

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Granada, núm. 29/2003 (Sala de lo Civil y Penal, Sección Unica), de 19 septiembre (ARP 2003\641)

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 17/2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jerónimo Garvín Ojeda.

JURADO: Cuestiones previas al juicio: Planteamiento: su desestimación debe ser impugnada para posteriormente poder recurrir en apelación ante TSJ contra la Sentencia dictada por el Tribunal del Jurado; Auto de hechos justiciables, procedencia de prueba y señalamiento de día para la vista: conducción inmediata del procesado preso a la cárcel de la población en que se ha de continuar el juicio: adopción por el Magistrado de las medidas pertinentes al señalar día para la vista: ausencia de vulneración del derecho de defensa; Veredicto: Objeto de veredicto: ausencia de defectos en su proposición. PRINCIPIO DE LA NO INDEFENSION: Vulneración inexistente: Tribunal del Jurado: supuestas irregularidades alegadas por la defensa del acusado. SENTENCIAS: OBLIGACION DE MOTIVARLAS: dictada por el Tribunal del Jurado. ASESINATO: Alevosía: concepto; inexistencia: víctima que acude al encuentro con el acusado junto con dos «personas de confianza», produciéndose un primer disparo estando situados ambos de frente y recibiendo dos disparos más por la espalda: no consta la imposibilidad de la víctima de defenderse: delito de homicidio. ABUSO DE SUPERIORIDAD: apreciable: desproporción de medios y fuerzas en favor del agresor que facilita la consecución del resultado: alevosía menor.

La Audiencia Provincial de Málaga conforme al veredicto del Tribunal del Jurado mediante Sentencia de fecha 08-04-2003 condenó al acusado como autor de un delito de asesinato, a la pena de dieciocho años de prisión y de un delito de tenencia ilícita de armas, a la pena de dos años y dos meses de prisión y accesoria. Contra la anterior Resolución el acusado interpuso recurso de apelación. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía mediante Sentencia de fecha 19-09-2003 estima parcialmente el recurso interpuesto y revoca la Sentencia en el sentido de absolver al acusado del delito de asesinato imputado y condenarle como autor de un delito de homicidio, a la pena de trece años y nueve meses de prisión confirmando íntegramente el resto de los pronunciamientos de la Resolución recurrida.

Texto:

En la Ciudad de Granada a diecinueve de septiembre de dos mil tres.

Vistos en audiencia pública y en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por el Ilmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente rollo de apelación y autos originales de juicio penal seguidos ante el Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Audiencia Provincial de Málaga -Rollo núm. 23/2002-, procedentes del Juzgado de Instrucción número Siete de Marbella -Causa núm. 1/01-, por los delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas, contra D. Gaspar, nacido en Venaco (Francia) el día 28 de mayo de 1963, hijo de Joaquín y de Luz, con DNI núm. NUM000, con domicilio en la

URBANIZACIÓN000, nº NUM001, NUM002 de Benalmádena Costa (Málaga), declarado insolvente, sin antecedentes penales, en situación de prisión provisional por esta causa desde el 12 de marzo de 2001 hasta la fecha, representado en la instancia por la Procuradora de los Tribunales D^a. Isabel Delgado Garrido y defendido por el Letrado D. Francisco Javier Fernández Perucho, y en esta apelación por la Procuradora D^a. Aurelia García-Valdecasas Luque y defendido por el mismo Letrado. Actuó como acusación particular D^a Estíbaliz, representada en la primera instancia por el Procurador D. Miguel Angel Ortega Gil y defendida por el Letrado D. Francisco Javier Bermúdez Martín, habiendo sido representada en la apelación por la Procuradora D^a Herminia Moreno Chaves y defendida por el mismo Letrado. Ha sido parte el Ministerio Fiscal, y Ponente para sentencia el Ilmo Sr. Presidente Don Jerónimo Garvín Ojeda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Incoada por el Juzgado de Instrucción núm. Siete de Marbella, por las normas de la Ley Orgánica 5/1995 (RCL 1995, 1515) , la causa antes citada, previas las actuaciones correspondientes y como había solicitado el Ministerio Fiscal, se acordó la apertura del juicio oral, elevando el correspondiente testimonio a la Audiencia Provincial de Málaga, que nombró como Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado al Ilmo. Sr. Don Carlos Prieto Macias, por quien se señaló para la celebración del juicio oral, que, tras ser elegidos los miembros del Jurado, tuvo lugar en el día acordado, bajo su presidencia y la asistencia de aquéllos y de las partes, practicándose las pruebas propuestas y admitidas, tras lo cual, el Fiscal y el defensor del acusado formularon sus conclusiones definitivas del siguiente modo:

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de Asesinato y de un delito de Tenencia Ilícita de Armas, previstos y penados, respectivamente, en los artículos 139.1^a y 564.1.1^o y 2.1^o, ambos del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , imputando la comisión de los dos delitos a Gaspar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó que se le impusieran las penas respectivas de dieciocho años y dos años de prisión, así como la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y el pago de las costas del juicio. En lo que a responsabilidad civil se refiere, interesó que indemnizara a los herederos de Víctor en la cantidad de noventa mil ciento sesenta y cinco euros.

La acusación particular de D^a. Estíbaliz, coincidió con la calificación jurídica del Ministerio Fiscal en lo que al delito de Tenencia Ilícita de Armas se refiere, pero postuló la aplicación de la figura agravada del artículo 140 para castigar la muerte del hijo de su representada, imputando la autoría de los hechos al acusado en cuyo proceder interesó se apreciara la concurrencia de las agravantes de alevosía y abuso de superioridad y la de haber matado por precio, recompensa o promesa -1^a y 2^a del artículo 22 y 2^a del artículo 139 del Código Penal-, para solicitar la imposición de las penas respectivas de veinticinco y tres años de prisión, inhabilitación y pago de costas, incrementando hasta ciento ochenta mil euros la solicitud de indemnización a favor de su representada.

La defensa del acusado Gaspar solicitó la libre absolución de su patrocinado, con todos los pronunciamientos favorables.

SEGUNDO Formulado por el Magistrado Presidente el objeto del veredicto, con audiencia de las partes, se entregó el mismo al Jurado, previa la oportuna instrucción, emitiéndose por aquél, después de la correspondiente deliberación, veredicto de culpabilidad respecto del acusado, que fue leído en presencia de las partes.

TERCERO Con fecha 8 de abril de 2003, el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente dictó sentencia en la que, acogiendo el veredicto del Jurado, se declararon como probados los siguientes hechos, que transcribimos literalmente:

«Sobre las 20,45 horas del pasado día 12 de marzo de 2001 Víctor y el acusado, Gaspar, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraron en la puerta del establecimiento denominado "Frank Corner", sito en la calle Camilo José Cela de Marbella, donde habían quedado citados.

En el curso de la conversación que entre ellos se entabló, Gaspar, de forma súbita y repentina, sacó una pistola semiautomática, marca "Ithaca", calibre 45 A.C.P., de la que carecía de guía y licencia oportuna, con cargador con capacidad para siete cartuchos y con el número de serie eliminado mediante limado profundo, con la que disparó contra Víctor con ánimo de causarle la muerte.

El primer disparo le efectuó frontalmente a una distancia superior a un metro, produciéndole una herida en la región externa de la eminencia tenar de la mano derecha, base del primer dedo de dicha mano; otra herida dislacerada en forma de media luna en la región lateral externa del pulpejo del primer dedo de la mano derecha y una herida en la región izquierda del labio superior.

A continuación, como el acusado no había conseguido su propósito, aprovechando que Víctor le daba la espalda al tratar de huir, le efectuó un segundo disparo, a una distancia de entre 60 y 80 centímetros, que le produjo una herida en hemitórax derecho, sobre el 8º espacio intercostal hacia dentro de la línea axilar anterior, con una herida de entrada de unos 5 milímetros, no determinando lesiones vitales.

Inmediatamente, le efectuó un tercer disparo, también por la espalda, a una distancia similar al anterior, penetrando la bala un centímetro por debajo de la escápula izquierda y en su zona media con salida por hemitórax izquierdo, cuarto espacio intercostal, fracturando el proyectil en su trayecto la 5ª costilla del hemitórax izquierdo, atravesando el lóbulo inferior del pulmón izquierdo, penetrando en el miocardio, ventrículo izquierdo traspasando el tabique interventricular ventrículo derecho y saliendo del corazón por otro desgarró semicircular aún mayor, en el miocardio de su pared anterior. Tales heridas produjeron de inmediato el fallecimiento de Víctor.

Seguidamente, Gaspar se dio a la fuga, pasando junto a varios testigos, pero poco después pudo ser detenido por miembros de la Policía Local que le perseguían, cuando se hallaba escondido entre unos arbustos del Parque de la Constitución de Marbella y se había ya despojado de parte de su indumentaria.

Próximo al lugar fueron encontradas, el mismo día, una chaqueta, y al siguiente día, una pistola.

Víctor había nacido el día 5 de septiembre de 1974, no consta que desarrollara actividad laboral alguna ni que tuviera descendencia. Era su madre, Estíbaliz, la persona con la que vivía, pues no estaba casado».

CUARTO La expresada sentencia, tras los pertinentes fundamentos de Derecho, contenía fallo del siguiente tenor literal:

«Que debo condenar y condeno al acusado, Gaspar, como autor criminalmente responsable de un delito de Asesinato y de otro de Tenencia Ilícita de Armas, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas respectivas de DIECIOCHO AÑOS DE PRISION Y DOS AÑOS Y DOS MESES DE PRISION, a la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de este juicio, con inclusión de las devengadas por la acusación particular.

En el ámbito de la responsabilidad civil, indemnizará a la perjudicada, D^a. Estíbaliz en la cantidad de CIENTO SESENTA MIL EUROS. Infórmese a los beneficiarios de la posibilidad de solicitar ayudas, conforme a la Ley de Ayuda y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (RCL 1999, 1555) y a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (LEG 2001, 1024) .

Séale de abono, para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, todo el tiempo que de ella ha estado privado por esta causa, caso de no habersele abonado para el cumplimiento de otra responsabilidad.

Reclámese del juzgado instructor el envío de la pieza separada de responsabilidad civil del condenado concluida conforme a derecho.

Llévese nota de esta condena al Registro Central de Penados y Rebeldes».

QUINTO Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma recurso de apelación principal por la representación del acusado Gaspar, sin que el Ministerio Fiscal y la acusación particular impugnaran la misma.

SEXTO Elevadas las actuaciones a esta Sala y personadas ante ella todas las partes, por Providencia de cinco de julio de dos mil tres se señaló para la vista de la apelación el día dieciséis de septiembre de dos mil tres, a las nueve horas y treinta minutos, designándose Ponente para sentencia al Ilmo Sr. Presidente D. Jerónimo Garvín Ojeda, celebrándose la vista con la asistencia de todas las partes, las que, tras alegar cuanto tuvieron por conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones, terminaron suplicando se dictara sentencia conforme a sus alegaciones.

HECHOS PROBADOS

Se dan por reproducidos los plasmados en la sentencia de instancia, con excepción de los consignados en el párrafo primero de aquéllos, que queda redactado del siguiente modo:

«Sobre las 20,45 horas del pasado día 12 de marzo de 2001 Víctor y el acusado, Gaspar, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraron en la puerta del establecimiento denominado "Frank Corner", sito en la calle Camilo José Cela de Marbella, donde habían quedado citados, yendo Víctor acompañado de dos personas de su confianza, que se situaron en puntos estratégicos del lugar de los hechos».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO El recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado Gaspar se estructura, pese a su anómala extensión, en los motivos de impugnación, que podrían hallar cobertura legal en los apartados a), b) y e), respectivamente, del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) (LECrím). Sin embargo, la defectuosa y farragosa construcción del escrito de interposición del recurso -como reconoció expresamente de la dirección letrada del acusado, ahora apelante, en el acto de la Vista de la apelación, en el que su informe tampoco resultó más sistemático y claro-, en el que presentó motivos de impugnación sin hilazón alguna, exponiendo argumentos que pudieran encajar en algunas de las causas que los justifican, para saltar inmediatamente a otras y volver a retomar nuevamente las anteriores, dificultan el conocimiento de las tesis concretas que plantea en su recurso y nos obligan a ordenar tal amalgama de ideas a fin de poder emitir un pronunciamiento ordenado, razonado y coherente con los motivos del recurso, que, como ya hemos indicado, se articula sobre la base de una interminable serie de alegaciones que se reconducen, aunque no en debida forma, a los motivos de impugnación que acabamos de señalar.

De entrada, no parece ocioso recordar que el referido apartado a) del artículo 846 bis c) LECrím permite fundamentar el recurso en el hecho de que en el procedimiento o en la sentencia se haya incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión, si se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación. Por consiguiente, hemos de insistir en que este apartado a), concerniente a las infracciones procesales que afecten a la tramitación del proceso, exige, además de la oportuna reclamación de subsanación, la efectiva causación de indefensión, es decir, que se haya originado un evidente perjuicio a la parte proponente.

Pues bien, en defensa de su motivo de impugnación reproduce la representación procesal del acusado, en primer lugar y con reiteración exasperante, la misma argumentación que, como cuestiones previas, fue rechazada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado en Auto de fecha 30 de noviembre de 2002, contra el que dicha representación no interpuso el precedente recurso de apelación, por lo que dicha resolución devino firme.

La actuación procesal descrita nos obliga a efectuar una serie de precisiones:

a) Esta Sala viene declarando -sentencias de 2 y 9 de mayo de 2003, por citar las más recientes- que es muy discutible que la expresión «sin perjuicio de lo que pueda alegarse al recurrir contra la sentencia», utilizada por el párrafo segundo del artículo 678 de la LECrím, autorice a reproducir como motivos autónomos de apelación los que ya se formularon como cuestión previa.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 2 de febrero de 1999 (ARP 1999, 59) , a cuyo «depurado razonamiento» se refiere, para compartirlo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2000 (RJ 2000, 301) , llega a la conclusión de que en el ámbito del procedimiento de la LOTJ (RCL 1995, 1515) «no puede alegarse nada relativo a las cuestiones previas cuando se recurra contra la sentencia», por cuanto ello supondría desvirtuar la «regla esencial de que todas las cuestiones previas han de quedar resueltas definitivamente antes del inicio del juicio oral ante el Jurado». Así, decimos ahora, más bien parece que aquella expresión del artículo 678 de la LECrim estaría permitiendo apoyar otros motivos de apelación, previstos en el artículo 846 bis c), con la alegación de lo que había sido objeto de una cuestión previa, pero no tanto para pedir la nulidad de una actuación procesal anterior al juicio oral (pues tal aspecto habría agotado ya sus posibilidades de revisión, sin perjuicio de la eventual censura casacional), como para ponderar la circunstancia de que se trate como un elemento determinante de otra vulneración procesal o sustantiva producida en la constitución del Tribunal del Jurado, en el transcurso del juicio oral o en la sentencia.

La referida STS de 4 de febrero de 2000 parece compartir la tesis de la imposibilidad de volver a plantear una cuestión previa en el recurso formulado contra la sentencia. En el supuesto que ahora examinamos, contra el Auto del Magistrado Presidente no se interpuso el pertinente recurso de apelación, por lo que, en aplicación de la doctrina expuesta, la reproducción de las alegaciones en que consistió la cuestión previa ha de ser inmediatamente rechazada.

b) Sin ninguna habilidad dialéctica y con un planteamiento absolutamente distorsionador del motivo invocado -apartado a) del artículo 846 bis c) LECrim-, afirma la representación procesal del apelante que no era exigible la reclamación o protesta exigida por el precepto que ahora se analiza, respecto a algunos de los quebrantamientos denunciados, por cuanto que los mismos suponen una clara vulneración de los derechos fundamentales del acusado. Tal planteamiento no puede ser acogido por esta Sala, por dos razones fundamentales: la primera radica en que, en el supuesto objeto de análisis, la indefensión, de haberse producido realmente, habría tenido su origen en la pasividad o desidia de la propia defensa del apelante, que no hizo uso de los medios que la LOTJ y LECrim ponían a su disposición para salvar las infracciones procesales que ahora denuncia, entre otros, la reclamación de subsanación o protesta a la que ya nos hemos referido; y la segunda estriba en que, de acogerse la tesis del recurrente, sería soslayable en cualquier caso el mandato contenido en el tan repetido apartado a), con una evidente deslealtad hacia las partes y al propio Tribunal del Jurado.

Las afirmaciones precedentes serían más que suficientes para desestimar el motivo de impugnación que se invoca. Sin embargo, esta Sala, para evitar cualquier atisbo de indefensión, va a examinar cada una de las alegaciones relacionadas con las actuaciones procesales practicadas a partir del Auto de hechos justiciables, que, con base en el tan reiterado motivo impugnativo, plantea la defensa del apelante.

SEGUNDO Dictado el Auto de hechos justiciables en fecha 16 de diciembre de 2002 y renunciada la defensa del acusado por el anterior Letrado director de la misma, la representación de Gaspar presenta escrito, en fecha 31 de marzo siguiente, para «manifestar las vulneraciones de derechos fundamentales», que luego reprodujo como

cuestiones previas. Es obvio, pues, que la representación procesal del acusado, ante la improcedencia de plantear recurso contra el Auto a que acabamos de hacer mención, formuló su oposición al mismo -reproducida como protesta al inicio del Juicio oral-, a efectos de ulterior recurso, según dispone el segundo párrafo del apartado c) del artículo 37 LOTJ (RCL 1995, 1515) , de forma absolutamente extemporánea. Pese a ello, vamos a examinar las vulneraciones que la defensa del apelante denuncia, que pueden resumirse del siguiente modo: a) su defendido no fue trasladado desde el Centro penitenciario de Teixeiro (Coruña) al Centro penitenciario de Málaga hasta cinco días antes de la celebración del plenario; b) el Ministerio Fiscal no se abstuvo, pese a la denuncia del acusado; y c) se denegó al acusado su petición de defenderse a sí mismo. Tan ingeniosas alegaciones merecen una adecuada respuesta.

a) Basta la mera lectura del escrito de interposición del recurso para dejar al descubierto la inconsistencia de los motivos que se alegan por la defensa del apelante, cuya primera «queja» se ciñe únicamente al hecho de que, a su juicio, su defendido no fue trasladado al Centro penitenciario de Málaga hasta cinco días antes de la celebración del plenario y con un fin de semana «de por medio», por lo que sólo contó con tres días para preparar su estrategia, habiéndose infringido el mandato contenido en el apartado d) -aunque erróneamente cita el apartado e)- del artículo 37 LOTJ, en relación con el artículo 664 LECrim (LEG 1882, 16) .

El referido apartado d) del artículo 37 LOTJ ordena al Magistrado Presidente que, en el Auto de hechos justiciables, señale día para la vista del juicio oral adoptando las medidas a que se refieren los artículos 660 a 664 LECrim, el último de cuyos preceptos consagra la obligación del Tribunal de disponer que los procesados que se hallen presos sean inmediatamente conducidos a la cárcel de la población en que haya de continuarse el juicio.

No sólo no ha acreditado en modo alguno el apelante el incumplimiento por el Magistrado Presidente de los preceptos citados, sino que, en una hermenéutica correcta de los mismos, ha de llegarse a la conclusión de que tratan de asegurar la presencia de las partes y de los testigos y peritos en el Juicio oral, pero nada tienen que ver con el ejercicio del derecho defensa, que, por cierto, una vez abierto el Juicio oral, comenzó a ser ejercitado mediante la formulación de su escrito de calificación provisional en fecha 22 de agosto de 2002.

b) Por otra parte, las alegaciones de la representación procesal del recurrente llegan al paroxismo cuando afirma que el dato de haber interesado que se dejara constancia, al inicio del Juicio oral, de la denuncia interpuesta por el acusado contra el representante del Ministerio Fiscal que intervendría en las sesiones, tendría que haber supuesto la abstención del mismo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 96, en relación con artículo 44, ambos de la LECrim. Ignora así el recurrente que el artículo 96 LECrim dispone que «los representantes del Ministerio Fiscal no podrán ser recusados, pero se abstendrán de intervenir en los actos judiciales cuando concurra en ellos alguna de las causas señaladas en el artículo 54 de esta Ley» y que este último precepto establece que «la abstención y la recusación se regirán, en cuanto a sus causas, por la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635) , y en cuanto al procedimiento, por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) ».

El acusado no formuló denuncia alguna contra el representante del Ministerio Fiscal como presunto responsable de algún delito o falta, sino que se limitó, según consta al folio 2 del acta del Juicio oral, dentro del trámite de alegaciones previas, a manifestar «no saber que el fiscal era julio Montilla Caraza y quiere recusar, no se puede hacer por lo que quiere realizar una denuncia para que se abstenga» (sic). Ahora, su representación procesal reproduce «la denuncia», al tiempo que, por un lado, silencia la causa de abstención, de las previstas en el artículo 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que, en su opinión, concurre en el caso, y por otro, desconoce que, conforme determina el artículo 99 LECrim, «cuando los representantes del Ministerio Fiscal no se excusaren a pesar de comprenderles alguna de las causas expresadas en el artículo 54, podrán los que se consideren agraviados acudir en queja al superior inmediato». Ninguna de estas prescripciones fue observada por la defensa del ahora apelante.

c) Finalmente, la tan repetida representación procesal, en su desmesurado afán invocador, aduce, como quebrantamiento de las garantías procesales, la denegación por el Magistrado Presidente de la petición del acusado, no Letrado, de defenderse a sí mismo. Tan anómala petición releva a esta Sala de cualquier tipo de comentarios.

TERCERO Procede, a continuación, el análisis de las supuestas «irregularidades» perpetradas en el Juicio oral, que, al socaire del mismo apartado a) del artículo 846 bis c) LECrim (LEG 1882, 16) , denuncia la parte apelante, si bien algunas de las alegaciones que efectúa, como se verá a continuación, serían susceptibles de ser encuadradas en el apartado e) del referido precepto. Naturalmente, al haber sido invocadas en el ámbito del mencionado apartado a) sólo pueden ser examinadas aquéllas respecto de las que se formuló la oportuna protesta o reclamación de subsanación, es decir, las descritas en el primero y segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, en los que se da cumplida respuesta a las quejas formuladas por la representación procesal de referencia. Claro es que han de excluirse también aquellas que fueron objeto de estudio en la resolución que resolvió las cuestiones previas planteadas y que, como ya hemos indicado, no fue impugnada por la representación del acusado.

Las protestas formuladas en el Juicio oral, según consta en el acta correspondiente, versaron sobre la denegación de las peticiones relativas a: 1) la utilización del plano real del lugar de perpetración de los hechos; 2) que «se pasara» al Jurado el folio 381 de las actuaciones; 3) que se le mostrara al Jurado la chaqueta y el pelo (sic); 4) que se formulara hipótesis de trabajo uniendo a las heridas las medidas de la ropa; y 5) que se practicara conjuntamente la prueba de forenses y de peritos de balística.

En la misma sentencia objeto de la pretensión impugnatoria -fundamento jurídico primero- tras indicar no sólo la necesidad de que, ante el Tribunal del Jurado, se dé estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 656 LECrim, sino también la obligación de las partes de explicar el objeto y la finalidad perseguida con la prueba propuesta, remitiéndose al artículo 45 LOTJ (RCL 1995, 1515) , afirma el Magistrado Presidente, dando respuesta a la protesta que hemos consignado en el apartado 1), que «los planos del lugar cuya ampliación se facilitó a cada uno de los jurados ha sido de mayor utilidad que la prueba propuesta, de la que únicamente se derivarían apreciaciones contrarias a los intereses de la defensa, tales como la existencia de unas verjas de cerramiento del parque de la Constitución (RCL 1978, 2836) , que refuerzan el testimonio policial en

cuanto al seguimiento relatado por los policías locales en el plenario», pues lo que «se pretendía demostrar con esta prueba -folio 159 del acta- era que alguno de los testigos protegidos no pudieron ver lo que dicen haber visto, cuando el testigo protegido número tres, que no ha variado sus manifestaciones en el plenario, se encontraba situado, según el plano, con visión directa hacia el lugar en que ocurrieron los hechos», añadiendo que «es la posición asignada al testigo protegido número dos la que le impediría ver lo que en el plenario dijo haber visto, pero en el plenario -folio 19 del acta- afirmó haber variado su posición», de modo que «aunque se prescindiera de ese testimonio, que la defensa ha descuidado impugnar, al no presentar testimonio de las declaraciones prestadas en las actuaciones, aún quedaría la manifestación del número tres».

Del mismo modo, en relación con las protestas descritas en los apartados 4) y 5), la sentencia señala que «no es obligación de los forenses medir los agujeros dejados por los disparos en la indumentaria de la víctima, dato por lo demás irrelevante como se analizará más adelante, pues precisamente sobre ese particular incide la prueba pericial contradictoria practicada a instancia de la defensa». A esta Sala no le queda más que aceptar íntegramente tal razonamiento.

En cuanto a las otras dos protestas, que traen causa de la denegación de las pretensiones de que «se pasara al Jurado el folio 381 de las actuaciones» y que se le mostrara al Jurado «la chaqueta y el pelo (para que se compruebe si se distingue el azul del negro)», no es posible obviar que la primera petición se produjo durante la práctica de la declaración del acusado, por lo que resultaba a todas luces improcedente, y la segunda, se refería a una pieza de convicción, expuesta ya al Jurado y a las partes.

Igualmente, las quejas de la parte apelante, respecto de lo que denomina «piezas de convicción incompletas», al no haberse aportado algunas prendas del acusado, las balas disparadas y los teléfonos móviles del propio Sr. Gaspar, así como el hecho de haberse utilizado un sistema métrico inadecuado para hacer referencia al calibre del arma empleada, deberían haber sido enmarcadas en el apartado e) del artículo 846 bis c) LECrim y quedan absolutamente desvirtuadas en la misma sentencia apelada. Efectivamente, la tesis del ahora recurrente parecía radicar en la posibilidad de que, en la agresión perpetrada, se hubiere empleado también un arma del calibre 22. Sin embargo, la posible utilización de una segunda arma en nada exoneraría de responsabilidad al acusado, pues, aceptado que se produjeron al menos dos disparos, carece de relevancia el supuesto, poco verosímil, de que el acusado utilizara en la agresión un arma del calibre 22 mm, bien empuñándola él mismo, bien accionada por un tercero. Pero es que, a mayor abundamiento, de la pericial obrante a los folios 88 y 91 del acta del juicio oral se infiere con claridad que los orificios de entrada de las balas tienen 5 mm, y no 11,43 mm -como sostiene la pericial contradictoria propuesta por la defensa del acusado-, lo que excluye aquella posibilidad de utilización de dos armas de calibre distinto. Más adelante insistiremos en la pericial propuesta por la representación del acusado.

De igual manera ha de ser inmediatamente rechazada la denuncia de una supuesta infracción del artículo 54.3 LOTJ, dada la falta de fundamentación de aquélla, sin que la frase pronunciada por el Magistrado Presidente -"usted ahora a lo que tiene derecho es a callar o mentir"-, ante una extemporánea intervención del acusado, guarde relación con la admonición que se contiene en el precepto citado, ni pueda afectar a la presunción de inocencia.

No debemos finalizar nuestro análisis sin recordar a la tan repetida representación del acusado que, en el procedimiento configurado por la LOTJ, modificada por la LO 8/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3109, 3147) , se reconocen expresamente dos momentos procedimentales de sanación de las posibles vulneraciones de derechos fundamentales, en relación con la proposición y práctica de la prueba, con distintas consecuencias. Durante la fase intermedia, a tenor de lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36.1 LOTJ, las partes, al tiempo de personarse, podrán alegar la vulneración de algún derecho fundamental o impugnar los medios de prueba propuestos por las demás partes y proponer nuevos medios de prueba, en cuyo caso se dará traslado a las demás partes para que en el término de tres días puedan instar por escrito su inadmisión. Pero es que, además, el propio artículo 36.1, b) y c) LOTJ permite, sin duda, excluir, a efectos de posible utilización en el Juicio oral, aquellas fuentes de prueba que se hayan obtenido ilegítimamente. Naturalmente, en ambos casos, se precisa la oportuna petición de la parte interesada.

Han de rechazarse, en consecuencia, los motivos de impugnación hasta ahora examinados, por cuanto que las irregularidades denunciadas, de haber existido, de ningún modo habrían supuesto indefensión al acusado.

CUARTO Con base en el mismo apartado a) del artículo 846 bis c) LECrim (LEG 1882, 16) , aduce la representación procesal del acusado el quebrantamiento de normas y garantías procesales, causante de indefensión, al adolecer el objeto del veredicto de defectos en su proposición y al no haberse incluido en el mismo, como hecho favorable, la presencia de un arma del calibre 22 «como autora de la agresión».

A juicio del apelante, el objeto del veredicto formulado por el Magistrado Presidente vulnera lo dispuesto en el apartado d) del artículo 52 LOTJ (RCL 1995, 1515) , por cuanto que, obligando dicho precepto a precisar el hecho delictivo por el cual el acusado habrá de ser declarado culpable o no culpable, el Magistrado Presidente redactó los apartados octavo y noveno como hechos desfavorables. La simple lectura de los apartados referidos sirve para comprobar, una vez más, la inconsistencia de la vulneración que se alega. Pero es que, a mayor abundamiento, en el acta de fecha 2 de abril de 2003, no figura protesta alguna en tal sentido, sin que la novedosa tesis que mantiene la defensa del apelante sobre la prescindibilidad de tal protesta pueda ser asumida por esta Sala.

La única protesta formulada por la defensa del acusado hacía referencia a la no inclusión en el objeto del veredicto de la presencia de un arma del calibre 22. Ya hemos señalado, en el fundamento jurídico precedente, aceptando la conclusión a que se llega en la sentencia de instancia, la irrelevancia de la no inclusión que ahora se denuncia.

Finalmente, con base también en el apartado a) del artículo 846 bis c) LECrim, indica la representación procesal del apelante la contradicción existente entre las respuestas del Jurado a los hechos cuarto y quinto del objeto del veredicto. Sin embargo, no es posible apreciar contradicción alguna, como revela la propia argumentación de la defensa, que se dirige exclusivamente a tratar de desvirtuar la valoración de la prueba efectuada por el Jurado, cuestión que, como explicaremos más adelante está vedada a esta Sala.

Los motivos impugnativos precedentes han de correr, por tanto, la misma suerte que los anteriormente examinados.

QUINTO A continuación, siguiendo la interminable lista de quebrantamientos de normas y de garantías procesales, esgrime la tan repetida representación procesal del acusado la insuficiente motivación de la sentencia apelada en lo que a la valoración del material probatorio conseguido se refiere.

No está de más insistir, como tan frecuentemente viene haciendo esta Sala, en que el control de la suficiencia de la motivación del veredicto y de la sentencia no puede realizarse en abstracto y desde parámetros de carácter formal, sino que ha de hacerse en función de la singularidad de cada caso concreto, las dudas suscitadas, las versiones enfrentadas y la mayor o menor elocuencia de los hechos, de tal modo que en ocasiones la exigencia de motivación será mucho mayor (porque la cuestión debatida sea especialmente compleja o confusa) y en otras ocasiones apenas será necesaria, cuando aparezcan elementos suficientes, de hecho o de derecho, de los que resulta de forma clara y evidente la razonabilidad de la resolución adoptada (Sentencias de esta Sala de 7 de marzo de 2003 [ARP 2003, 491] y 23 de mayo de 2003, entre otras).

En principio, hemos de afirmar que los pronunciamientos del Jurado sobre los hechos y sobre la culpabilidad o no del acusado vinculan al Juzgador técnico. Es más, el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado está vinculado al veredicto -cuyo objeto, correcta o incorrectamente, ha sido propuesto por él mismo-, incluso en el pronunciamiento sobre culpabilidad o no culpabilidad, determinantes de la condena o de la absolución, y en la calificación del delito, en los términos que señalan los artículos 67 y 70.1 LOTJ (RCL 1995, 1515) , pues, como integrante de un órgano colegiado -el Tribunal del Jurado-, en el que sus componentes técnico y lego tienen funciones diferenciadas y deliberan y deciden por separado, pero se complementan mutuamente a la hora de adoptar una decisión final que se presenta como del Tribunal en su conjunto, el Magistrado-Presidente no puede desligarse de la decisión adoptada por aquella parte del Tribunal, el Jurado, a quien corresponde decidir sobre los hechos y sobre la culpabilidad o no culpabilidad, del mismo modo que éste, el Jurado, no puede separarse de las decisiones del Magistrado-Presidente sobre validez de la prueba o formulación del objeto del veredicto.

Partiendo de tales premisas, incumbe al Magistrado Presidente, como ya hemos tenido ocasión de declarar, la enjundiosa labor de dar forma jurídica al resultado del acta del veredicto, para lo que ha de plasmar el mecanismo intelectual que lleva a sentar unas determinadas conclusiones. Esa tarea, sin duda, es siempre complementaria y, por supuesto, evidentemente crítica, ya que va a consistir en el análisis de la suficiencia de los motivos o razones que expusieron los Jurados para basar su veredicto.

Según ha declarado el Tribunal Supremo -SSTS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8936) , 29 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5755) , 12 de marzo (RJ 2001, 1934) y 10 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9141) , a modo de ejemplo-, la motivación «se integra como un requisito esencial de toda resolución judicial». En esa indiscutible exigencia ha de distinguirse la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del Derecho, o motivación de la subsunción, cuyo grado de necesidad es distinto. Así, la

motivación sobre los hechos constituye el núcleo esencial de la exigencia motivadora, ya que es la que justifica el ejercicio de la Jurisdicción y la que va a permitir conocer el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad del acusado, desde la perspectiva de su participación en el hecho delictivo imputado. En cambio, la motivación sobre la aplicación del Derecho se efectuará mediante la expresión de las razones que fundamentan la subsunción de los hechos en la norma sustantiva aplicable a fin de extraer de aquéllos las consecuencias jurídicas que procedan. A esta segunda fase de la motivación se refieren exclusivamente el artículo 248.3 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y el artículo 142 LECrim (LEG 1882, 16) . Pero, siguiendo al Tribunal Supremo, no basta esta segunda fase, porque «la interpretación del artículo 120.3 CE (RCL 1978, 2836) y su puesta en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la misma, han llevado a la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala, a extender el deber de motivación a la primera de las fases que hemos señalado, esto es, al juicio en que descansa la convicción sobre los hechos que son subsumidos en la norma». Por eso destacábamos antes que esta función sólo la puede realizar el Magistrado-Presidente que ha percibido la prueba con la inmediatez derivada de su práctica y que, consecuentemente, ha de justificar que, en el ejercicio de su función jurisdiccional, no ha actuado de manera absurda ni arbitraria, expresando las razones por las que llega a la conclusión de que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, que corresponde a todo ciudadano, ha sido enervado o desvirtuado por una actividad probatoria bastante, aunque, lógicamente, la aplicación de la doctrina expuesta exija el análisis pormenorizado de cada supuesto concreto.

Como ya hemos señalado, las «razones» del Jurado han de ser complementadas por el Magistrado-Presidente, que tiene la facultad de ordenar la devolución del veredicto en el caso de que aquella motivación sea insuficiente. Esa es la razón de que esta Sala venga declarando -Sentencias de 9 de febrero de 2001 (JUR 2001, 141652) y 1 de febrero de 2002 (ARP 2002, 50) , por citar sólo dos de ellas-, que el hecho de que la ausencia total de motivación en el veredicto no pueda ser subsanada por la posterior motivación de la Sentencia del Magistrado Presidente no significa que no puedan completarse en dicha resolución las deficiencias de que pueda adolecer aquella motivación, lo que no es sino una consecuencia de la estrecha relación que ha de existir entre el veredicto del Jurado y la Sentencia del Magistrado Presidente.

Ahora bien, en el caso objeto de enjuiciamiento, con su descripción de los hechos probados, el Jurado expresó su convencimiento respecto de la culpabilidad del acusado de los delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas que se le imputaban, detallando los elementos de convicción que había tenido en cuenta, de forma expresa y pormenorizada, que en cierto modo eximía, al menos en parte, al Magistrado-Presidente, en el ejercicio de su jurisdicción, de ofrecer cumplida y rigurosa argumentación para justificar la probanza de aquellos hechos y la conclusión a la que había llegado el Jurado. En la plasmación jurídica del resultado del acta, el Magistrado-Presidente redactó los hechos probados de la sentencia teniendo en cuenta la totalidad de los elementos que el Jurado había entendido como probados, y completó la valoración de la prueba obtenida. Cuestión distinta es la discrepancia que muestra la dirección letrada del apelante respecto de aquella valoración.

Es obvio que el Magistrado Presidente se perdió en una serie de disquisiciones sobre las pruebas propuestas indebidamente y que fueron rechazadas, y que no es un

dechado de perfección la dispersa motivación que en la sentencia de instancia se contiene, pero de ahí no puede inferirse la omisión de motivación. Por el contrario, el Magistrado Presidente concretó debidamente la existencia de prueba de cargo, aunque, tras remitirse a los elementos de convicción tomados en consideración por los miembros del Jurado, siguió el método de desvirtuar las coartadas u objeciones presentadas por la defensa, para «justificar» aquellos extremos consignados en el acta del veredicto, como se constata claramente en el último párrafo del primer fundamento jurídico y en la totalidad del fundamento jurídico cuarto de su sentencia, en los que, en contra de lo que sostiene el apelante, se determinó la prueba de cargo obtenida, asumiendo los términos en que se había pronunciado el Tribunal popular.

Consecuentemente, el motivo ha de ser igualmente rechazado, sin que, llegados a este punto, parezca necesario que esta Sala se pronuncie sobre las disquisiciones que hace el Magistrado Presidente en el segundo de los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida; simplemente, se considera en el deber de recordar, por un lado, la obligación de todos los Jueces de acatar las decisiones de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente superiores, y por otro, que no es precisamente la sentencia el marco idóneo para criticar aquellas decisiones y, mucho menos, para hacer elucubraciones.

SEXTO Ya hemos indicado que en algunos de los motivos de impugnación esgrimidos, con total desconocimiento de las normas que regulan el recurso de apelación y de su naturaleza, se refiere la dirección letrada del apelante, si bien de modo tangencial, a la vulneración de la presunción de inocencia, encuadrada en el apartado e) del artículo 846 bis c) LECrim (LEG 1882, 16) , por lo que, siempre con la finalidad de evitar toda indefensión, vamos a analizar ahora la vulneración denunciada, no sin ciertas precisiones.

Por más que tantas veces lo haya reiterado esta Sala, en sentencias cuya cita parece ociosa, conviene precisar el alcance de las facultades revisoras contempladas por la LECrim en el marco del apartado e) del artículo 846 bis c), pues ello será de utilidad para dar cumplida respuesta a las alegaciones del recurrente. En particular, ha de insistirse en el carácter excepcional de dicha facultad revisora, que no puede auspiciar una completa y abierta revisión de la actividad probatoria, ni, desde luego, autoriza a este Tribunal de alzada a sustituir el criterio o juicio de hecho expresado por el Tribunal «a quo» por el sólo hecho de otorgar similar o mayor verosimilitud a versiones alternativas sostenidas por el apelante, pues en este extraordinario recurso de apelación, equiparado por su naturaleza al de casación, sólo cabe alterar la relación de hechos probados cuando deba calificarse como «irrazonable» y arbitrario el proceso valorativo seguido para alcanzar tal conclusión, pero no por el solo hecho de que puedan subsistir dudas que hubiesen de beneficiar al reo, habida cuenta de que, si al tiempo de la emisión del veredicto por el Jurado ha de jugar con toda su fuerza el principio «in dubio pro reo», una vez que el Jurado, a la vista de las pruebas que presencié con inmediación, ya se ha pronunciado, la Sala, aun teniendo alguna duda, quedaría vinculada a ese veredicto salvo que pueda calificarse como carente de «toda base razonable» (véanse, entre tantas otras, las sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 35879] , 4 de noviembre de 2002 [JUR 2003, 35809] y 18 de enero de 2003, y en las que en ella extensamente se citan), o salvo que el propio Jurado en su motivación expresara una duda de tal entidad que le hubiese institucionalmente obligado a la declaración de no culpabilidad. Dicho de otro modo, y como aún más claramente se expresa en la

sentencia de esta misma Sala de 20 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 35912) , el motivo en cuestión impone una limitación en el modo de revisar la apreciación y valoración de la prueba, pues no se trata de que pueda valorarse ilimitadamente a fin de detectar el error en que se hubiera podido incurrir en su apreciación, sino sólo de constatar si ese error supone la ausencia de toda base razonable para la condena, ya que, precisamente porque la facultad revisora se mide en términos de presunción de inocencia, no es posible ni necesario realizar tan amplia valoración.

En definitiva, lo procedente no es, como en la argumentación del recurso se pretende, comparar la tesis del recurrente con las conclusiones a que llegó el Tribunal del Jurado en orden a preguntar a la Sala por la mayor o menor verosimilitud de una y de otras, como si de la primera instancia se tratase; lo procedente, en el marco de dicho motivo, es analizar si la valoración y apreciación probatoria que llevó a cabo el Tribunal del Jurado transgrede o no el límite de razonabilidad que, para su desvirtuación y consecuente imposición de una pena, exige el derecho de presunción de inocencia.

Para ello hemos de comenzar por precisar cuál o cuáles son las pruebas practicadas en el juicio oral en las que pudiera basarse la afirmación de que Gaspar es culpable de los delitos de que se le acusaba, sin soslayar que la representación del acusado no niega en realidad la existencia de pruebas, sino que trata, con una reiteración exacerbada, de valorar la producida en su exclusivo beneficio, utilizando una dialéctica inaceptable.

SEPTIMO Ese propósito valorativo tan particular lleva a la dirección letrada del acusado a establecer una premisa absolutamente falsa, como es la de ignorar totalmente que el Jurado declaró probados por unanimidad los apartados primero a séptimo del objeto del veredicto, con base, fundamentalmente, en las siguientes pruebas de cargo:

a) Según su declaración en el Juicio oral, el testigo protegido núm. 2 estaba en los alrededores del «pub», acompañando a la víctima Víctor, que era su amigo, a diez metros del acusado, al que veía por primera vez. Una vez se le mostró el plano del lugar de los hechos, afirmó que «se encontraba en el núm. 4 en la acera y desde allí veía perfectamente el punto 1» y «vio al acusado pegar tres tiros a Víctor, que llevaba la mano en el hombro del acusado, le quito la mano y se puso cara a cara, sacando el acusado una pistola grande y negra y le pega un tiro». Añadió que «Víctor le quita la mano y el acusado le da dos tiros más», sin que existiera pelea, de modo que «estaban hablando y de repente el acusado saca la pistola y le da tres tiros». Tras los tres disparos, «Víctor caminó de espalda y cayó al suelo, el acusado salió corriendo y paso delante del dicente, que casi chocó», Dijo que el acusado «vestía una chaqueta oscura, y debajo también una prenda oscura, y un arma grande y negra». Tras declarar que «en Comisaría se le mostraron álbumes de fotos y reconoció con toda claridad al que mató a Víctor» y «que podía volver a reconocer al acusado, no se le puede olvidar», el acusado se negó a colocarse frente al testigo para ser reconocido, de forma que no pudiera verlo. Sin embargo, el testigo de que se trata afirmó que el autor de los disparos «era alto, delgado y rubio, de aspecto extranjero». Insistió en que «estaba a unos 10 metros del lugar de los hechos, la visión era directa, el acusado paso por su lado, casi chocan, que Víctor no se mostró temeroso, que hablaban normalmente, que no pudo defenderse, que el testigo núm. 1 fue en el coche con el dicente y Víctor, el núm. 1 estaba en el Fran's Corney que, en el momento de los disparos el testigo n° 1 también salió corriendo» y que

«el acusado cuando pasó delante del dicente se volvió apuntando con la pistola y siguió hacia la playa otra vez, que en el bar había gente, que cuando los disparos estaban solo Víctor y el acusado cara a cara, no vio a nadie más, que no vio a un bigotudo»,

b) Por su parte, tal y como consta en el acta del Juicio, el testigo protegido núm. 3 manifestó que «vio al acusado un arma y disparó un tiro de frente, su amigo subió el brazo y disparó 2 veces más» y «que no se le olvida en la vida la persona del acusado, rubio, alto, vestido de oscuro, chaqueta abierta, que podría en la actualidad reconocerlo». Cuando el acusado manifiesta su deseo de ser reconocido y se pone delante del referido testigo núm 2, éste afirma que «sin duda es él, está seguro, esa cara no se le olvida en la vida», afirmando que «estaría a unos 9 metros del tiroteo, que todas los disparos los realiza con una sola pistola y la misma persona; que pudo correr pero siguió disparando».

c) Por lo que se refiere al arma utilizada, afirman los miembros del Jurado que su marca y características están descritas en el informe pericial efectuado por los Policías números 18.732 y 66.001, componentes de la Brigada científica, que, después de ratificar su informe, obrante al folio 129 y siguientes del tomo I, afirmaron que el arma que se les muestra es la que efectuó los disparos que acabaron con la vida de Víctor. Se trata de una pistola semiautomática y para disparar se tiene que presionar el gatillo, «tiro a tiro», la bala sale por el cañón, el cartucho sale al exterior y el arma queda preparada para el nuevo tiro». A su juicio, «las tres balas examinadas fueron disparadas por la misma arma», que es la que se les exhibe, «al ser igual el ánima del arma y de los proyectiles». Este informe, pese a los intentos de la defensa del apelante, no fue desvirtuado por la pericial contradictoria aportada por dicha parte y que fue elaborada por el Instituto de balística de Barcelona, por cuanto que, aparte su inconcreción, obtuvo ante el Jurado -único órgano competente, en este caso- menos credibilidad que el resto de las periciales practicadas.

d) Los Jueces legos tuvieron muy en cuenta el informe, en el Juicio oral, de los Médicos Forenses D. Carlos Daniel y D. Jesús Ángel, quienes ratificaron el informe que obra a los folios 5 y siguientes del tomo, tras rectificarlo respecto del resultado de las heridas 6 y 7, afirmando que la 7 es de entrada y la 6 es de salida, es decir, que, visto el informe de toxicología, el disparo se produce por la espalda. A continuación, aclaran que la herida del primer dedo de la mano derecha es de entrada de proyectil y salida por el mismo dedo, posiblemente por haber adoptado la víctima una actitud defensiva. Sostienen que las heridas 6 y 7 se producen por la espalda, con un diámetro de entrada de 1 cm y un diámetro de salida de 12 cm, teniendo la de entrada 5 mm, por ser tangencial. Añaden que la herida núm. 4 (región posterior izquierda, a nivel escapular) tiene 5 mm, y es la que produce la muerte, siendo compatible con un agresor y un solo arma de fuego de proyectil único. Esta herida nº 4 se produce por un disparo realizado a media distancia (un metro, aproximadamente), por lo que es compatible con el calibre 45, lo que supone que si se dispara a distancia superior a 60 cm, la herida en la piel es menor al diámetro del proyectil, pues, al ser la piel elástica, se estiraría al penetrar el proyectil y luego se retraería. Teniendo en cuenta que el Instituto de toxicología habla de que ambos disparos están a la misma distancia, menos de 1 metro de la víctima, afirman que «para ser dos personas distintas tendrían que estar juntas».

De los informes periciales aportados al Juicio oral, el Jurado, como ya hemos indicado, confirió mayor verosimilitud a los que ya han sido reseñados y esta Sala no puede ahora revisar aquella valoración, que corresponde en exclusiva a los Jueces legos.

Hemos de concluir que el acerbo probatorio a que acabamos de referirnos resulta irrefutable para constatar la culpabilidad de Gaspar, sin que su defensa haya conseguido desvirtuarlo en modo alguno, hasta el punto de que ha de afirmarse que, en el caso que nos ocupa, existe una actividad probatoria abundante, constitucionalmente legítima, con signo o sentido incriminatorio respecto de la participación del acusado en el hecho, esto es, de cargo, y que la valoración de dicho material probatorio no ha sido arbitraria ni errónea, por lo que la base de la condena impuesta resulta absolutamente razonable.

OCTAVO La última cuestión que se suscita en el recurso de apelación interpuesto, al amparo del apartado b) del artículo 846 bis c) LECrim (LEG 1882, 16) -aunque respecto de tal extremo también utiliza una argumentación que ha de encuadrarse más bien en el ámbito del apartado e) del mismo precepto-, se ciñe a la apreciación de si la conducta descrita en el relato de hechos probados puede calificarse como incurso en el delito de asesinato, por concurrir la agravante de alevosía, o si, por el contrario, ha de calificarse como homicidio por no poder apreciarse en la misma los caracteres de dicha agravante, tal y como han sido perfilados por la jurisprudencia.

Ya hemos señalado que, al plantear la cuestión que ahora se analiza, la representación procesal del acusado invoca el apartado b), si bien implícitamente se está refiriendo, al igual que en todos los motivos de impugnación alegados, al apartado e) del artículo 846 bis c) LECrim. Ello permite que este Tribunal pueda elaborar un nuevo relato fáctico, que ya ha quedado consignado con anterioridad a la fundamentación jurídica de la presente resolución.

La sentencia apelada aprecia la existencia de la alevosía al haberse declarado probado que la víctima recibió dos disparos «por la espalda», lo que parece denotar la sorpresa e indefensión que caracterizan a la agresión alevosa. Sin embargo, el veredicto no recoge la imposibilidad de la víctima de defenderse a que alude el Magistrado Presidente en la sentencia recurrida. Pero, aun cuando así hubiera concurrido, la imposibilidad de la defensa habría de ir referida al momento puntual y exacto del primero de los disparos, sin excluir por tanto de plano que en una valoración de la secuencia completa en que consistió la agresión -contemplada en su conjunto y en particular desde el momento en que surgiera el ánimo homicida-, puedan apreciarse posibilidades de defensa para la víctima y riesgos para el agresor, lo que podría conducir a descartar la alevosía.

Pero es que, a mayor abundamiento, en el cuarto de los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, se dice textualmente: «la estratégica colocación de los amigos de la víctima en los alrededores del establecimiento denominado «Frank Corner» mientras se producía el encuentro con el acusado, sugiere la posibilidad de que la entrevista suscitara recelo».

NOVENO Como viene señalando esta Sala -sentencias de 5 de octubre de 2001 (JUR 2002, 47535) y 11 de abril y 12 de septiembre de 2003, que enjuiciaron supuestos

de indudables similitudes con el presente-, una doctrina jurisprudencial relativamente reciente y bien matizada pone especial énfasis en que junto al elemento instrumental u objetivo («medios, modos o formas»), el concepto de alevosía contiene un elemento subjetivo o culpabilístico («que tiendan directa o especialmente a asegurarla»), que debe también concurrir como condición para que tal circunstancia agravante pueda apreciarse. Con palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1998 (RJ 1998, 3771) , «no es suficiente, en consecuencia, ni que los medios, modos o formas de ejecución revelen inequívocamente, por su idoneidad para producir el resultado, el ánimo de lesionar o matar según los casos, ni que la ejecución se lleve a cabo en condiciones objetivas de seguridad para el agresor y de indefensión para la víctima. Es preciso que se busque deliberadamente una ejecución segura con determinados medios, modos o formas -que se "tienda" mediante ellos a una ejecución asegurada- y que, deliberadamente también, aquellos medios ejecutivos estén orientados a eliminar el riesgo que para el ofensor pudiera derivarse de una posible reacción defensiva del sujeto pasivo de la acción». Con no menos claridad exige la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998 (RJ 1998, 5160) , para apreciar concurrente la circunstancia de alevosía en la modalidad de agresión súbita e inesperada, la existencia de «una búsqueda selectiva de una ocasión propicia para desencadenar su acción eliminando el factor de riesgo que pudiera derivarse de la posible e hipotética defensa que pudiera proceder del acometido», y ello porque, como se dice en la misma sentencia, «frente a una anterior corriente que objetivaba de manera exagerada la perspectiva comisiva, se ha impuesto la corriente que exige o requiere la específica elección o selección de los medios buscando de propósito la mayor facilidad en la ejecución del hecho, lo que engloba al elemento teleológico también exigido por las modernas tendencias jurisprudenciales». Con otras palabras, pero no en otra dirección, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7377) que «en las resoluciones más recientes, se exige que el delincuente haya elegido convenientemente los medios disponibles, representándose un "modus operandi" en el que quede totalmente suprimido cualquier eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido». En igual sentido se expresan las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 5317) , 16 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7814) , 16 de enero de 1998 (RJ 1998, 14) , 9 de junio de 1998.

Esta corriente jurisprudencial parece especialmente acorde con el fundamento del plus de penalidad que comporta la existencia de alevosía, bien como circunstancia agravante, bien como circunstancia cualificadora del delito de asesinato, que, como se dijo por esta Sala en sentencia de 26 de diciembre de 1998, no es sino el «mayor reproche social» de conductas que buscan especial o directamente, de forma cobarde, asegurar de antemano una ejecución sin riesgos: parece lógico que un incremento de la penalidad tan sustantivo como es el paso del tipo delictivo del homicidio al de asesinato no puede hacerse depender de circunstancias objetivas no controlables ni «consideradas» por el autor del crimen al tiempo de concebir su conducta homicida, es decir, en el momento en el que surgió el «animus necandi».

No ignoramos la propia doctrina de esta Sala que, en sintonía con el Tribunal Supremo, tiene declarado en no pocas ocasiones que «para la existencia de la alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el medio más idóneo de ejecución, sino que es suficiente con que se aproveche, en cualquier momento y de un modo consciente, de la situación de indefensión de la víctima así como de la

facilidad y comodidad que ello supone» -sentencias de esta Sala de 26 de diciembre de 1998, 30 de enero de 1999 (ARP 1999, 2965) , 19 de enero de 2001 (ARP 2001, 497) y 25 de octubre de 2002 (JUR 2003, 35781) , entre otras, y las del Tribunal Supremo que en ellas se citan-. Pero si se analizan con detalle los supuestos fácticos que fueron enjuiciados en tales sentencias, se advertirá que se trataba de casos en que, si bien el autor no buscó deliberadamente la situación de indefensión de la víctima, la decisión de matar surgió «a la vista» de determinadas circunstancias que impedían a la víctima toda posibilidad de defensa, lo que no es, en absoluto, contradictorio con la doctrina antes señalada, que destacaba la importancia del elemento subjetivo y teleológico pues, en efecto, lo decisivo es que cuando el autor toma la decisión de realizar la agresión de que se trate, se represente un «modus operandi», buscado de propósito o casualmente favorecido por circunstancias que «decide aprovechar», que asegure la acción criminal minimizando las posibilidades de defensa.

DECIMO Muy claramente se pone de manifiesto la importancia de esa «contemplación» de la situación de indefensión de la víctima en el momento en que surge la intención de matar (o agredir) en los supuestos que han venido a denominarse «alevosía sobrevenida», y que pormenorizadamente fueron analizados por la sentencia de esta Sala de 21 de septiembre de 1998: conforme entonces se dijo, recogiendo doctrina jurisprudencial bien matizada, en los casos en que al inicio de la conducta delictiva no existe objetivamente una situación de indefensión de la víctima, surgiendo sobrevenidamente, sólo podrá estimarse la concurrencia de la agravante de alevosía si existen dos acciones diferentes, o, mejor aún, una «sucesión progresiva de dolos», en el sentido de surgimiento de una «nueva» decisión o propósito agresor a la vista de la situación sobrevenida; lo que no es sino corroboración de que, como dijo la ya añeja sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1956 (RJ 1956, 387) , «el concepto unitario de la alevosía mantenido por la doctrina de esta Sala se refiere al nacimiento del propósito homicida y al posterior desarrollo del hecho hasta la consumación»: es decir, que si cuando nace el propósito homicida el autor no ha «contemplado» (buscándolas intencionalmente o aprovechándose conscientemente de ellas) circunstancias que objetivamente supongan un aseguramiento de la agresión sin posibilidad de defensa por parte de la víctima, entonces no cabrá apreciar la existencia de tal agravante. En este mismo sentido se inscribe la sentencia de 24 de enero de 1983 (RJ 1983, 43) , cuando dice que para que pueda ser apreciada la alevosía es preciso que exista «desde el principio de la acción criminal», «que es cuando ha de valorarse si existe perversidad en la intención y la traicionera cobardía en el obrar, que es lo que informa la naturaleza de la alevosía».

En el presente caso, y conforme a lo que resulta de la relación de hechos que hemos declarado probados, los disparos no fueron instantáneos, sino que fueron precedidos de una secuencia de hechos (en concreto se alude al hecho de que, al producirse el «encuentro», la víctima era acompañada por dos personas de su confianza, que se situaron en puntos estratégicos del lugar de los hechos); de ahí que, conforme a la doctrina que acaba de exponerse, lo determinante a efectos de apreciar la existencia de alevosía no es si en el último momento, en el que se produjeron los disparos, la víctima se hallaba indefensa, sino si esa indefensión existió desde el principio, es decir, desde que se inició la secuencia que tendencialmente y sin solución de continuidad habría de acabar con la agresión proyectada. Lo decisivo, en definitiva, es determinar si

al inicio de aquel «encuentro» la víctima tenía o no posibilidad real de desviar el curso de los acontecimientos que había proyectado el agresor.

El veredicto -seguramente por una defectuosa construcción de su objeto- describe un contexto del encuentro entre víctima y acusado en el que se produjo la acción homicida, que no resulta en absoluto compatible con la noción de alevosía, en ninguna de sus modalidades: dos personas «de confianza» acompañan a la víctima y el primer disparo se produjo estando situados de frente la víctima y su agresor; es cuando Víctor trata de huir y da la espalda a su atacante cuando el acusado realiza un segundo y un tercer disparo. No se produce ninguna ruptura en la actuación del acusado, sino que la secuencia de los hechos se materializa sin solución de continuidad. Todas estas circunstancias revelan que el agresor no se preocupó especialmente por encontrar la manera más segura y eficaz de conseguir la muerte de su víctima en el momento en que surgió el ánimo homicida, que sin duda existió desde el primer instante. El hecho de que la víctima no pudiera evitar los disparos del acusado no puede alterar la calificación jurídica de los hechos, al no parecer creíble, ni poder presumirse, que justo en ese instante surgió el ánimo homicida, lo que fuerza a concluir que no concurrió el elemento subjetivo de la alevosía, tal y como viene siendo concebido por la jurisprudencia.

No deja de sorprender que sobre un extremo tan importante como es la presencia de las dos personas que acompañaban a la víctima cuando se encontró con el acusado, la relación de hechos probados guarde, sin embargo, silencio, pues no se incluyó referencia alguna en el objeto del veredicto sobre el que el Jurado había de pronunciarse. No obstante, puesto que el recurso se ha formulado sobre la base de los apartados b) y e) del artículo 846 bis c) LECrim (LEG 1882, 16) , nada impide no sólo la alteración de los hechos que positivamente fueron considerados probados por el Tribunal del Jurado, sino incluso su complemento con datos extraídos de la sentencia de instancia directamente por esta Sala. La cuestión habría de centrarse, de no ser por la circunstancia a la que inmediatamente se va a hacer referencia, en dilucidar si ese «silencio» del relato fáctico sobre las circunstancias que concurrían en la víctima y en su agresor al tiempo del inicio de su encuentro, debe conducir, como quiere el recurrente, a la conclusión de que los hechos narrados son «insuficientes» para calificar la alevosía, o si, por el contrario, al sí hacerse mención al desvalimiento de la víctima en el momento final de la agresión, resultan suficientes para apreciar esa alevosía. Existe, sin embargo, como ya hemos reiterado, aquel importante dato -que no puede pasarse por alto y que nos va a permitir enjuiciar la prosperabilidad del motivo impugnativo invocado-, de la presencia de las «dos personas de confianza de la víctima» a que se refiere la resolución impugnada, y, aunque fuera de lo que estrictamente puede considerarse relación de hechos considerados probados, incluye afirmaciones de hecho que explícita e inequívocamente completan dicho relato, aludiendo precisamente a circunstancias existentes en el momento en que se inició la entrevista, y que resultan incompatibles con la alevosía que finalmente se aprecia. Esas circunstancias revelan que la muerte de la víctima fue el resultado de una agresión violenta pero previsible, que la víctima tuvo objetivamente posibilidades de evitarla, y que el agresor no se preocupó especialmente por encontrar la manera más segura y eficaz de conseguir esa muerte.

Como ya hemos adelantado, no parece existir inconveniente alguno para que esta Sala no pueda tomar en consideración las circunstancias que, aunque no mencionadas en el relato de hechos probados, sí fueron expresamente tenidas por ciertas por el

Magistrado Presidente en la motivación de su sentencia, puesto que la sentencia y el veredicto, como unidad, forman parte a su vez de la unidad de la sentencia, según ya tuvo ocasión de decir esta Sala en su Sentencia de 14 de enero de 2000 (ARP 2000, 425) , y reiterar en la de 12 de mayo del mismo año (JUR 2000, 310999) . Y así, del mismo modo, aunque excepcionalmente y sólo en beneficio del reo, se ha admitido, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2000 (RJ 2000, 6229) , «la complementariedad del hecho probado con las afirmaciones fácticas deslizadas a lo largo de los fundamentos jurídicos de la sentencia».

Quiere esta Sala insistir, para disipar confusiones, en que con su pronunciamiento no está en realidad procediendo a una valoración de las pruebas diferente a la realizada por el Tribunal del Jurado, sino que está censurando la noción jurídica de alevosía que ha sido utilizada en la sentencia apelada. No discute, pues, la Sala, que el segundo y tercero disparos se efectuaran por la espalda, ni tampoco que en ese momento la víctima se encontrase indefensa. Se está diciendo que tales hechos no conducen necesariamente a la calificación de la conducta del acusado como alevosa, por cuanto ésta debe valorarse jurídicamente desde el principio y globalmente, es decir, desde el momento en que surge el ánimo homicida; y así, completando los hechos probados con las circunstancias de hecho aludidas por el Magistrado Presidente en la motivación de su sentencia, se llega a la conclusión de que la calificación de los hechos como asesinato conculca la noción jurídica de alevosía, tal y como viene descrita en la doctrina jurisprudencial que hemos transcrito.

UNDECIMO En cambio, sí ha de estimarse como concurrente la agravante de abuso de superioridad, deducida del hecho de que desde el principio existió una desproporción de medios y fuerzas en favor del agresor que facilitó la consecución del resultado buscado, y que fue, ahora sí, buscada de propósito o al menos aprovechada conscientemente. Tal desproporción no tuvo la intensidad suficiente como para constituir alevosía, pero sí permite la apreciación de esta «alevosía menor», como es denominada la agravante de abuso de superioridad.

Como reiteradamente ha recordado esta Sala -sentencias de 7 de noviembre de 1998, 30 de enero de 1999 (ARP 1999, 2965) , 19 de junio de 1999 (ARP 1999, 2358) , 12 de mayo de 2000 (JUR 2000, 310999) , 5 de octubre de 2001 (JUR 2002, 47535) y 11 de abril y 12 de septiembre de 2003-, «es doctrina uniforme del Tribunal Supremo que el principio acusatorio no impide la apreciación de la circunstancia de abuso de superioridad regulada en el artículo 22.2º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) a pesar de no haber sido pedido por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular, cuando sí se hubiese pedido, sin estimarse, la apreciación de la circunstancia más grave de alevosía, lo que se justifica en la homogeneidad del fundamento de ambas agravantes y la menor entidad del abuso de superioridad, que es considerada como una alevosía menor o de segundo grado (SSTS de 9 de julio de 1997 [RJ 1997, 5838] , 13 de abril de 1998 [RJ 1998, 3771] , 18 de junio de 1998 [RJ 1998, 5384] , 17 de noviembre [RJ 2000, 9295] y 28 de diciembre de 2000 [RJ 2001, 257] , y 19 de diciembre de 2002 [RJ 2003, 497] , entre otras)».

DUODECIMO La consecuencia de todo lo expuesto es que ha de estimarse parcialmente el recurso de apelación, absolviendo al recurrente del delito de asesinato, y condenándolo como autor de un delito de homicidio con la agravante de abuso de

superioridad, dejando subsistentes los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada. Y considerando lo dispuesto por el apartado tercero del artículo 66 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) en orden a la concreción de la pena, procede la imposición de la de trece años y nueve meses de prisión, que es la que se sitúa en medio de la mitad superior de la pena correspondiente al delito de homicidio. Todo ello, con declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada, al no apreciarse temeridad o mala fe en ninguna de las partes.

Hemos de advertir, sin embargo, con relación a las responsabilidades penales del acusado, como ya se hiciera en las sentencias de esta Sala de 16 de junio (JUR 2000, 226868) y 14 de julio de 2000 (JUR 2000, 302514) , 8 de marzo de 2002 (JUR 2002, 130994) y 18 de enero, 23 de marzo y 27 de junio de 2003, que la imposición al acusado, por el delito de tenencia ilícita de armas, de una pena de dos años y dos meses de prisión, no debe llevar aneja, como accesoria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 55 CP, la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, sino, conforme determina el artículo 56 CP, la de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo, prevista para los supuestos en los que la pena principal sea inferior a diez años, que fue la impuesta por la sentencia apelada.

Si el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8200) , estimó que el hecho de imponer una pena de prisión con una extensión inferior al mínimo legalmente previsto al respecto suponía un error material y manifiesto que podía ser subsanado por medio de la aclaración establecida en los artículos 161 LECrim (LEG 1882, 16) y 267 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) , con mucho mayor motivo habrá de estimarse así en un caso, como el de autos, en el que se impone como accesoria una pena distinta de la que preceptivamente correspondía, y cuyo tenor, pues, deberá ser corregido en esta alzada, pues, como se declaró por el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9728) , advertido el error «iuris patente», la Sala no puede mantenerlo y darlo por reproducido, pues se lo veda el principio de legalidad. No puede ser óbice para ello la falta de invocación de las partes acusadoras, ni el principio prohibitivo de la «reformatio in peius», pues, como se mantuvo por el Tribunal Constitucional -SSTC 17/1989, de 30 de enero (RTC 1989, 17) , y 40/1990, de 12 de marzo (RTC 1990, 40) -, «la prohibición de la reforma peyorativa es una garantía de la no indefensión, incluida en el derecho protegido por el artículo 24.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , cuyo objeto es impedir que la situación jurídica establecida en una sentencia sea modificada en perjuicio del que recurre contra ella, a no ser que exista pretensión de signo contrario dirigida a obtener ese resultado peyorativo para el recurrente o este resultado venga legitimado en la aplicación de normas de orden público», cuya recta aplicación, según la STC 202/1988, de 21 de octubre (RTC 1988, 202) , «es siempre deber del Juez con independencia de que sea o no pedida por las partes». Fundamentalmente esta doctrina resulta aplicable a los casos en que no se trata propiamente de un pronunciamiento judicial en cuanto al fondo, en uso de la facultad jurisdiccional, sino más bien de una rectificación de un pronunciamiento que, sin margen posible de interpretación, y sin que ello comportase concesión de una petición expresamente pedida por la parte beneficiada por dicho error, ha de calificarse como incurso en un error material, como ocurre en el presente caso habida cuenta de que lo establecido en el artículo 55 CP no es una facultad concedida al sentenciador para la imposición o no de esa pena accesoria, sino, antes bien, la concreción de que con la pena de prisión «de hasta diez años» los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad

del delito, podrán imponer la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, es decir, que lo que se hace es fijar uno de los efectos o consecuencias que necesariamente ha de llevar consigo una pena de tal naturaleza. No hay, pues, reforma del fallo, sino rectificación de error en el mismo, como, por otra parte, lo demuestra el hecho de que en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia apelada, expresamente se dice que «la pena de inhabilitación absoluta está prevista como de obligatoria imposición, para delitos de la gravedad de los enjuiciados, en el artículo 55 del Código Penal».

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal, dicta el siguiente

FALLO

Que estimando como estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Isabel Delgado Garrido, en nombre y representación del condenado en la instancia D. Gaspar, contra la sentencia dictada, en fecha 8 de abril de 2003, por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, en causa seguida contra el referido acusado por delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas, debemos revocar y revocamos parcialmente la mencionada sentencia, absolviendo al acusado del delito de asesinato y condenándolo por el delito de homicidio, con la agravante de abuso de superioridad, a la pena de TRECE AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, manteniendo incólumes el resto de los pronunciamientos de la referida sentencia, aunque, corrigiendo de oficio el error material cometido en la misma, se pronuncia que la pena de dos años y dos meses de prisión impuesta por el delito de tenencia ilícita de armas, lleva consigo, como accesoria, la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, en lugar de la en aquélla fijada, y declarando de oficio las costas causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese esta Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, devuélvanse los Autos originales al Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la Sentencia recurrida, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente de la misma, en la audiencia pública del día de su fecha, presente yo la Secretaria; doy fe.

ARP 2003\683

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Granada, núm. 28/2003 (Sala de lo Civil y Penal, Sección Unica), de 12 septiembre

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 21/2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Pasquau Liaño.

ASESINATO: alevosía: inexistencia: agresión anunciada y previsible precedida de una persecución, teniendo la víctima posibilidades de evitarla: el acusado no se preocupó especialmente por encontrar la manera más segura y eficaz de conseguir la muerte: homicidio con la agravante de abuso de superioridad. PRINCIPIO ACUSATORIO: vulneración inexistente: acusado de actuar con alevosía, se reconoce por el Tribunal la agravante de abuso de superioridad.

El Tribunal del Jurado, constituido en el seno de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó Sentencia, de fecha 08-04-2003, por la que condenaba al acusado como autor de un delito de asesinato, a las penas de diecisiete años de prisión, e inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo y al pago de las costas causadas, incluyendo las generadas por la acusación particular, así como a que indemnizase a la esposa del fallecido en la cantidad de 100.000 euros, y a cada uno de los hijos menores del fallecido en 40.000 euros, manteniéndose la medida de alejamiento y prohibición acordada respecto al acusado. Contra la anterior Resolución el acusado interpuso recurso de apelación. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estima parcialmente el recurso interpuesto, y revoca la Sentencia, absolviendo al acusado del delito de asesinato y condenándolo por el delito de homicidio con abuso de superioridad, a la pena de trece años y nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y declarando de oficio las costas causadas en la apelación.

Texto:

En la ciudad de Granada, a doce de septiembre de dos mil tres.

Apelación penal 21/03.

Vistos en audiencia pública y en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por el Ilmo Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente rollo de apelación y autos originales de juicio penal seguidos ante el Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima -rollo núm. 6388/2001-, procedentes del Juzgado de Instrucción número Tres de Sanlúcar La Mayor -causa núm. 1/00-, por el delito de asesinato del que venía acusado Don Matías, con D.N.I. nº NUM000, nacido el día 29 de noviembre de 1956, natural y vecino de Pilas (Sevilla), hijo de Susana y Iñigo, casado, cuya solvencia o insolvencia no consta, en situación de libertad provisional, de la que estuvo privado en méritos de la presente causa desde el 10 de octubre de 2000 hasta el 4 de abril de 2002, y que fue representado por la Procuradora Doña Pilar

Cabello Sánchez en la instancia y por Doña María Luisa Sánchez Bonet en esta alzada, y defendido en ambas instancias por el Letrado Don Benito Saldaña Barragán.

Fueron parte, como acusación particular, Doña Amanda, y Doña Begoña, respectivamente representadas por los Procuradores Don José Ignacio Alés Siolí Cádiz y Don Francisco Franco Lama en la instancia y por Doña Isabel Pancorbo Soto en esta alzada y defendidas por los Letrados Doña Gloria María Sánchez Barragán y Don Ildelfonso Marañón Ayala en la instancia, y por la misma Doña Gloria María Sánchez Barragán y Doña María Angustias Fernández Mendoza, respectivamente, en esta alzada.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal y Ponente para sentencia Don MIGUEL PASQUAU LIAÑO, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Incoada por el Juzgado de Instrucción núm. Tres de los de Sanlúcar La Mayor por las normas de la Ley Orgánica 5/1995 (RCL 1995, 1515) la causa antes citada, previas las actuaciones correspondientes y como habían solicitado el Ministerio Fiscal y la acusación particular, se acordó la apertura del juicio oral, elevando el correspondiente testimonio a la Audiencia Provincial de Sevilla, que nombró como Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado al Itmo. Sr. Don Juan Romeo Laguna, por quien se señaló para la celebración del juicio oral, que, tras ser elegidos los miembros del Jurado, tuvo lugar en el día acordado, bajo su presidencia y la asistencia de aquéllos, del Ministerio Fiscal y de los acusados, practicándose las pruebas propuestas y admitidas, tras lo cual, el Fiscal y las partes formularon sus conclusiones definitivas del siguiente modo:

El Fiscal consideró en conclusiones definitivas que los hechos eran constitutivos de un delito de asesinato del art. 139.1 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , imputó su autoría al acusado y sin apreciar circunstancias modificativas de su responsabilidad, solicitó que se le impusiera las penas de quince años de prisión, inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, costas y que indemnizara a D^a. Amanda en 20 millones de pesetas y a cada uno de sus hijos en 10 millones de pesetas. En la comparecencia del artículo 68 de la Ley del Jurado mantuvo sus peticiones.

Las acusaciones particulares en el mismo trámite calificaron los hechos como el Ministerio Fiscal, si bien solicitaron que se impusiera al acusado la pena de veinte años de prisión, inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, y en concepto de responsabilidad civil solicitaron para D^a. Amanda en 25 millones de pesetas, y la misma para sus hijos, así como las costas.

En el mismo trámite el letrado de la defensa interesó una sentencia absolutoria para su defendido con declaración de las costas causadas de oficio. En la comparecencia del art. 68 de la Ley del Jurado solicitó que se impusiera la pena mínima y la indemnización que el Magistrado Presidente considerara ajustada a derecho.

SEGUNDO Formulado por el Magistrado Presidente el objeto del veredicto, con audiencia de las partes, se entregó el mismo al Jurado, previa la oportuna instrucción,

emitiéndose por aquél, después de la correspondiente deliberación, veredicto de culpabilidad, que fue leído en presencia de las partes.

TERCERO Con fecha 8 de abril de 2003 (JUR 2003, 159399) , el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente dictó sentencia en la que, acogiendo el veredicto del Jurado, se hizo el siguiente pronunciamiento sobre los hechos:

Sobre las 22,30 del día nueve de octubre del año 2000, Gonzalo fue perseguido por varios miembros de la familia compuesta por el acusado Matías, su mujer Erica, sus hijos José Ignacio, José Francisco y José Ángel por la calle Enrique Granados de Pilas, en la que viven el acusado y su familia así como la madre de Gonzalo, persecución que continuó por la calle Joaquín Turina, hasta que Gonzalo se introdujo en el callejón conocido por el puentecillo, paralelo a la calle Enrique Granados. En dicho callejón Gonzalo fue acorralado y rodeado por varios miembros de la familia de Matías, momento que éste aprovechó para asestar a Gonzalo, por la espalda y sin posibilidad de defenderse, una cuchillada o navajazo de una longitud de 4,8 centímetros y una anchura de 1,8 centímetros que penetró en el cuerpo de Gonzalo con una trayectoria ligeramente descendente (de arriba abajo) y oblicua de izquierda a derecha.

Esta herida afectó a la piel, paquete muscular, seccionando o rompiendo en su totalidad la onceava costilla izquierda en su zona próxima a la columna vertebral y la arteria intercostal de dicha costilla y el lóbulo inferior del pulmón izquierdo, herida que causó la muerte del herido por shock hipovolémico por hemorragia, mortal de necesidad, que causó la muerte de Gonzalo a las 00,45 horas del día siguiente a pesar de los esfuerzos que para salvar su vida se realizaron en el Ambulatorio de Pilas y en el Hospital «Virgen del Rocío» de Sevilla Capital.

El fallecido D. Gonzalo a la fecha de su fallecimiento estaba casado con D^a. Amanda y tenía dos hijos menores de edad, Fermín y Estíbaliz, nacidos respectivamente en los años 1996 y 1998.

CUARTO La expresada sentencia, tras los pertinentes fundamentos de Derecho, contenía fallo del siguiente tenor literal:

Condeno, en atención del veredicto del Jurado, al acusado D. Matías como autor responsable de un delito de asesinato, ya definido, a las penas de 17 años de prisión, e inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo y al pago de las costas causadas, incluyendo las generadas por la actuación procesal de la acusación particular.

En el orden civil el acusado indemnizará a la esposa del fallecido D^a. Amanda en 100.000 euros y a cada uno de los hijos menores del fallecido D. Gonzalo en 40.000 euros.

Abónese al acusado la prisión provisional que ha sufrido por la presente causa.

Se mantiene la medida de alejamiento y prohibición acordada respecto al acusado condenado en esta instancia y la obligación «apud acta» del mismo.

Destruyanse las navajas intervenidas.

QUINTO Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma recurso de apelación por el condenado sobre la base del apartado b) del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) . Las demás partes impugnaron el recurso.

SEXTO Elevadas las actuaciones a esta Sala y personados ante ella el acusado y el Ministerio Fiscal, se señaló para la vista de la apelación el día 9 de este mes de septiembre, designándose Ponente para sentencia a D. MIGUEL PASQUAU LIAÑO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La única cuestión suscitada en el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado, al amparo del apartado b) del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , se ciñe a la apreciación de si la conducta descrita en el relato de hechos probados (del que hay que partir, pues no ha sido impugnado por el recurrente) puede calificarse como incurso en el delito de asesinato, por concurrir la agravante de alevosía, o si por el contrario ha de calificarse como homicidio por no poder apreciarse en la misma los caracteres de dicha agravante, tal y como han sido perfilados por la jurisprudencia.

SEGUNDO La sentencia apelada aprecia la existencia de la alevosía al haberse declarado probado que la víctima fue apuñalada «por la espalda y sin posibilidad de defenderse», lo que denota la sorpresa e indefensión que caracterizan a la agresión alevosa. Pero ha de tenerse presente que la imposibilidad de defenderse a que alude el relato de hechos considerados probados va referida al momento puntual y exacto de la puñalada que resultó letal, sin excluir por tanto de plano que en una contemplación de la secuencia completa en que consistió la agresión -considerada en su conjunto y en particular desde el momento en que surgiera el ánimo homicida-, puedan apreciarse posibilidades de defensa para la víctima y riesgos para el agresor, lo que, sin desmerecer el «factum» del que inexorablemente debe partirse, podría conducir a descartar la alevosía.

TERCERO Como ya se razonara en sentencias de esta misma Sala de 5 de octubre de 2001 (JUR 2002, 47535) y 11 de abril de 2003, que enjuiciaron supuestos de indudables similitudes con el presente, una doctrina jurisprudencial relativamente reciente y bien matizada pone énfasis en que junto al elemento instrumental u objetivo («medios, modos o formas»), el concepto de alevosía contiene un elemento subjetivo o culpabilístico («que tiendan directa o especialmente a asegurarla») que debe también concurrir como condición para que tal circunstancia agravante pueda apreciarse. Con palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1998 (RJ 1998, 3771) , «no es suficiente, en consecuencia, ni que los medios, modos o formas de ejecución revelen inequívocamente, por su idoneidad para producir el resultado, el ánimo de lesionar o matar según los casos, ni que la ejecución se lleve a cabo en condiciones objetivas de seguridad para el agresor y de indefensión para la víctima. Es preciso que se busque deliberadamente una ejecución segura con determinados medios, modos o formas -que se "tienda" mediante ellos a una ejecución asegurada- y que, deliberadamente también, aquellos medios ejecutivos estén orientados a eliminar el riesgo que para el ofensor pudiera derivarse de una posible reacción defensiva del sujeto

pasivo de la acción». Con no menos claridad exige la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998 (RJ 1998, 5160) , para apreciar concurrente la circunstancia de alevosía en la modalidad de agresión súbita e inesperada, la existencia de «una búsqueda selectiva de una ocasión propicia para desencadenar su acción eliminando el factor de riesgo que pudiera derivarse de la posible e hipotética defensa que pudiera proceder del acometido», y ello porque, como se dice en la misma sentencia, «frente a una anterior corriente que objetivaba de manera exagerada la perspectiva comisiva, se ha impuesto la corriente que exige o requiere la específica elección o selección de los medios buscando de propósito la mayor facilidad en la ejecución del hecho, lo que engloba al elemento teleológico también exigido por las modernas tendencias jurisprudenciales». Con otras palabras, pero no en otra dirección, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7377) que «en las resoluciones más recientes, se exige que el delincuente haya elegido convenientemente los medios disponibles, representándose un "modus operandi" en el que quede totalmente suprimido cualquier eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido». En igual sentido se expresan las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 5317) , 16 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7814) , 16 de enero de 1998 (RJ 1998, 14) , 9 de junio de 1998.

Esta corriente jurisprudencial parece especialmente acorde con el fundamento del plus de penalidad que comporta la existencia de alevosía, bien como circunstancia agravante, bien como circunstancia cualificadora del delito de asesinato, que, como se dijo por esta Sala en Sentencia de 26 de diciembre de 1998, no es sino el «mayor reproche social» de conductas que buscan especial o directamente, de forma cobarde, asegurar de antemano una ejecución sin riesgos: parece lógico que un incremento de la penalidad tan sustantivo como es el paso del tipo delictivo del homicidio al de asesinato no puede hacerse depender de circunstancias objetivas no controlables ni «consideradas» por el autor del crimen al tiempo de concebir su conducta homicida, es decir, en el momento en el que surgió el «animus necandi».

No ignoramos la propia doctrina de esta Sala que, en sintonía con el Tribunal Supremo, tiene declarado en no pocas ocasiones que «para la existencia de la alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el medio más idóneo de ejecución, sino que es suficiente con que se aproveche, en cualquier momento y de un modo consciente, de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad y comodidad que ello supone» (véanse las Sentencias de este Tribunal Superior de Justicia de 19 de enero de 2001 [ARP 2001, 497] , 30 de enero de 1999 [ARP 1999, 2965] , 26 de diciembre de 1998, 25 de octubre de 2002 [JUR 2003, 35781] , entre otras, y las del Tribunal Supremo que en ellas se citan). Pero si se analizan con detalle los supuestos fácticos que fueron enjuiciados en tales sentencias, se advertirá que se trataba de casos en que, si bien el autor no buscó deliberadamente la situación de indefensión de la víctima, la decisión de matar surgió «a la vista» de determinadas circunstancias que impedían a la víctima toda posibilidad de defensa. Lo que no es, en absoluto, contradictorio con la doctrina antes señalada, que destacaba la importancia del elemento subjetivo y teleológico pues, en efecto, lo decisivo es que cuando el autor toma la decisión de realizar la agresión de que se trate, se represente un «modus operandi», buscado de propósito o casualmente favorecido por circunstancias que «decide aprovechar», que asegure la acción criminal minimizando las posibilidades de defensa.

Muy claramente se pone de manifiesto la importancia de esa «contemplación» de la situación de indefensión de la víctima en el momento en que surge la intención de matar (o agredir) en los supuestos que han venido a denominarse «alevosía sobrevenida», y que pormenorizadamente fueron analizados por la Sentencia de esta Sala de 21 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7498) : conforme entonces se dijo, recogiendo doctrina jurisprudencial bien matizada, en los casos en que al inicio de la conducta delictiva no existe objetivamente una situación de indefensión de la víctima, surgiendo sobrevenidamente, sólo podrá estimarse la concurrencia de la agravante de alevosía si existen dos acciones diferentes, o, mejor aún, una «sucesión progresiva de dolos», en el sentido de surgimiento de una «nueva» decisión o propósito agresor a la vista de la situación sobrevenida; lo que no es sino corroboración de que, como dijo la ya añeja sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1956 (RJ 1956, 387) , «el concepto unitario de la alevosía mantenido por la doctrina de esta Sala se refiere al nacimiento del propósito homicida y al posterior desarrollo del hecho hasta la consumación»: es decir, que si cuando nace el propósito homicida el autor no ha «contemplado» (buscándolas intencionalmente o aprovechándose conscientemente de ellas) circunstancias que objetivamente supongan un aseguramiento de la agresión sin posibilidad de defensa por parte de la víctima, entonces no cabrá apreciar la existencia de tal agravante. En este mismo sentido se inscribe la sentencia de 24 de enero de 1983 (RJ 1983, 43) , cuando dice que para que pueda ser apreciada la alevosía es preciso que exista «desde el principio de la acción criminal», «que es cuando ha de valorarse si existe perversidad en la intención y la traicionera cobardía en el obrar, que es lo que informa la naturaleza de la alevosía».

CUARTO En el presente supuesto, y conforme a lo que resulta de la relación de hechos probados, la agresión no fue instantánea, sino que vino precedida de una secuencia de hechos (en concreto se alude a una «persecución» por varias calles); de ahí que, conforme a la doctrina que acaba de exponerse, lo determinante a efectos de apreciar la existencia de alevosía no es si en el último momento, en el que se produjo el navajazo o cuchillada, la víctima se hallaba indefensa, sino si esa indefensión existió desde el principio, es decir, desde que se inició la secuencia que tendencialmente y sin soluciones de continuidad habría de acabar con la agresión proyectada. Lo decisivo, en definitiva, es determinar si al inicio de esa persecución la víctima tenía o no posibilidad real de desviar el curso de los acontecimientos que habían proyectado los agresores.

Sobre tan importante extremo la relación de hechos probados guarda, sin embargo, silencio, pues no se incluyó referencia alguna en el objeto del veredicto sobre el que el Jurado había de pronunciarse. De ahí que, puesto que el recurso se ha formulado exclusivamente sobre la base del apartado b) del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , que en principio impide no sólo la alteración de los hechos que positivamente fueron considerados probados por el Tribunal del Jurado, sino incluso su complemento con datos extraídos del acta del juicio oral directamente por esta Sala, la cuestión habría de centrarse, de no ser por la circunstancia a la que inmediatamente se va a hacer referencia, en dilucidar si ese «silencio» del relato fáctico sobre las circunstancias que concurrían en la víctima y en los agresores al tiempo del inicio de esa persecución debe conducir, como quiere el recurrente, a la conclusión de que los hechos narrados son «insuficientes» para calificar la alevosía, o si por el contrario, al sí hacerse mención al desvalimiento de la víctima en el momento final de la agresión, resultan suficientes para apreciar esa alevosía.

Existe, sin embargo, un importante dato que no puede pasarse por alto y que nos permitirá enjuiciar la prosperabilidad de este recurso por otros derroteros: nos referimos a la circunstancia de que el propio Jurado, en su veredicto, y aunque fuera de lo que estrictamente puede considerarse relación de hechos considerados probados, incluye afirmaciones de hecho que explícita e inequívocamente completan dicho relato, aludiendo precisamente a circunstancias existentes en el momento en que se inició la persecución, y que resultan incompatibles con la alevosía que finalmente se aprecia. En efecto, en la motivación del veredicto, el Jurado menciona expresamente como elemento de convicción la declaración del hermano de la víctima, el testigo Gregorio (única prueba directa de cargo pues fue el único que dijo haber contemplado cómo se produjo la agresión), y que, según literalmente dice el Jurado, «declaró que nada más llegar él y su hermano vieron que estaba allí Matías, José Ignacio, José Francisco y Erica, armados, Matías con una navaja y los demás con palos. Que cuando vieron a toda esa familia enfrente, su hermano -es decir, la víctima- le dijo que corrieran, que tenían una navaja y echaron a correr».

Si se analiza, en efecto, el contenido de la declaración del testigo Gregorio, se comprueba que describe un conjunto de circunstancias completamente excluyentes, desde luego, de la alevosía según la doctrina antes expuesta: así, hace referencia a la existencia de unos enfrentamientos reiterados y recientes y un claro clima de tensión entre agresores y víctima, al referirse a que hicieron ese mismo día varias visitas a la casa de su madre con la conciencia de que podía «pasar algo»; afirma que cuando vieron al acusado y su familia advirtieron el ánimo agresor y pudieron ver la navaja «muy grande» que el acusado portaba en su mano, por lo que sintieron miedo y salieron corriendo; que tuvieron la oportunidad bien de resguardarse en casa de su madre -pudiendo así al menos ganar tiempo para utilizar otros medios de defensa- o bien de huir, que fue lo que hicieron, hasta el punto de que la víctima consiguió efectivamente escapar -expresamente dijo el mencionado testigo que a su hermano ya «no podían cogerle»-, por lo que sólo su regreso al lugar de los hechos, con inequívoca aceptación del riesgo de agresión, permitió el último enfrentamiento del que resultó la puñalada que acabó con su vida; y dijo también que el propio testigo pudo coger una piedra y lanzarla a los agresores, lo que también denota las escasas pero ciertas posibilidades de defensa de los agredidos. Todas estas circunstancias, en fin, revelarían que la muerte de la víctima fue el resultado de una agresión violenta claramente anunciada y previsible, que la víctima tuvo objetivamente posibilidades de evitarla, y que el agresor no se preocupó especialmente por encontrar la manera más segura y eficaz de conseguir esa muerte.

Es verdad que, como se ha dicho antes, esta Sala no puede tomar en consideración lo que aparezca en el acta del juicio oral para modificar o completar los hechos declarados probados, al haberse formulado el recurso únicamente por la vía del apartado b) del artículo 846 bis c); pero sí puede considerar las circunstancias que, aunque no mencionadas en el relato de hechos probados, sí fueron expresamente tenidas por ciertas por el Jurado en la motivación del veredicto, puesto que el veredicto, como unidad, forma parte a su vez de la unidad de la sentencia (de ahí que a la misma haya de unirse, como exige el artículo 70.3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado [RCL 1995, 1515] , el «acta del Jurado»), según ya tuvo ocasión de decir esta Sala en su Sentencia de 14 de enero de 2000 (ARP 2000, 425) , y reiterar en la de 12 de mayo del mismo año (JUR 2000, 310999) , conforme a la cual «el veredicto ha de estimarse como

parte integrante de la propia sentencia, o cuando menos, y como se tiene establecido por la doctrina científica, conformando una y otro una unión inescindible, por lo que, en consecuencia, nunca podrá prescindirse de la totalidad de lo mantenido en dicho veredicto». Y así, del mismo modo que, aunque excepcionalmente y sólo en beneficio del reo se ha admitido, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2000 [RJ 2000, 6229) , «la complementariedad del hecho probado con las afirmaciones fácticas deslizadas a lo largo de los fundamentos jurídicos de la sentencia», del mismo modo, decimos nosotros, ha de admitirse la posibilidad de completar, aunque nunca en perjuicio del reo, el relato de hechos probados con las afirmaciones fácticas deslizadas en la motivación del veredicto. Lo que no es admisible, naturalmente, es el planteamiento propuesto por las acusaciones pública y particulares en el acto de la vista ante esta Sala, que incurre en el vicio de respetar escrupulosamente el relato de hechos probados en lo que perjudica al acusado (en particular, de la falta de alusión expresa en la parte referida a hechos probados deducen que la navaja sólo apareció en el momento final de la agresión) y completarlo, sin embargo, con hechos que pudieran ser perjudiciales (que una vez decaída la primera agresión por huida de la víctima, volvió y fue sobrevenidamente objeto de una «emboscada»).

Quiere esta Sala insistir, para disipar confusiones, en que con su pronunciamiento no está en realidad procediendo a una valoración de las pruebas diferente a la realizada por el Tribunal del Jurado, sino que está censurando la noción jurídica de alevosía que ha sido utilizada en la sentencia apelada. No discute, pues, la Sala, que los agresores acorralasen a la víctima, ni que la puñalada se asestara por la espalda, ni tampoco que en ese momento se encontrase indefensa. Se está diciendo que tales hechos no conducen necesariamente a la calificación de la conducta del acusado como alevosa, por cuanto ésta debe valorarse jurídicamente desde el principio y globalmente, es decir, desde el momento en que surge el ánimo homicida; y así, respetando escrupulosamente tales hechos probados, pero completándolos con las circunstancias de hecho aludidas por el Jurado en la motivación del veredicto, se llega a la conclusión de que la calificación de los hechos como asesinato conculca la noción jurídica de alevosía, tal y como viene descrita en la doctrina jurisprudencial que hemos transcrito.

QUINTO Sí ha de estimarse como concurrente la agravante de abuso de superioridad, deducida del hecho de que desde el principio existió una desproporción de medios y fuerzas en favor del bando agresor que facilitó la consecución del resultado buscado, y que fue, ahora sí, buscada de propósito o al menos aprovechada conscientemente. Tal desproporción no tuvo la intensidad suficiente como para constituir alevosía (pues, como se ha dicho, no hubo propiamente indefensión de la víctima, sino sólo una «disminución notable» de sus posibilidades de defensa sin llegar a eliminarlas), pero sí permite la apreciación de esta «alevosía menor», como es denominada la agravante de abuso de superioridad.

Como reiteradamente ha recordado esta Sala en sentencias de 7 de noviembre de 1998, 30 de enero de 1999 (ARP 1999, 2965) , 19 de junio de 1999 (ARP 1999, 2538) , 12 de mayo de 2000 (JUR 2000, 310999) , 5 de octubre de 2001 (JUR 2002, 47535) y 11 de abril de 2003, «es doctrina uniforme del Tribunal Supremo que el principio acusatorio no impide la apreciación de la circunstancia de abuso de superioridad regulada en el artículo 22.2ª del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) a pesar de no haber sido pedido por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular,

cuando sí se hubiese pedido, sin estimarse, la apreciación de la circunstancia, más grave de alevosía, lo que se justifica en la homogeneidad del fundamento de ambas agravantes y la menor entidad del abuso de superioridad, que es considerada como una alevosía menor o de segundo grado (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1997 [RJ 1997, 5338] , 13 de abril de 1998 [RJ 1998, 3771] , 18 de junio de 1998 [RJ 1998, 5384] , 17 de noviembre de 2000 [RJ 2000, 9295] , 28 de diciembre de 2000 [RJ 2001, 257] , 19 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10776] , entre otras).

SEXTO La consecuencia de todo lo razonado es que ha de estimarse el recurso de apelación, absolviendo al recurrente del delito de asesinato, y condenándolo como autor de un delito de homicidio con la agravante de abuso de superioridad. Considerando lo dispuesto por el apartado tercero del artículo 66 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) en orden a la concreción de la pena, así como la circunstancia de la relación de parentesco colateral entre agresor y víctima, procede la imposición de la de trece años y nueve meses, que es la que se sitúa en medio de la mitad superior de la pena correspondiente al delito de homicidio.

SEPTIMO Al no apreciarse mala fe o temeridad en ninguna de las partes, han de declararse de oficio las costas causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación al caso, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal, dicta el siguiente

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado frente a la sentencia dictada con fecha 8 de abril de 2003 (JUR 2003, 159399) por el lltmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Audiencia Provincial de Sevilla, y cuyo fallo consta en el cuarto de los antecedentes de hecho de la presente, debemos revocar y revocamos parcialmente la mencionada sentencia, absolviendo al acusado del delito de asesinato y condenándolo por el delito de homicidio con abuso de superioridad a la pena de trece años y nueve meses, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, manteniendo incólumes el resto de los pronunciamientos de la referida sentencia, y declarando de oficio las costas causadas en esta apelación.

Notifíquese la presente sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de esta Sala, a las partes, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma, y, una vez firme, devuélvase los autos originales al lltmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la sentencia apelada, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pudiera dictarse por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y el correspondiente oficio para ejecución y cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

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

JT 2002\373

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Baleares núm. 19/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 enero

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo núm. 87/2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Socias Fuster.

IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS: Actos jurídicos documentados: exenciones: transmisiones de terrenos a juntas de compensación y adjudicaciones de solares posteriores: alcance de la exención: aplicación únicamente a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas: aplicación al gravamen sobre actos jurídicos documentados que grava los documentos públicos en los que se materializa la segregación improcedente. **TRIBUTOS-GESTION:** Comprobación de valores: ITPyAJD: supuestos: anulación del inicial acuerdo de comprobación por falta de motivación: efectos: no extingue el derecho de la Administración para practicar una nueva comprobación de valores: obligación de practicarla durante el plazo de prescripción: procedencia.

El Tribunal Económico Administrativa Regional de las Islas Baleares dictó Resolución en fecha 30-11-1999 desestimatoria de la reclamación económico-administrativa interpuesta por la entidad mercantil «Nou Bellpuig, SL» contra expediente de comprobación de valores por liquidación de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. El TSJ de las Islas Baleares desestima el recurso contencioso-administrativo promovido por la recurrente contra la Resolución impugnada.

Texto:

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares los autos núm. 87/2000, dimanantes del recurso contencioso-administrativo seguido a instancias de Nou Bellpuig, SL, representado por el Procurador doña Sara T. A. N. y asistido del Letrado don R. Z. F.; y como Administración demandada la General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado; interviniendo como codemandada la Comunidad Autónoma de Illes Balears representada y asistida de Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Constituye el objeto del recurso la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional en Illes Balears, de fecha 30-11-1999, dictada en expte. núm. 989/1998, por medio de la cual se desestima la reclamación formulada contra la resolución de la Consellería de Economía i Hisenda del Govern Balear, de fecha 30-4-1998, que estima en parte un recurso de reposición contra el resultado del expediente de comprobación de valores núm. 909/1997, por liquidación del ITPyAJD derivada de escritura de segregación de fecha 6-7-1993, para aportar la parte segregada a la Junta de Compensación del Polígono IV del Sector de Illetes III.

La cuantía se fijó en indeterminada pero cuantificable en cantidad inferior a 25.000.000 de ptas.

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socias Fuster, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Interpuesto el recurso en el plazo prefijado en la Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741), se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo y anunciar su incoación mediante edictos publicados en el Boletín Oficial de esta Comunidad Autónoma.

SEGUNDO Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrarios al ordenamiento jurídico, los actos administrativos impugnados.

TERCERO Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

CUARTO No recibido el pleito a prueba y declarada concluida la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y Fallo, el día 3-1-2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Planteamiento de la Cuestión Litigiosa

Como antecedentes fácticos, merece recordar:

1º) Que en fecha 6-7-1993 se otorgó escritura pública en virtud de la cual, la entidad demandante Bellpuig, SA, procedió a segregar de una finca de su propiedad, una parcela de terreno de 5.000 m² para su aportación a la Junta de Compensación «Polígonos IV del sector Illetas y II, zonas 4 y 5 del sector Portals Nous», aclarando que por error no se había integrado en la escritura de constitución de la Junta de Compensación.

2º) Presentada autoliquidación al tipo 0,5% por el ITPyAJD en su modalidad de AJD, con un valor declarado de 5.000.000 de ptas. la Oficina Gestora instruyó expediente de comprobación de valores, fijando un valor comprobado de 23.470.000 ptas.

3º) Contra el mismo se interpone recurso de reposición al entenderse que la operación quedaba exenta del impuesto por efecto de lo previsto en el art. 48.I b) 7 del Texto Refundido del Impuesto (RDLeg 3050/1980, de 30 de diciembre [RCL 1981, 275 y 651; ApNDL 7268]) y, subsidiariamente, falta de motivación de la valoración.

4º) La Oficina Gestora, mediante acuerdo de 30-4-1998, estimó en parte el recurso de reposición. Concretamente entendió que la operación estaba sujeta y no exenta del

ITPyAJD, pero remitió nuevamente el expediente para efectuar valoración correctamente motivada.

5º) Interpuesta reclamación económico-administrativa, se insiste en la aplicación de la exención y subsidiariamente, la imposibilidad de nueva valoración.

6º) El TEAR desestimó la reclamación mediante el acuerdo aquí impugnado.

La recurrente fundamenta su demanda en los siguientes argumentos:

1º) Que la segregación documentada en la escritura pública de fecha 6-7-1993 está exenta del ITPyAJD, en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados, en aplicación de lo previsto en el art. 48.I b) 7 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto (RDLeg 3050/1980, de 30 de diciembre).

2º) Subsidiariamente, no cabe practicar nueva comprobación de valores, una vez anulada la ya practicada en su día.

3º) Subsidiariamente, prescripción de la actividad inspectora.

SEGUNDO Interpretación del art. 48.I b) 7 del texto Refundido de la Ley del ITPyAJD

Admitido que la segregación de fincas está sujeta al ITPyAJD por la modalidad de actos jurídicos documentados, por el concepto de documentos notariales ya que el art. 28 del Texto Refundido del Impuesto en relación con el art. 31 del mismo así lo prevé, la duda se concreta en si le es de aplicación la exención prevista en el repetido art. 48.I b) 7.

El indicado precepto, referido a la fecha en que se otorgó la escritura, contenía la siguiente redacción

Artículo 48

Los beneficios fiscales aplicables en cada caso a las tres modalidades de gravamen a que se refiere el art. 1 de la presente Ley serán los siguientes:

I)

B) Estarán exentas:

(...)

«7. Las transmisiones de terrenos que se realicen como consecuencia de la aportación inicial a las Juntas de Compensación por los propietarios del polígono y las adjudicaciones de solares que se efectúen a los propietarios citados, por las propias Juntas, en proporción a los terrenos incorporados.

Los mismos actos y contratos a que dé lugar la reparcelación en las condiciones señaladas en el párrafo anterior.

Esta exención estará condicionada al cumplimiento de todos los requisitos urbanísticos».

La discrepancia, de pura interpretación jurídica, radica en determinar si la segregación previa a la aportación de la porción segregada a la Junta de Compensación, queda comprendida con la exención o si, por el contrario se entiende que la exención afecta únicamente a la transmisión consistente a la aportación a la Junta de Compensación.

Si negar que la interpretación es dudosa y que ciertamente algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (STSJ Cataluña de 17-9-1995 [JT 1995, 1087] y de La Rioja de 23-7-1998 [JT 1998, 1048]) lo interpretan de modo que contemple las operaciones previas o preparatorias -como la segregación que nos ocupa-, no es menos cierto que también existen interpretaciones contrarias (STSJ Navarra de 4-2-2000 [JT 2000, 425] o de Madrid de fecha 26-1-1995 [JT 1995, 41]).

Entendemos que la duda debe resolverse a favor de la no concurrencia de la exención y ello por las siguientes razones:

1º) Porque el art. 24 de la LGT (RCL 1963, 2490; NDL 15243) (en su redacción entonces vigente) ya previene que «no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de ..las exenciones o bonificaciones», lo que equivale a una interpretación restrictiva o cuanto menos «estricta» que impide extender sus efectos a supuestos en los que, a pesar de que la lógica invite a entenderlos comprendidos en la exención, realmente no están mencionados en ella. Así pues, pese a que se diga que no se aplica la analogía, lo cierto es que las interpretaciones que extienden la exención del art. 48.I b) 7 a supuestos no directamente referidos a la transmisión de terrenos para su aportación a Juntas de Compensación, son interpretaciones analógicas o extensivas.

2º) Es cierto que la finalidad de la exención es el no hacer tributar aquellas operaciones jurídicos-registrales que se deriven directamente de la ejecución de un planeamiento urbanístico y que por tanto quedan exentas las operaciones de aportación de los terrenos a la Junta, la cesión obligatoria de terrenos a la Administración o la posterior adjudicación de los solares resultantes de la actuación, pero nada nos conduce a interpretar que las operaciones previas o preparatorias para la posterior aportación, queden exentas. Si lo que debe aportarse a la Junta de Compensación no es una íntegra finca, deberá efectuarse una segregación previa, pero la norma sólo limita la exención a la concreta operación de la aportación de la finca, con independencia de si ésta ya fuese una unidad registral o si fue preciso su segregación. Estas operaciones son anteriores a la actuación urbanística y por tanto no protegidas por la exención. En consecuencia, debe entenderse que la exención lo es exclusivamente -tal como previene la norma- para no hacer tributar aquellas operaciones de ejecución del planeamiento y ello comprende exclusivamente las operaciones de «intercambio» aportación de terrenos, las operaciones internas (agregación, segregación, agrupación) y la posterior adjudicación de los terrenos, pero no las anteriores. Se entiende que en estas actuaciones lo que se produce es una sustitución del objeto del derecho de propiedad a consecuencia del

procedimiento de ejecución urbanística, sin que se dé realmente una transmisión, pero la segregación previa de una finca es acto previo e independiente de la actuación urbanística de variación del objeto del derecho de propiedad.

3º) La referencia del art. 48.I b) 7 a las «transmisiones», excluye su aplicación a la ITPyAJD en su modalidad de actos jurídicos documentados. No entenderlo así, implica el uso del criterio analógico proscrito para las exenciones.

Controversia análoga es la que se plantea con respecto a la exención aplicable a los préstamos y resuelta en el sentido de que la relación de exenciones no son aplicables a las tres modalidades del impuesto, sino a la que proceda «en cada caso». Pues bien, en nuestro caso, sólo se mencionan las transmisiones.

Por todo ello, debe confirmarse el criterio del TEAR en cuanto al argumento principal [aplicación de la exención del art. 48.I b) 7 del Texto Refundido del Impuesto].

TERCERO Retroacción para práctica de nuevas comprobaciones de valores, debidamente motivada

Se invoca el argumento de la imposibilidad legal de realizar una nueva comprobación de valores, una vez anulada la anterior. Dicha doctrina se fundamenta en diversas sentencias del TSJ de Valencia en dicho sentido.

Si bien es cierto que el TS en su reciente sentencia de 10-3-2001 (RJ 2001, 5301) no pudo pronunciarse expresamente (por razones de inadmisibilidad del recurso) sobre las tesis de las sentencias del TSJ de Valencia que se recurrían en casación, no podemos sino tener en consideración que el mismo TS en sentencias de 8 (RJ 1996, 8464) y 29 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8476) en recursos de casación para unificación de doctrina, ya indicó que la falta de motivación suficiente es un defecto formal que a lo que da lugar es a la retroacción de actuaciones para que se motive suficientemente, con lo cual no se puede hablar de nulidad radical.

La posterior STS de 29-12-1998 (RJ 1999, 559) no puede ser más clara en este sentido:

Tercero.-El primer motivo del recurso de casación seguido contra la sentencia referida consiste en sostener que dicha sentencia infringe el artículo -48 de la Ley de Procedimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1992, 2512 y 2775; RCL 1993, 246) (sic), puesto que la sentencia recurrida desestimó el recurso interpuesto al entender -Fundamento Jurídico Tercero- «al amparo del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que le es de aplicación al caso la doctrina de la nulidad o anulabilidad, y por consiguiente no cabe extinguir el derecho a comprobar (...)», la tesis que mantiene el recurrente es que no se trata de una cuestión de nulidad o de anulabilidad, sino simplemente que como la Administración no probó el valor comprobado, se extinguió su derecho a tal comprobación.

La Sala no comparte en absoluto esta peregrina doctrina. Nos hallamos ante un acto administrativo de valoración de un inmueble llevada a cabo por un perito de la Administración que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121, apartado 2 de la

Ley General Tributaria (RCL 1963, 2490; NDL 15243), y de acuerdo con una doctrina jurisprudencial reiterada hasta la saciedad, debe ser motivada, expresando el modelo o criterios valorativos utilizados, y los datos precisos para que el interesado pueda discrepar si lo considera pertinente, de manera que si no se cumplen estos requisitos el interesado se halla indefenso, porque ante el vacío total de justificación no puede plantear una valoración contradictoria, de ahí que al amparo del artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (RCL 1958, 1258, 1469 y 1504; RCL 1959, 585; NDL 24708), tal acto administrativo es anulable por indefensión, que es exactamente lo que ha mantenido la sentencia recurrida en casación.

Ahora bien, la anulación de un acto administrativo no significa en absoluto que decaiga o se extinga el derecho de la Administración Tributaria a retrotraer actuaciones, y volver a actuar, pero ahora respetando las formas y garantías de los interesados.

En este sentido son aleccionadores los artículos 52 y 53 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo que disponen que «en el caso de nulidad de actuaciones, se dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites, cuyo contenido hubiera permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad, y también que la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan, preceptos que llevan claramente a la idea de que los actos administrativos de valoración, faltos de motivación, son anulables, pero la Administración no sólo está facultada para dictar uno nuevo en sustitución del anulado, debidamente motivado, sino que está obligada a ello, en defensa del interés público y de los derechos de su Hacienda».

Por ello, debe entenderse que el vicio de anulabilidad derivado de la falta de motivación permita perfectamente una retroacción que esta misma Sala ha acordado en numerosas sentencias en que se aprecia falta de motivación en la valoración.

CUARTO Prescripción

Entiende la recurrente que entre la fecha de 10.08.1993 en que finalizaba el período voluntario de la liquidación, y la fecha en que se practique la próxima comprobación -en sustitución de la anulada-, habrán transcurrido con exceso el plazo de los 5 años de prescripción (art. 64 LGT), ahora cuatro años.

No obstante, el mecanismo de la «retroacción» como consecuencia de la anulación de un acto y para su posterior formulación conforme a derecho, implica el restablecimiento de la situación al momento a que se acuerda la retroacción, sin que entretanto corra el plazo de la prescripción.

Pero es que además, la LGT previene [art. 66.1 b) en su redacción actual] que los plazos de prescripción se interrumpen «por la interposición de reclamaciones o recurso de cualquier clase», por lo que durante el transcurso de los recursos, reclamaciones económico-administrativas y recursos jurisdiccionales, no corre el plazo de prescripción. Por todo lo anterior, debe desestimarse el recurso.

QUINTO Costas procesales

No se aprecia ninguno de los motivos que, de conformidad con el art. 139 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741), obligue a hacer una expresa imposición de costas procesales, por lo que se estima adecuada su no imposición.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO Que desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo

SEGUNDO Que declaramos adecuados al ordenamiento jurídico los actos administrativos impugnados y, en consecuencia, los confirmamos.

TERCERO No se hace expresa declaración en cuanto a costas procesales.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Sociás Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

RJ 2001\2933

Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 20 abril 2001

Jurisdicción: Penal

Auto de Inadmisión núm. 804/2000-P.

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García.

RECURSO DE CASACION: Carencia manifiesta de fundamento: inadmisión.DERECHO DE DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO: vulneración inexistente: sometimiento voluntario a exploración radiológica sin la asistencia de abogado.TRAFICO DE DROGAS: Abandono voluntario de la actividad delictiva: requisitos; inexistencia: detenido en aeropuerto cuando transportaba droga en su cuerpo.CONFESAR LA INFRACCION A LAS AUTORIDADES: Por analogía: inapreciable: facilitar ciertos datos una vez detenido portando droga.

El TS declara no haber lugar a la admisión del recurso de casación interpuesto por Luis Felipe S. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª) en causa seguida contra el mismo por delito contra la salud pública de tráfico de drogas.

Texto:

En la Villa de Madrid, a veinte de abril de dos mil uno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Dictada Sentencia por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, en Autos núm. 2736/1999, por delito contra la salud pública, se interpuso Recurso de Casación por Luis Felipe S. mediante la presentación del correspondiente escrito por la Procuradora de los Tribunales señora T. R.

SEGUNDO En el trámite correspondiente a la substanciación del recurso el Ministerio Fiscal se opuso al mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Por la representación procesal del recurrente, condenado por sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona por un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias gravemente nocivas para la salud y en cuantía de notoria importancia de los artículos 368 y 369.3º del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de nueve años y un día de prisión, multa y accesorias, se formalizó recurso de casación en base a cuatro motivos: por vulneración del derecho de defensa y a la asistencia letrada, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, aplicación indebida de los artículos 368, 369.3º y 376 del CP e inaplicación indebida de los artículos 21.4º y 6º del CP.

El primero se ampara en el artículo 5.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375), por vulneración del derecho de defensa y a la asistencia letrada, con infracción de los artículos 17.3 y 24.2 de la CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), al no tener en consideración el Juzgador que el recurrente no fue asistido de letrado cuando se le practicó la radiografía que permitió descubrir en el interior de su cuerpo la existencia de las cápsulas que transportaba, ni fue informado previamente a dicho examen de sus derechos.

A) Del examen de las actuaciones resulta que el recurrente llegó al aeropuerto de El Prat de Llobregat procedente de un vuelo de Río de Janeiro, por la fuerza actuante se recabó autorización para ser sometido a un examen radiológico, accediendo a ello voluntariamente, detectándose a raíz del mismo la presencia de múltiples cuerpos extraños en el interior de su organismo, procediéndose a su detención como presunto autor de un delito contra la salud pública e instruido de sus derechos se procedió a trasladarlo a un centro sanitario donde evacuó 77 cuerpos extraños conteniendo en total 1.032,139 gramos de cocaína.

B) Esta Sala en Pleno no jurisdiccional de 5 de febrero de 1999, declaró que para la práctica de una prueba radiológica, verificada voluntariamente, no se precisa la presencia de Letrado, si el presunto acusado no se halla en la situación de detenido, criterio mantenido en Sentencias, entre otras, de fecha 6 de julio de 1999 (RJ 1999, 6201), 24 de enero de 2000 (RJ 2000, 209).

C) No procede, pues, acoger la tesis del recurrente, ya que no se ha acreditado la ausencia de consentimiento por parte de aquél para la práctica de la prueba radiológica a que fue sometido, sino al contrario, ha quedado probado que aquél voluntariamente accedió a la realización de dicha prueba, pues del resto de la prueba practicada se deduce que prestó su consentimiento a la invitación que se le hizo para someterse a tal

prueba radiológica, lo que desvirtúa esa pretendida nulidad. Además, cuando tal se realizó no tenía la condición de detenido por lo que la asistencia letrada que se reclama «a posteriori» no era necesaria de modo alguno, siendo inatendible el que por la simple alegación de haberse conculcado unas determinadas garantías, sin pruebas evidentes de ello, se llegue a la impunidad de hechos tan graves y dañinos para la sociedad como son los de tráfico de drogas, sobre todo, como ocurre en el presente caso, de delitos que por sus características tienen la cualidad de flagrantes (STS de 9 de febrero del 2000 [RJ 2000, 425]).

Por lo que no existiendo la infracción denunciada, el motivo, ausente manifiestamente de fundamento incurre en la causa de inadmisión del artículo 885.1º de la LECrim.

SEGUNDO El segundo motivo se basa en el artículo 5.4 de la LOPJ, por infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2º de la CE, al considerar que son nulas las pruebas practicadas, por lo que no ha quedado acreditado la perpetración del delito por el que resultó condenado.

A) La Jurisprudencia de esta Sala II tiene declarado reiteradamente que el ámbito del conocimiento de la Sala de casación en relación al derecho a la presunción de inocencia, se centra exclusivamente en la constatación de prueba de cargo, esto es, en los aspectos fácticos relativos al delito imputado y a la participación en ellos del acusado, quedando extramuros de la casación la valoración que haya efectuado la Sala sentenciadora, valoración que en exclusiva sólo le corresponde a aquélla en virtud de la inmediación y contradicción que tuvo, como se recuerda en el art. 741 LECrim (STS de 10 mayo de 1999 [RJ 1999, 4970]). La presunción de inocencia sólo puede aceptarse cuando de lo actuado en la instancia se aprecie un verdadero vacío probatorio, bien por falta de pruebas, bien por haber sido obtenidas éstas de manera ilícita, debiendo decaer o quebrar cuando existan pruebas de cargo o simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatória (STS 25 mayo de 1999 [RJ 1999, 5254]).

Y la inferencia del destino al tráfico en este delito es un juicio de valor sobre el elemento subjetivo del injusto que como expresión del resultado de un proceso de valoración deductiva, opera sobre intenciones inferibles de datos objetivos probados y queda fuera del ámbito de protección de la presunción de inocencia (STS de 2 abril de 1998 [RJ 1998, 3764]).

B) El recurrente, a lo largo del proceso admitió haber transportado el estupefaciente en el interior de su cuerpo.

Los agentes intervinientes dieron cuenta en el acto del plenario de las diligencias practicadas así como las manifestaciones del acusado.

En el marco de la prueba documental se dio por reproducido el informe analítico de la sustancia intervenida y que resultó ser 1.032,139 gramos de cocaína con una riqueza base del 73,7%.

C) Acorde con la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, se confirma la existencia de prueba de cargo y suficiente para enervar el derecho a la presunción de

inocencia que asistía al recurrente, al constar, junto al dato objetivo de la intervención de la sustancia cuyo análisis pericial consta unido a las actuaciones; su reconocimiento de los hechos y las manifestaciones de los agentes intervinientes que de forma conteste describen el resultado de su intervención; teniendo declarado la constante Jurisprudencia de esta Sala II que las declaraciones de los agentes de policía prestadas con las garantías propias de la contradicción, intermediación y publicidad, es prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiendo su valoración -en contraste con las demás pruebas- al Tribunal de instancia (STS 2 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10080]).

Y habiéndose practicado la prueba con estricta observancia de la legalidad vigente, el Tribunal formó su íntima convicción conforme a las normas de la lógica y máximas de experiencia, afirmando la realidad de los hechos, y la participación en los mismos del recurrente, mediante un razonamiento que no cabe reputar de irracional ilógico o arbitrario.

En consecuencia, al afirmarse la existencia de prueba de cargo y suficiente, se hace incompatible con el mantenimiento de la presunción de inocencia por lo que el motivo articulado, carente, manifiestamente de fundamento, incurre en la causa de inadmisión del artículo 885.1º de la LECrim.

TERCERO El tercer motivo se funda en el artículo 849.1º de la LECrim y denuncia aplicación indebida del artículo 368, 369.3º y 376 del CP, al no haber tenido en consideración el Juzgador, «la actitud de franca y espontánea colaboración» del recurrente.

A) La Jurisprudencia de esta Sala II (STS de 16 de junio de 1999 [RJ 1999, 5647]) tiene afirmado que el art. 376 del CP, de nueva creación y aplicable únicamente a los delitos de tráfico de drogas comprendidos en los artículos 368 a 372, tiene como primera característica la de que su aplicación queda al libre arbitrio de Jueces y Tribunales en cuanto en él se emplea la palabra «podrán», sin perjuicio de que cuando lo acepten han de motivarlo debidamente en la sentencia. Aparte de ello, de su interpretación lógica se infiere que para desgravar en uno o dos grados la pena que corresponde al delito, se requieren tres requisitos o tipos de actividades que debe realizar el imputado y que tienen un carácter conjunto, es decir, es necesario que se produzcan todas ellas ya que la norma está redactada de forma copulativa y no disyuntiva cuando se emplea la conjunción «Y», y tales son: abandonar voluntariamente las actividades delictivas, presentarse a las autoridades confesando los hechos y colaborar activamente con éstas. Aunque, eso sí, las finalidades que pueden pretenderse con esa actitud colaboradora pueden ser diferentes y no es necesario que se conjuguen todas bastando sólo una de ellas, que se describen de este modo: impedir la producción del delito, obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

B) En el relato de hechos probados, del que necesariamente se ha de partir dada la vía casacional utilizada, no sólo está lejos de la filosofía que contiene el tan repetido artículo 376, sino que nada tiene que ver con él, pues el recurrente no abandonó

voluntariamente su actuar delictivo, sino que fue la intervención policial la que permitió descubrir que él mismo transportaba la droga intervenida.

Por lo que no respetando el relato de hechos probados, el motivo incurre en la causa de inadmisión del artículo 884.3º de la LECrim, y ante la ausencia manifiesta de fundamento en el artículo 885.1º del mismo texto.

CUARTO El cuarto motivo se ampara en el artículo 849.1º de la LECrim y denuncia inaplicación indebida de los artículos 21.4º y 6º del CP, al no haber apreciado la atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo en la conducta del acusado y que debió ser apreciada como cualificada «habida cuenta de la cooperación activa del acusado de manera inmediata desde el primer momento y antes de conocer que el procedimiento judicial se dirigía contra él».

A) Esta Sala II exige como circunstancia necesaria para apreciar la circunstancia a que se refiere el motivo el requisito cronológico de confesar antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, requisito que no se cumple en el caso, dado que las confesiones del recurrente afirmando que la sustancia estupefaciente se la había entregado un tal «Alexis» al que tenía que llamar a Brasil y que sería el encargado y hacerse cargo de la droga facilitando el número de teléfono móvil y unas características físicas del referido, se hicieron después de ser detenido por la Policía. De esta exigencia no cabe prescindir apreciando la atenuante como analógica, ya que ésta sólo cabe en presencia de circunstancias con análoga significación, es decir, en cuanto supongan menor antijuridicidad del hecho o menor culpabilidad del sujeto, de modo semejante a la atenuante nominada de que se trate, pero no es un expediente que sirva para crear atenuantes incompletas, y aún menos para su apreciación como muy cualificadas, haciendo irrelevante la concurrencia de un requisito exigido en la Ley para su valoración como atenuante (STS de 10 de marzo de 2000 [RJ 2000, 1464]).

B) Por tanto no concurren ni el elemento de temporaneidad anterior al conocimiento de iniciarse procedimiento penal en averiguación de los hechos, ni tampoco el contenido de lo declarado por el recurrente entraña una colaboración mínimamente relevante para atenuar su responsabilidad criminal, y mucho menos como muy cualificada.

Por lo que no respetando el relato de hechos probados donde no se contiene la existencia de ninguna razón de política criminal, ni de una menor culpabilidad que permita la apreciación de la atenuante que se postula, el motivo incurre en la causa de inadmisión del artículo 884.3º de la LECrim y ante la ausencia manifiesta de fundamento en el artículo 885.1º del mismo texto.

En su consecuencia procede adoptar la siguiente parte dispositiva:

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda:

No haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado por el recurrente, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir esta resolución.