menos debieron ser aplicadas como atenuantes muy cualificadas en los términos de 21.1 del Código Penal, señalando el recurso que de no aplicarse las eximentes alegadas, subsidiariamente se aprecien las circunstancias atenuantes contenidas en los puntos 1, 3, 4, y 5 del Código Penal y ex artículo 62.1.2 del dicho Código Penal se imponga la pena de dos años seis meses de prisión.

Las alegaciones contenidas en este apartado segundo del motivo único del recurso decaen, pues, en primer lugar, se dan de los hechos probados los elementos que determinan la calificación de la circunstancia eximente de miedo insuperable invocada, como se ha señalado antes, y en consecuencia procediendo la exención de la responsabilidad criminal de Najib por aplicación de lo dispuesto en el artículo 20.6º del Código Penal, decae la aplicación de las reglas de gradación de la pena establecidas en el precepto invocado y con ello la aplicación misma del dicho artículo 66 del Código Penal.

CUARTO.- El tercero y último de los apartados en que se articula el motivo del recurso de la parte del acusado y condenado Najib, viene referido a la responsabilidad civil del recurrente establecida en la sentencia apelada y se funda en la alegación de la infracción de precepto legal pues considera vulnerado lo dispuesto en el artículo 118.4 del Código Penal, pues considera que la sentencia funda la determinación de la responsabilidad civil en el artículo 116 del Código Penal sin tener en cuenta lo prescrito en su artículo 118.4, no se ha acreditado que una relación de la víctima con sus hermanos que permita sostener la indemnización acordada, y que Ministerio Fiscal, que la solicitó en cuantía de 10.000 euros sin motivación alguna, no ha acreditado.

La infracción de precepto legal alegada en este punto del motivo del recurso ha de ser estimada pues no cabe la aplicación del artículo 116 del Código Penal al resultar eximido de responsabilidad criminal el recurrente, atendida la estimación de la eximente de miedo insuperable antes señalada, y por el contrario deviene aplicable lo establecido en el artículo 118.4 del Código Penal, en cuanto a la responsabilidad civil correspondiente a los casos de aplicación de la eximente de miedo insuperable, que resulta vulnerado en cuanto que el causante del miedo insuperable fue la propia víctima, lo que exime en definitiva de responsabilidad civil al recurrente.

QUINTO.- Siendo de estimar el motivo único del recurso del acusado y recurrente y con ello el recurso del mismo, procede de conformidad con lo establecido en el artículo 846. bis f) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la revocación parcial de la sentencia apelada en relación con la no apreciación de la eximente de miedo insuperable del artículo 20.6º del Código Penal, que por el contrario ha de ser estimada, atendido el pronunciamiento del Jurado sobre los hechos declarados probados, en particular los referidos como hechos probados de la sentencia 9 y 10, que integran los elementos que llevan necesariamente a la estimación de la concurrencia de la eximente de miedo insuperable, como antes se ha expuesto en los fundamentos de derecho anteriores.

SEXTO.- En consecuencia se ha de estimar que la calificación de los hechos probados ha de ser la de concurrencia de la eximente de miedo insuperable, estimando que en consecuencia procede la absolución del recurrente respecto del delito de homicidio, con la consecuente exención de responsabilidad civil por ello, manteniendo los pronunciamientos del fallo de la sentencia apelada en lo referente a la condena impuesta en la sentencia respecto de la falta de hurto del artículo 623.1 del Código Penal que no han sido objeto de recurso.

SÉPTIMO.- Atendida la estimación del recurso de apelación formulado por D. Najib y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas de esta apelación.

En consideración a lo expuesto,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de apelación formulado por Najib, contra la Sentencia nº 84/201, de fecha diez de marzo de dos mil catorce, del Tribunal del Jurado, constituido en el ámbito de la Iltra. Audiencia Provincial de Valencia, en el Procedimiento del Tribunal del Jurado nº 2/2014, seguido por los trámites del Procedimiento especial del Tribunal del Jurado, dimanante del Procedimiento de la Ley del Jurado 1/2012, instruido por Juzgado de Instrucción nº 16 de Valencia y confirmar la misma.

SEGUNDO.- Revocar parcialmente la dicha sentencia apelada en lo referente a la no apreciación de la eximente de miedo insuperable en la calificación jurídica de los hechos probados de la misma, cuya calificación y fundamentación será la contenida en la presente sentencia y en consecuencia en la parte del fallo de la misma que condena por el delito de homicidio y la pena impuesta por éste.

TERCERO.- Absolver a Najib del delito de homicidio, por concurrir la eximente de miedo insuperable, con la consecuente exención de responsabilidad civil por ello.

CUARTO.- Declarar de oficio las costas causadas en esta apelación.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar, ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo, dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y una vez firme, devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Ferrer Gutierrez.- Juan Climent Barberá.- Pía Calderón Cuadrado.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Pía Calderón Cuadrado a la sentencia nº 13/2014 que resuelve el Rollo de Apelación nº 19/2014.

PRIMERO.- Desde el respeto a la decisión a la mayoría de la Sala expongo, a través de este Voto Particular, mi disensión al pronunciamiento alcanzado en la sentencia que he firmado.

El motivo de la discrepancia se centra en el título de imputación que en concepto de homicidio doloso, excluyendo el dolo directo y optando por el dolo eventual, se efectúa en la sentencia de instancia y se recoge después en la sentencia de apelación al estimar la eximente de miedo insuperable. Con el resto de magistrados estimo que el punto de partida, en ningún momento cuestionado, ha de ser la muerte de Andrés consecuencia de actos cometidos por el condenado y aquí recurrente. Pero entiendo que el recurso planteado por el letrado de Najib, pese a la oscuridad de formulación, interesa la revocación de la sentencia y de modo principal la absolución de su defendido tanto por la ausencia del elemento subjetivo del injusto -reprocha la falta de dolo en cualquiera de sus modalidades- como por la concurrencia de circunstancias eximentes de la responsabilidad -menciona el miedo insuperable y la legítima defensa-. Ello obliga a examinar “el ánimo de matar” de Najib, y, en este punto, surge mi discrepancia con la Sala. Y es que dicho examen, a realizar a la luz de los hechos declarados probados por el Jurado y su correspondiente calificación jurídica, debe anteceder al análisis de las otras quejas que denuncian errores del juzgador a quo en lo que respecta a la inaplicación de determinadas causas de exención de la responsabilidad y, subsidiariamente, de ciertas atenuantes cualificadas.

SEGUNDO.- La cuestión que se plantea y que estimo ha de resolverse en primer lugar exige tener en cuenta:

1º) Que entre los hechos declarados probados en la sentencia, de conformidad con el veredicto del Jurado -unánime en estas proposiciones-, se encuentran:

“En un momento dado de la mañana del día 20, sin constar hora determinada, Najib se despertó sobresaltado y pudo ver a Andrés como se aproximó a la cama donde dormía Najib e intentó bajarle los pantalones y en un momento dado éste se abalanzó hacia su boca, intentando besarle, mientras que con la otra mano le tocaba los genitales, lo cual le generó una mezcla de terror y asco tan poderosa que le produjo un estado de conmoción” (hecho nº 9).

“Najib, con la única intención de quitarse a Andrés de encima y para evitar un mal propio consistente en que le continuara intentando besarle y tocarle los genitales, le cogió de la toalla que llevaba en el cuello, apretando de ella hasta que vio que los ojos de D. Andrés se inyectaban en sangre y comenzaba a sangrar la nariz, soltándolo en ese momento y tirándolo al suelo” (hecho nº 10).

“Najib debe de ser declarado culpable de causar la muerte consumada sin intencionalidad, de Andrés, como único responsable y partícipe de los hechos, así como de haber sustraído el teléfono móvil propiedad de Andrés” (hecho nº 15).

2º) Que en el propio veredicto del Jurado se declaran como no probados, por unanimidad, los hechos desfavorables siguientes:

“Najib reaccionó con violencia y rodeó el cuello de Andrés con una toalla que este último llevaba en el cuello apretando intensamente, o con sus propias manos, los extremos de la misma durante varios minutos hasta producir la muerte de Andrés por estrangulamiento”.



“Najib causó la muerte intencionada de Andrés”.

3º) Que la sentencia impugnada y en relación con el ánimo de matar de Najib se pronuncia del modo siguiente: “La muerte se define por el Jurado como no intencional, por lo que habrá que poner de manifiesto que el dolo, como elemento constitutivo de la parte subjetiva del tipo doloso, presupone la creación del riesgo típicamente relevante en términos de responsabilidad objetiva. Se distinguen tres clases de dolo (...). Hay dolo si se conoce la elevada probabilidad de producción del resultado, siendo suficiente que concorra dolo eventual, el actual concepto jurisprudencial de dolo es normativo porque la valoración sobre el conocimiento del riesgo por un sujeto se lleva a efecto a través de parámetros de razonabilidad de tipo general. Siendo la jurisprudencia mayoritaria la que pone de manifiesto la aplicación de la teoría de la probabilidad, considerando suficiente la conciencia de una elevada probabilidad del hecho típico. Por lo tanto debe de considerarse a Najib como autor de la muerte de Andrés en aplicación del dolo eventual” (fundamento jurídico cuarto).

4º) Que el recurrente, en el primer apartado de su pretensión impugnatoria -interpuesta al amparo de la letra b del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al entender como precepto infringido el artículo 70 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado-, afirma que “no consideramos procedente esta calificación de la conducta de Najib, pues entiende esta defensa que no se puede hablar en este caso de dolo en ninguna de sus vertientes”. Partiendo de lo anterior, pasa a continuación a referir la doctrina jurisprudencial sobre la legítima defensa y el miedo insuperable para terminar concluyendo sobre la vulneración de aquel precepto de la normativa de 1995 por cuanto la sentencia “no recoge la inequívoca voluntad del jurado, plasmada en su veredicto, en lo atinente a la exención de responsabilidad de mi defendido, a la absoluta falta de intencionalidad por parte de éste y a que le movió el animus defendi”.

5º) Que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia nº 2399/2014, de 9 de mayo, y tras advertir que no cabe excluir de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni rechazarse la teoría del consentimiento, viene indicando: “Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta. Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de asentimiento, asunción, conformidad y aceptación, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo” (STS nº 69/2010, de 30 de enero). Por lo demás, también parece claro que el conocimiento siempre precede a la voluntad de realizar la conducta que se ha previsto o proyectado. Si a ello se le suma que probatoriamente la acreditación del elemento intelectual, una vez que el riesgo es

notablemente elevado para que se produzca el resultado, deriva en la acreditación inferencial de la voluntad, es comprensible la postergación de esta en la práctica del proceso. Y es que tras constatarse que el autor actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, no parece fácil admitir probatoriamente que el acusado no asume el resultado lesivo. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado. Sólo en circunstancias extraordinarias podrían aportarse datos individualizados que permitieran escindir probatoriamente ambos elementos. Las alegaciones que en la práctica se hacen en el sentido de que se confiaba en que no se llegara a producir un resultado lesivo precisan de la acreditación de circunstancias excepcionales que justifiquen esa confianza, pues esta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado. Y es que, en principio, el sujeto que ex ante conoce que su conducta genera un grave riesgo para el bien jurídico está obligado a no ejecutarla y a no someter por tanto los bienes jurídicos ajenos a niveles de riesgo que, en el caso concreto, se muestran como no controlables (SSTS 69/2010, de 30 de enero, y 1180/2010, de 22 de diciembre)".

Cuanto antecede, doctrina jurisprudencial incluida, nos conduce a rechazar la atribución a título de dolo eventual del homicidio de Andrés. Una atribución que se contiene en la sentencia impugnada y que no es posible apreciar desde el riguroso respeto a los hechos probados fijados primero en el veredicto y luego en la sentencia. Con independencia de que se pueda o no compartir el resultado al que llegó el Jurado en uso de sus poderes soberanos, falta en nuestra opinión y respecto del elemento subjetivo del injusto base fáctica suficiente para realizar el indispensable juicio de certeza que constituye el canon exigible de toda sentencia condenatoria, canon que ha de alcanzar, también y al menos, al componente intelectual de la conducta dolosa aquí imputada. Como ocurriera en el caso contemplado por la Sentencia nº 2399/2014, de 9 de mayo, todo hace entender que el Jurado, partiendo de las pruebas practicadas en juicio -o de su falta-, valora que debe tenerse al acusado como incurso en un estado de "conmoción" tal que no permite el conocimiento del peligro concreto que entraña su acción. Desde luego, no aparece entre los hechos declarados probados que Najib fuera consciente del riesgo vital que implicaba su acción ni tampoco que se representase el resultado mortal. Más aún, los componentes del Jurado en todo momento, y así se pone de manifiesto tras la visualización de la grabación y la lectura de las correcciones y modificaciones del acta, descartaron la idea del estrangulamiento y partieron de la ausencia de intencionalidad de Najib. Lo hicieron con insistencia y tras las aclaraciones del Magistrado-Presidente, devuelto incluso el veredicto, sobre el significado del dolo directo y el eventual:

- a) "No existe intencionalidad de causar la muerte (pregunta 21, tras solicitar aclaración: "necesitamos clarificación si el enunciado de la pregunta implica intencionalidad").
- b) "Debe ser culpable de causar la muerte no intencionada de Andrés" (pregunta 23 y en el acta se remarca el no).
- c) "Encontramos a Najib culpable de homicidio de Andrés sin intención" (apartado C). Y lo hicieron al entender que no había sido acreditada dicha intención: "por no encontrar pruebas sobre la intencionalidad de causar la muerte del fallecido". De ahí la imposibilidad de concluir que Najib buscara o aceptara la muerte de Andrés o que se representara su eventualidad máxime cuando ha quedado probado que estaba incurso en un "estado de conmoción". Así las cosas, no procedía la condena de Najib por homicidio a título de dolo eventual.

TERCERO.- La aceptación de esa tesis, sin embargo, no debería implicar la automática absolución de Najib. En efecto, las objeciones que a la luz de los hechos declarados probados han surgido en la atribución al acusado de la muerte dolosa de Andrés, no parecen alcanzar a la imprudencia. Se coincida o no con el veredicto del Jurado, lo cierto es que se declara culpable a Najib de causar la muerte sin intención y, teniendo en cuenta las dos únicas formas de imputación existentes, semejante declaración nos aproxima al homicidio por imprudencia regulado en el artículo 142 del Código Penal.

Precisamente es éste el pronunciamiento que estimo debería haber debatido la Sala. Y ello, ha de insistirse, desde el respeto a unos hechos probados que pueden no compartirse pero que sin duda posibilitan plantear una cuestión sumamente compleja, cuál es si una condena por homicidio imprudente produciría vulneración del llamado principio acusatorio. Sobre esta cuestión se ha pronunciado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo y a su doctrina habría de estarse, teniendo en cuenta:

1º) Que para el máximo intérprete de la Constitución “dos son los elementos que vertebran el principio acusatorio. Uno tiene una naturaleza fáctica y otro una naturaleza jurídica, pero ambos no tienen el mismo peso. El elemento jurídico está constituido por la calificación jurídica que tiene una menor vinculación en virtud del principio de la pena justificada”. Precisamente esta doctrina “permite al Tribunal condenar por un delito distinto pero homogéneo con el que fue objeto de la acusación, siempre que tal cambio jurídico sea compatible con una exacta identidad de los hechos objeto de acusación -de ahí la homogeneidad delictiva- y siempre, además, que con tal cambio de calificación jurídica se imponga una pena inferior a la que fue objeto de acusación, teoría de la pena justificada que, con las limitaciones citadas, constituye una manifestación del viejo brocardo latino *Da mihi factum, dabo tibi ius*” (entre otras, STC 347/2006 de 11 de diciembre).

2º) Que para el Tribunal Supremo, desarrollando aquella doctrina constitucional, “el núcleo de la teoría de la pena justificada está en la homogeneidad entre ambos delitos, el que es objeto de la acusación y el que es objeto de la condena, homogeneidad que es un concepto de factura jurisprudencial que queda delimitado por dos datos:

a) Identidad de hechos.

b) Beneficio para el reo en la medida que el cambio de calificación va a suponer la aplicación de una pena inferior, y es que no hay que olvidar que el objeto del proceso es un *factum* atribuido a una persona y no un crimen. En tal sentido, STS 465/2013 de 29 de Mayo. También se puede citar *ad exemplum* la STC 204/98 según la cual “...la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación jurídica de los hechos enjuiciados, en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de un debate contradictorio...”, homogeneidad delictiva que en palabras de la STC 12/91 quiere decir que “...tengan la misma naturaleza porque el hecho que configura los tipos correspondientes, sea, sustancialmente, el mismo...”, por ello, la STS de 15 de Mayo de 2002 estimó delitos homogéneos los delitos de robo y hurto, condenando por este último cuando la sentencia de instancia había condenado por robo (...). En idéntico sentido de la validez de la teoría de la pena justificada sin quiebra del principio acusatorio -SSTS 785/2003; 1516/2005; 928/2005; 1608/2005 ó 474/2011 de 23 de Mayo, y del Tribunal Constitucional, además de la citada, SSTC 347/2006; 155/2009 ó 198/2009, entre las últimas-. En conclusión, cabe condenar por delito distinto al acusado

siempre que los hechos sean los mismos y la pena no sea superior a la solicitada y singularmente cuando la pena sea inferior, en virtud de la teoría de la pena justificada existiendo homogeneidad delictiva e identidad de hechos (STS 2223/2014, de 13 de mayo).

3º) Que, partiendo de lo que acaba de exponerse, una doctrina jurisprudencial mayoritaria sostiene la falta de homogeneidad entre la versión dolosa y la versión culposa de un mismo delito. Por consiguiente, el tránsito de una condena por dolo a una condena por imprudencia debería contar con petición de parte o, en su caso, con asunción de la tesis que en tal sentido planteara el tribunal sentenciador (arts. 788.3 y 789.3 LECrim en relación con el art. 48.2 LOTJ).

4º) Que, no obstante lo anterior, en determinadas decisiones de la Sala Segunda se ha advertido sobre la imposibilidad de partir de soluciones apriorísticas permitiendo así el cambio de calificación cuando el bien jurídico protegido sea el mismo y tratándose de opciones más favorables al acusado. De este modo, y recogiendo pronunciamientos constitucionales (SSTC nº 278/2000, de 27 de noviembre, y nº 35/2004, de 8 de marzo), la Sentencia del Tribunal Supremo nº 5967/2012, de 24 de septiembre, indica: “Se trata de comprobar si en el caso concreto la variación del título de imputación ha supuesto una alteración sustancial de los hechos frente a la que no haya podido defenderse el acusado o la introducción de nuevos elementos en el debate que no estaban antes presentes y que por tanto no tuvo ocasión de rebatir el acusado. La homogeneidad o heterogeneidad de delitos no es campo propicio para sentar dogmas. Es una materia que ha de resolverse casuísticamente: comprobando cada asunto concreto y huyendo de generalizaciones no matizables. Las circunstancias singulares de cada supuesto condicionarán la solución. El criterio orientador básico será dilucidar si en el supuesto contemplado la variación del *titulus condemnationis* implica indefensión; si supone haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa. Cuando in casu se puede sostener con rotundidad que no existe disminución alguna ni del derecho a ser informado de la acusación ni de las posibilidades de haberse defendido, habrá que afirmar la legitimidad de esa modificación, lejos de fórmulas sacramentales o apriorísticas (...). A mayor abundamiento, en muchos supuestos de discusión sobre la concurrencia de dolo eventual, no puede descartarse la homogeneidad con un delito de imprudencia grave, en su versión de culpa consciente. Las difusas fronteras entre esas dos formas de culpabilidad permiten afirmar esa homogeneidad y considerar correcta una sentencia en la que, excluyéndose la pretensión de la acusación de condena por delito doloso, en la modalidad de dolo eventual, se condene por imprudencia grave (vid. STS 1187/2011, de 2 de noviembre)”.

Desde tales pronunciamientos hubiera debido debatirse el caso concreto que se examina, siendo dos las opciones posibles. La primera, vulneración del principio acusatorio al tratarse de delitos heterogéneos y no haber mediado petición de parte, lo que implicaría la revocación de la sentencia de instancia y la absolución de Najib. La segunda, negación de dicho quebranto al no haberse producido una “alteración relevante que haya sido arrebatada a las posibilidades defensivas” y acogerse una alternativa más favorable para el condenado, lo que supondría su condena por homicidio imprudente.

En cualquier caso no se debería olvidar: uno, que la heterogeneidad entre el dolo eventual y la imprudencia resulta de una línea muy difuminada; dos, que el cambio de calificación jurídica implica un beneficio para el condenado por cuanto supone la aplicación de una pena inferior; tres, que la intencionalidad ha sido objeto de debate en todo momento del proceso; y, cuatro, que el componente doloso del homicidio se ataca en la propia pretensión

impugnatoria cuyo petitum es tanto el dictado de una “sentencia por la que declare la absolución del recurrente del delito de homicidio doloso, declarando la concurrencia de las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal e igualmente se declare la improcedencia de la indemnización a los hermanos del difunto” como, subsidiariamente, que se aprecien “las circunstancias atenuantes del artículo 21.1, 3, 4 y 5 del Código Penal y se le imponga la pena de dos años y medio de prisión, recogiendo en la sentencia la petición de indulto solicitada por el Jurado”.

Es por ello que entiendo que la sentencia del Tribunal del Jurado debió ser revocada excluyendo la condena de Najib por el delito de homicidio, en concepto de dolo eventual, del artículo 138 del Código Penal. Y para que a continuación la Sala se pronunciara sobre la absolución del recurrente o su condena por el delito de homicidio imprudente de conformidad con el artículo 142 de ese mismo cuerpo legal.

Fdo. Pía Calderón Cuadrado

Publicación.- Extendida y debidamente firmada la anterior resolución definitiva en el día de su fecha, se procede a su publicación y depósito en la Oficina Judicial en la forma establecida en el art. 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doy fe.