



Roj: **STS 6714/1998 - ECLI:ES:TS:1998:6714**

Id Cendoj: **28079120011998102569**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/1998**

Nº de Recurso: **973/1997**

Nº de Resolución: **791/1998**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOSE ANTONIO MARAÑÓN CHAVARRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos, por la acusación particular en representación de Lucas y Frida , y por las representaciones de los procesados Héctor , Cesar , Pedro Antonio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, que condenó a dichos recurrentes por delitos de Asesinato por precio, provocación al asesinato, conspiración asesinato, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chavarri, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y como parte recurrida la procesada Concepción , representada por la Procuradora D^a Mercedes Espallargas Carbo, y dichos recurrentes representados respectivamente por los Procuradores Sres. D. Antonio de Palma Villalon (la Acusación Particular), D. Antonio Angel Sánchez Jauregui, D^a Irene Arnes Bueno, y D^a Esther Rodríguez Pérez (los procesados).

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Ibiza, instruyó Sumario con el número 1 de 1995, Rollo 72/95, contra Héctor , Cesar , Pedro Antonio y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca , cuya Sección Primera, con fecha cuatro de febrero de mil novecientos noventa y siete, dictó sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: 1. Este Tribunal expresamente declara probado que en Eivissa, a finales de 1.994, el procesado Héctor se propuso acabar con la vida de Inocencio , de profesión taxista -por aquellas fechas conductor del taxi de Eivissa con la licencia nº NUM000 -, a causa del malestar que le provocaba su relación sentimental con Angelina , con la que el procesado había convivido durante varios años, circunstancia que afectó profundamente a la estabilidad emocional de la hija de ambos Concepción .

Para llevar a cabo su propósito criminal el procesado contó con la ayuda de su hija Concepción , la cual, conociendo las intenciones de su padre, vigiló a Inocencio y realizó investigaciones sobre su vida personal y profesional. Asimismo, se concertó con los también procesados Cesar y Pedro Antonio , los cuales, tras varias entrevistas en las que planificaron la ejecución del crimen, aceptaron el encargo de dar muerte a Inocencio , a cambio de recibir la suma de trescientas mil pesetas. Antes había realizado la misma oferta a Juan María y a Jose Miguel , pero éstos rechazaron su proposición.

Para perpetrar el crimen, el procesado Héctor proporcionó a Pedro Antonio una pistola que éste no llegó a utilizar, puesto que el 15 de enero de 1.995 un agente de la Guardia Civil intervino el arma en su poder. Posteriormente, a finales de ese mismo mes de enero, el procesado Pedro Antonio , siguiendo las indicaciones de Héctor , y con la finalidad de cerciorarse de la identidad de Inocencio , frecuentó el bar Paquita, en el que solía encontrarse ayudando a Angelina a realizar las tareas propias del bar. En una de estas ocasiones



Concepción , siguiendo las instrucciones de su padre, se encontró con Pedro Antonio para indicarle la persona a la que debía matar.

El día 1 de febrero de 1.995, el procesado Héctor entregó una nueva pistola, junto con cincuenta cartuchos de munición, a Cesar , encargándole que hiciera llegar estos efectos a Pedro Antonio , no sin antes cerciorarse, en presencia de Cesar , del domicilio, disparó contra un bloque o taco de madera. Al día siguiente, 2 de febrero, el procesado Cesar cumplió este encargo, haciendo entrega a Pedro Antonio del arma y de la munición que debía utilizar para dar muerte a Inocencio .

La tarde del día 2 de febrero los procesados Cesar y Pedro Antonio se dirigieron, en el vehículo Dyane 6 propiedad de éste último, en el que previamente habían introducido un ciclomotor, al paraje conocido con el nombre de Cán Rota Vella, situado en el bosque de San Mateo. Tras ocultar una garrafa de gasolina y dejar la motocicleta, se trasladaron a la población de San Rafael, desde donde Pedro Antonio se dirigió a Eivissa para localizar a Inocencio en la parada de taxis de Figueretes.

Los procesados estaban informados de que Inocencio conducía el taxi licencia nº NUM000 . Sin embargo, pocos días antes había decidido abandonar temporalmente esta profesión al sentirse vigilado por Héctor , circunstancia que los procesados no llegaron a conocer. Figueretes donde esperó la llegada del taxi número NUM000 . Cuando observó que el vehículo se situaba en los primeros puestos, telefoneó a Cesar , que esperaba su llamada en el bar Sa Creu de San Rafael, y, conforme habían planeado, regresó al bosque de San Rafael para dejar el vehículo y recoger la motocicleta.

Mientras tanto Pedro Antonio tomó el taxi nº NUM000 , conducido desde hacía sólo algunos días por Lucas , indicándole que se dirigiera al bosque anteriormente citado. A lo largo del recorrido el procesado se percató de que el conductor no era Inocencio , a pesar de lo cual decidió continuar, dando muerte a Lucas con la intención de obtener la recompensa prometida. Así lo hizo, disparando a la cabeza del taxista. A continuación prendió fuego, con la gasolina que contenía la garrafa escondida en el lugar del delito al vehículo en el que se encontraba el cuerpo ya sin vida de Lucas , que quedó calcinado, resultando asimismo absolutamente destruido el autotaxi, propiedad de Bartolomé , cuyo valor venal es de un millón ciento cuarenta mil pesetas, dándose seguidamente a la fuga en el automóvil que le había dejado preparado Cesar .

Pocos días después de producirse la muerte de Lucas , Cesar vendió la pistola, que previamente le había devuelto Pedro Antonio , a Pedro , en cuyo poder fue finalmente hallada. Por su parte, Pedro Antonio acudió a una peluquería situada en la población de Santa Gertrudis para disimular unas quemaduras que presentaba su cabello.

2.- Esta relación de hechos que se han declarado probados resulta de la prueba practicada en el acto del juicio y, singularmente, de las manifestaciones realizadas por Cesar , que hacen prueba no sólo de la participación de su autor en los hechos incriminados, sino también de la participación en los mismos del resto de los procesados. Es bien sabido que la acusación de un coimputado constituye un medio de prueba válido, que puede ser considerado tanto para establecer su culpabilidad como la de cualquier otro inculpado. No obstante, su apreciación racional obliga a ponderar diversos factores, como son: la persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo y reiterada, sin ambigüedades ni contradicciones; la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de cualquier motivo inconfesable; y la verosimilitud, en cuanto que el contenido del testimonio ha de ser congruente con el resto de las pruebas obtenidas.

Pues bien, en el presente caso, las declaraciones incriminatorias realizadas por Cesar contra el resto de los procesados se han producido espontáneamente, han sido reiteradas en el tiempo y, en lo sustancial, se han mantenido de forma unívoca; las mismas no se encuentran inspiradas por el resentimiento o la venganza personal, ni por supuesto obedecen a cualquier otra finalidad espuria; y, sobre todo, su declaración incriminatoria es coherente con el resultado de otras pruebas que, directa o indirectamente, confirman sus manifestaciones. A partir de ellas, este Tribunal considera que es posible atribuir, más allá de cualquier duda razonable, a los procesados Héctor y Cesar haberse concertado para dar muerte a Inocencio ; y además al procesado Pedro Antonio haber dado muerte dolosamente a Lucas apartándose del plan inicialmente proyectado.

3.- Respecto del procesado Héctor constituye un primer elemento de convicción la existencia de un motivo que explica razonablemente su deseo de dar muerte a Inocencio . Este y su antigua compañera, Angelina Geraldo, mantenían relaciones íntimas desde hacía algunos meses y este hecho afectó profundamente a la estabilidad emocional de su hija Concepción , que tuvo que recibir tratamiento psicológico por esta causa. Las amenazas que el procesado Héctor profirió ante diferentes personas, al saber que Concepción y Angelina se encontraban unidos afectivamente -así resulta establecido a partir de los testimonios proporcionados por Angelina , Inocencio y otros familiares próximos a ellos-, confirman el estado de desasosiego que este hecho produjo en el ánimo del procesado Héctor y, por lo tanto, constituyen otro elemento fundamental en el proceso



de formación de la convicción judicial sobre su culpabilidad. Es más, tales amenazas fueron tan serias que firmó su deseo de vengarse y de llevar a cabo su propósito criminal, que Inocencio, por el temor que le infundió el comportamiento del procesado, decidió abandonar temporalmente su profesión de taxista.

La existencia de otras proposiciones, realizadas con la misma finalidad de dar muerte a Inocencio, constituyen un nuevo elemento de convicción sobre la culpabilidad de Héctor. Son varios los elementos de prueba que permiten declarar probado este hecho, pero de entre todos ellos destacan los testimonios proporcionados por Juan María y Jose Miguel. A este último el acusado le encomendó que vigilase a Inocencio y, después, que le diese muerte, oferta que, sin embargo, este terminó rechazando.

Tras esta negativa, Héctor contactó con Cesar y con Pedro Antonio, con los que mantuvo diversas entrevistas las semanas anteriores a la realización del hecho. Para este Tribunal, esto resulta trascendental para confirmar las declaraciones de Cesar incriminando a Héctor, pues si no existe duda sobre el hecho de que estas reuniones efectivamente se produjeron -los tres procesados han admitido que tuvieron lugar en varios momentos y en diversos lugares- es claro que su objeto no podía ser otro que concretar los detalles para desarrollar el plan delictivo instigado por Héctor. Ninguna otra cosa les unía, salvo la intención de dar muerte a Inocencio.

Por último, que se haya constatado que Héctor llegó a disponer del arma, la misma pistola, con la que Cesar afirma que Pedro Antonio dio muerte a Lucas, también es determinante para atribuirle la realización del hecho delictivo. Ha quedado acreditado que Héctor, a pesar de haberlo negado reiteradamente, tuvo en su domicilio diversas armas, no sólo por las declaraciones de su hija y del novio de ésta, sino también por el disparo que realizó, en presencia de Cesar, para verificar el correcto funcionamiento de la pistola. El hallazgo en su domicilio del taco de madera en el que se encontraba incrustado el proyectil disparado por la misma pistola que posteriormente, una vez perpetrado el crimen, Cesar entregó a Pedro, constituye, por tanto, otro hecho trascendental para confirmar la exactitud de las declaraciones realizadas por Cesar incriminando a Héctor en la muerte de Lucas.

En resumen, la existencia de una razón verosímil, que explica que surgiese en el ánimo de Héctor el deseo de dar muerte a Inocencio, las amenazas que él mismo profirió ante diferentes personas, la existencia de otras proposiciones anteriores que finalmente no llegaron a ser aceptadas, las diversas reuniones que mantuvieron los tres procesados durante las semanas anteriores a la perpetración del delito y, por último, la tenencia en su poder de la misma pistola con la que Cesar afirma que se dio muerte a Lucas constituyen, en opinión de este Tribunal, un entramado de indicios, tan consistente, que es suficiente para corroborar las manifestaciones inculpatorias realizadas por Cesar y, en consecuencia, para establecer, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del procesado Héctor.

4.- Por lo que se refiere a su hija, la procesada Concepción, ha quedado probado, a partir de sus propias declaraciones, que durante un tiempo, siguiendo las instrucciones de su progenitor, se interesó por la vida privada de Inocencio y se sirvió de Carlos Francisco para que le investigase. También se ha establecido que la procesada buscó una ocasión propicia para encontrarse con Pedro Antonio e indicarle quien era Inocencio. Así resulta de su propia declaración y de la realizada por Cesar que incorpora el testimonio de referencia de Héctor, el cual, tras conocer la muerte de Lucas, en lugar de Inocencio, expresa su perplejidad, teniendo en cuenta que su propia hija le había mostrado a la víctima.

Esto, sin embargo, no es suficiente para atribuir a la procesada un papel relevante en la preparación del delito, si no pudiera afirmarse que la procesada realizó estos actos conociendo el plan delictivo ideado e instigado por su progenitor. Pues bien, para este Tribunal existen indicios, basados en pruebas suficientes, que permiten inferir tal conocimiento y, en consecuencia, establecer su culpabilidad en el sentido de realización del hecho inculpativo.

En efecto, la procesada Concepción, al actuar en la forma expresada, era consciente de la intención criminal que presidía el comportamiento de su progenitor o, cuando menos, estaba en condiciones de sospecharlo fundadamente y, por lo tanto, de representarse seriamente que la finalidad de su actuación era la de atentar contra la vida de Inocencio, de tal modo que si no desistió y continuó prestando su colaboración, a pesar de que tal sospecha se le representaba como algo sumamente probable, es porque terminó aceptando el resultado que ella misma se había representado o, simplemente, porque prefirió desentenderse del mismo. Esta hipótesis, sometida a nuestra consideración por la acusación particular, se encuentra confirmada por los siguientes hechos, a los que este Tribunal reconoce una relevancia singular para establecer la culpabilidad de la procesada.

Ella misma, según reconoció en sus declaraciones sumariales, a cuya lectura se procedió en el acto del juicio, conoció los varios encuentros que se produjeron entre su padre y Jose Miguel, en los que éste le informaba del resultado de las investigaciones realizadas sobre Inocencio. En el contexto circunstancial en el que se



produjeron tales conversaciones el mismo Héctor llegó a confiarle que algún día alguien sacaría de la parte de taxis a Inocencio y le daría un susto. Concepción también estaba informada de que su padre conservaba ilegalmente en su poder una pistola, con la que obviamente, impulsado por el resentimiento y el deseo de venganza, era probable que pretendiera atentar contra la vida de Inocencio. Por ello, no es extraño que al recibir la noticia de la muerte de Lucas, conductor del taxi nº NUM000, hiciese ver a su prometido que se trataba del mismo coche que habitualmente conducía Inocencio y que el autor de la muerte podía haber cometido una equivocación.

Por todo ello, es por lo que este Tribunal considera que la procesada Concepción, cuando menos, se representó como algo sumamente probable que la intención que presidía la actuación de su progenitor, al pedirle que siguiese los pasos de Inocencio, no podía ser otra que la de darle muerte, en cuya ejecución ella misma colaboró realizando diversos actos preparatorios y, por lo tanto, que las informaciones que ella misma proporcionaba iban a ser utilizadas para perpetrar el crimen que su padre había proyectado.

5. Se atribuye al procesado Pedro Antonio la ejecución material de la muerte dolosa de Lucas, puesto que, al igual que sucede con el resto de los acusados, las declaraciones realizadas por Cesar son congruentes con el resultado de otros elementos de prueba que corroboran su alcance inequívocamente incriminatorio, al afirmar que fue este procesado quien, de acuerdo con el plan previamente trazado, se encargó de dar muerte al conductor del taxi nº NUM000, para lo que contó, precisamente, con el auxilio de Cesar.

Ya se ha señalado que constituye un elemento fundamental en el proceso de formación de la convicción judicial el hecho de que Héctor mantuviese, en las fechas anteriores, a la ejecución del crimen, diversas entrevistas con Cesar y con Pedro Antonio, en las que, precisamente, se concretaron los detalles del plan elaborado para dar muerte a Inocencio. Por otro lado, en esas mismas fechas Pedro Antonio fue detenido y hallada en su poder una pistola, que Cesar afirma le había proporcionado Héctor. También durante esos días, inmediatamente anteriores a la muerte de Lucas, este procesado frecuentó el establecimiento en el que solía encontrarse Inocencio, con la exclusiva finalidad de establecer contacto con su víctima.

Constituye un dato especialmente relevante que en la ejecución del delito se emplease el automóvil de Pedro Antonio, cuyas características ha sido capaz de describir el procesado Cesar. Asimismo constituye un hecho, que a este Tribunal no le pasa desapercibido, que la misma tarde en que se produjo la muerte de Lucas, este procesado se encontrase con Cesar, y finalmente llama poderosamente la atención que el vehículo y el cuerpo del taxista fueran incinerados, cuando el acusado, según el mismo ha reconocido, tenía la costumbre de transportar una garrafa de gasolina en su vehículo. No sólo esto, pues pocos días después de producirse la muerte de Lucas, el acusado acudió a una peluquería para disimular una quemadura, sobre cuyo origen no ha sido capaz de proporcionar una explicación convincente.

Pues bien, no es a un conjunto de casualidades, simplemente ligadas por el azar, a lo que ha de atribuirse que la misma persona a la que uno de los inculpados designa como el autor material de la muerte de Lucas, se haya visto implicada en este hecho con anterioridad a que llegase a producirse la muerte, al tiempo de ejecutarse, e incluso con posterioridad a ella. En efecto, el procesado se encuentra vinculado a los autores del homicidio con los que participó en diversas reuniones, en su poder se halló un arma, que no tenía licencia para poseer; pocos días antes de ejecutarse el hecho, y en las mismas fechas, frecuentaba el bar en el que solía permanecer la víctima elegida. Por otra parte, pocas horas antes de perpetrarse el crimen, se encontró, con la persona que admite haber preparado los detalles de su ejecución y, en fin, en los días posteriores a la muerte de Lucas, y a la incineración de su cuerpo y de su vehículo, eran visibles diversas quemaduras en su pelo y en su rostro.

Por todo ello, resulta evidente que, como sucede con el resto de los procesados, puede establecerse, con una seguridad rayana en la certeza, que Pedro Antonio participó en este hecho, llevando a cabo el crimen que Héctor había proyectado. La declaración del coimputado Cesar, corroborada por todos estos elementos de prueba es, a este respecto, concluyente. Frente a ello, carecen de fiabilidad los testimonios de descargo presentados por la defensa. A través de ellos se habría intentado demostrar que en el mismo momento en que tenía lugar la muerte de Lucas, el procesado se encontraba en un bar de San Miguel con un conocido suyo, que nada tiene que ver con este hecho criminal, o en el domicilio de su hermano, en el que estaba su cuñada.

En primer lugar, llama poderosamente la atención la circunstancia de que tales testimonios de descargo no se incorporasen a las actuaciones tan pronto se produjo la detención de Pedro Antonio; y además, que no haya sido el propio Pedro Antonio quien, en sus primeras declaraciones, hubiese aportado tales datos, esenciales para obtener la exculpación. Tan solo ante la posibilidad de que estas falsas declaraciones, proporcionadas por Francisco y por Patricia -ésta última unida sentimentalmente con el hermano del procesado-, se hayan realizado de buena fe y respondan a la lógica confusión de la fecha exacta en que estas personas realmente estuvieron con el procesado -sobre todo teniendo en cuenta la circunstancia de que sus declaraciones no se



produjeron seguidamente a la detención-, es por lo que este Tribunal ha decidido no mandar proceder contra sus autores por el delito de falso testimonio.

6. Respecto del procesado Cesar , este Tribunal le atribuye el hecho de haber participado en la preparación del delito con pleno conocimiento del propósito criminal que guiaba tanto sus acciones como las del resto de los procesados. Es cierto que en el acto del juicio este procesado ha intentado mitigar su propia responsabilidad, aduciendo que actuó sin representarse que su colaboración se encontraba dirigida a cooperar en la muerte de una persona. Sin embargo, no puede considerarse un motivo razonable de excusa que quien en todo momento prestó su colaboración en la preparación del delito, es decir, quien acudió a las diversas reuniones en las que se proyectó, quien recibió y mantuvo en su poder el arma homicida, y quien, finalmente, ayudó a su autor a preparar el escenario del crimen, pueda sostener, ahora en su descargo, que no llegó a representarse las consecuencias de sus acciones. Su contribución al hecho revela la intención criminal que orientaba su comportamiento y, si no desistió de continuar prestando su colaboración, fue simplemente porque aceptó el resultado proyectado.

7. La motivación del hecho exige, por último, detenerse en otras cuestiones relacionadas con las circunstancias en que se produjo la muerte de Lucas a manos de Pedro Antonio , al ejecutar el crimen, se apartó deliberadamente del plan inicialmente trazado, es decir, no erró en la persona, sino que en el curso de la ejecución del delito el procesado, aun percatándose de que el conductor del taxi nº NUM000 no era Inocencio , decidió continuar el plan inicialmente trazado, dando muerte a su conductor Lucas , con la intención de obtener la recompensa prometida. La declaración de este hecho como probado encuentra su fundamento en la misma declaración de Cesar y, además, resulta coherente con la forma en que se produjo la ejecución del delito. Ciertamente, resulta difícil admitir que Pedro Antonio confundiese a Lucas con Inocencio , después de haber realizado una preparación tan minuciosa, observando a la víctima durante varios días. Además, la diferencia de edad entre Lucas y Inocencio hace difícil suponer que tal error pudiera producirse.

También se ha establecido que Pedro Antonio utilizó el arma que le había proporcionado Cesar para dar muerte a Lucas . Aunque el examen del cadáver no ha permitido verificar que el acusado llegase a disparar contra su víctima - circunstancia únicamente imputable al acusado que incineró el cadáver para procurar su impunidad-, este hecho sí puede deducirse, razonablemente, de las declaraciones realizadas por Cesar , corroboradas a nuestro juicio, por el resultado de la inspección ocular. El resultado de esta diligencia de investigación puso de manifiesto que únicamente se encontraba fracturado el cristal del vehículo situado junto al conductor. Una vez descartado que tal fractura se produjera por la acción del fuego -los demás cristales se encontraban indemnes-, bien puede atribuirse, como sostuvo la acusación particular en el acto del juicio, al impacto de un proyectil. En cualquier caso, la significación de este hecho para la calificación es intrascendente, una vez se ha descartado cualquier posibilidad alternativa a la muerte homicida. Este hecho habrá de ser sancionado como delito de daños por aplicación del CP. vigente dado que penológicamente resulta más beneficioso.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: 1. Condenar a Pedro Antonio como autor de un delito de asesinato por precio - art. 406.2 CP 1973- concurriendo la circunstancia agravante de alevosía - art. 10.15 CP 1973- a la pena de veintiocho años de reclusión mayor e inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, e indemnización de veinte millones de pesetas, más intereses legales, a favor de Frida y Lucas ; como autor de un delito de daños - art. 263 CP 1995-, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de multa de un año a razón de una cuota diaria de quinientas pesetas y que indemnice a Bartolomé en la suma de un millón ciento cuarenta mil pesetas, más intereses legales; y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas - art. 254.1 CP-, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de dos años de prisión menor y suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de condena; así como se le condena al pago de 3/12 partes de las costas procesales causadas.

2. Condenar a Héctor por un delito de provocación al asesinato - arts 4 y 406.2 CP 1973-, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de veinte años de reclusión menor e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena al asesinato; y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas - art. 254.1 CP 1973-, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de dos años de prisión menor y suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de condena; así como se le condena al pago de 2/12 partes de las costas procesales causadas.

3. Condenar a Cesar como autor de un delito de conspiración para el asesinato - arts. 4 y 406.2 CP 1973-, concurriendo la circunstancia analógica de arrepentimiento espontáneo, a la pena de quince años de reclusión menor y suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de condena; y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas - art. 254.1 CP 1973-, concurriendo la circunstancia analógica de arrepentimiento espontáneo, a la pena de cuatro meses de arresto mayor y suspensión de cargo público y

derecho de sufragio durante el tiempo de condena; y absolverle del delito de incendio, hoy daños, por el que se le acusaba; así como se le condena al pago de 2/12 partes de las costas procesales causadas.

4. Absolver a la acusada Concepción de todos los delitos que le imputaba la acusación particular.

5. Mandar proceder por el delito de tenencia ilícita de armas contra Pedro , a cuyo efecto se deducirá testimonio particular bastante, y en especial de los folios 342 y siguientes, 373, y 504.

6. Declarar de oficio 5/12 partes de las costas procesales causadas.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley e infracción de preceptos constitucionales, por la Acusación Particular en representación de Lucas y Frida , y por los acusados Héctor , Cesar y Pedro Antonio , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Las representaciones, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Motivos aducidos por la representación de la Ac. particular (Lucas y Héctor).

PRIMERO.- Por el art. 5.4 de la LOPJ., denuncia vulneración del art. 24.1 de la CE. -Tutela judicial-

SEGUNDO.- Por el nº 1 del art. 849 de la LECrim., denuncia aplicación indebida del art. 4 del CP. en relación con el 406.2.

TERCERO.- Por el art. 851.1 incisos 2 y 3 de la LECrim.

Motivos aducidos por la representación de Pedro Antonio .

PRIMERO.- Por el art. 5.4 de la LOPJ. denuncia vulneración del art. 24.2 de la CE.- presunción de inocencia-

SEGUNDO.- Por el nº 1 del art. 849 de la LECrim., denuncia aplicación indebida del art. 406.2 de la circunstancia 1ª del art. 10 del CP. de 1973.

Motivos aducidos por la representación de Cesar

PRIMERO.- Por el art. 849.1 de la LECrim. denuncia indebida aplicación del art. 4 del CP. en relación con el 406.1.

SEGUNDO.- Por el nº 1 del art. 849 de la LECrim., denuncia indebida aplicación del art. 4 del CP. en relación con el 406.1.

TERCERO Y CUARTO.- Por el art. 5.4 de la LOPJ., denuncia vulneración de los arts. 24.2 y 25 de la CE.

QUINTO.- por igual vía , 849.1 de la LECrim., denuncia aplicación indebida del art. 254 del CP.

Motivos aducidos por la representación de Héctor .

PRIMERO.- Por el nº 1 del art. 850 de la LECrim., por inadmisión de una pericial.

SEGUNDO.- Por el nº 3 del art. 851 de la LECrim., denuncia incongruencia omisiva.

TERCERO.- por vía del art. 5.4 de la LOPJ., denuncia vulneración del art. 24.2 de la CE. -garantías procesales-

CUARTO.- Por igual vía constitucional -garantías procesales-

QUINTO.- por igual vía, vulneración del art. 24.2 de la CE.- presunción de inocencia-

SEXTO.- Por el nº 1 del art. 849 de la LECrim., aplicación indebida del art. 406.2 del CP.

SEPTIMO.- por igual vía, 849.1 de la LECrim., versión diferente del anterior, denuncia igualmente aplicación indebida del art. 406.2.

OCTAVO.- por igual vía, denuncia inaplicación del art. 60 del CP.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión por incurrir en la causa de los arts. 885.1, 884.3 de Clapés y Sala, 885.1, 884.6, 885.2 de Bufi, 884.6, 885.1 y 2 de Planells, 884.6, 885.1 y 2 de Roig de la Ley citada, impugnando subsidiariamente todos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la Vista prevenida el día veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho. Con asistencia de los Letrados recurrentesDª Rosa Mª de Hoyos en representación de la acusación particular, informando, mantiene el recurso del letrado D. Jorge Olivares por Pedro Antonio informando, mantuvo el recurso el Letrado D. JoséAntonio Ptrats Riera por Cesar informando, mantuvo el recurso el Letrado D. José Mª Canovas Delgado por Héctor , informando. El Secretario en el acto de la vista

da cuenta de la sustitución para este acto del Excmo. Sr. Conde Pumpido por el Excmo. Sr. Prego: ning alegación; y con asistencia de la Letrada recurrida D^a Ascensión Dominique Larrañaga, por Concepción , que impugno el recurso de la Acusación, informAndo, los Letrados Sres. D. José M^a Canovas Delgado y D. José Antonio Pireto Riera. El Ministerio Fiscal impugnó, informando.

Séptimo.- Se retrasó la redacción de la sentencia por haber tenido el Ponente que atender otras actuaciones preferentes.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: De los dieciocho motivos articulados en los cuatro recursos formulados contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, según lo dispuesto en los arts. 903 bis a) y 903 bis b) de la LECrim., procederá examinar en primer lugar el 1º de Héctor , basado en vicio: "in procedendo", y seguidamente el 3º de la Acusación Particular, basado en vicio "in judicando", y amparado en el nº 1º del art. 851 de la LECrim., y a continuación, el 2º de Héctor , basado también en vicio "in judicando", y concretamente en incongruencia omisiva y amparado en el nº 3º del art. 851 de la LECrim., y con posterioridad, se examinarán los restantes motivos por infracción de Ley o de precepto constitucional, de los cuatro recursos, por el orden en que aparecen interpuestos: primero, los del recurso de la Acusación Particular, seguidamente los de Pedro Antonio , a continuación, los de Héctor , y finalmente, los de Cesar .

SEGUNDO: El primer motivo de Héctor , al amparo del nº 1º del art. 850 de la LECrim., denuncia el quebrantamiento de forma del nº 1º del art. 850 de la LECrim. por denegación de prueba.

La prueba a que se refiere el motivo fue propuesta en el escrito de conclusiones provisionales de Héctor , como pericial caligráfica-grafológica, para que por dos peritos calígrafos, tras examinar la carta obrante el folio 156 (en realidad es al folio 159), supuestamente escrita por Jose Miguel , dictaminasen si el autor de la misiva padecía algún tipo de psicopatología específica, desde el punto de visto psicológico, incluso en el campo afectivo-emotivo, y si cabía inferir que en el momento de redactar la carta, estaba afectado por un estado de terror, y para que informasen sobre los rasgos de la personalidad del que redactó el documento.

En la carta, entre otros extremos, se afirma que Héctor , le había propuesto a Daniel asesinar al conductor del taxi NUM000 , y que Jose Miguel escribió la carta (que tenía fecha de 3 de febrero de 1995), a la vista de la desaparición ocurrida ese día, por miedo a lo que le pudiera pasar a él.

Por providencia del Tribunal enjuiciador de 17 de septiembre de 1996, se acordó requerir a la representación del acusado para que explicase la finalidad de la prueba, contestando la parte requerida que la prueba podría servir para valorar la credibilidad de lo afirmado en la carta del folio 156, y el Tribunal de Mallorca, por auto de 30 de septiembre de 1996, acordó la inadmisión de la prueba, por no haberse justificado la necesidad de la misma, habiéndose formulado la correspondiente protesta por la representación del acusado, tras la notificación de la resolución denegatoria.

La denegación injustificada de pruebas pertinentes y útiles propuestas por los litigantes integra vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal, reconocidos en el art. 24 de la CE., como son el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la tutela judicial efectiva, el de utilizar los medios de prueba pertinentes. La trascendencia constitucional de la denegación de pruebas ha sido reconocida por la jurisprudencia.

Tanto el Tribunal Constitucional (SS. de 10.4.85, 20.2.86, 30.1.91, 29.4.92 entre otras), como el Tribunal Supremo (SS. de 24.3.81, 25.10 y 12.12.85, 13.5.86, 26.2.87, 2.2, 7.3 y 16.5.88, 14.3, 7.6, 3 y 10 y 25.10.89, 11.3 y 15.4.91, 20.1, 24.6, 10.8.92, 12.2 y 13.4 y 2.6.93, 24.1 y 7.12.94, 21.3.95, 29.1.96 y 14.4 y 12.5.97 entre otras) ha estudiado los requisitos para que la denegación de pruebas pueda determinar la anulación de la sentencia, que son estas:

1º Las pruebas tendrán que haber sido pedidas en tiempo y forma.

En tiempo estarán pedidas si se solicitaron en el escrito de conclusiones provisionales (arts. 656, 790 y 791 de la LECrim.) y también en el momento de la iniciación del juicio en el Procedimiento Abreviado (art. 793.2 de la citada Ley), y en el curso del juicio oral si se dan los supuestos del art. 729 de la LECrim. Concretamente, en el nº 3º de dicho precepto se admite que pueden practicarse diligencias de prueba no propuestas en los escritos de calificación, que en el acto del juicio aporten las partes para acreditar alguna circunstancia que haya podido influir en el valor probatorio de un testigo.

En forma estarán pedidas las pruebas que se ajusten a las reglas procesales, exigiendo el art. 656 de la LECrim. los datos identificativos de testigos y peritos.



2º) Que se denieguen las pruebas por el Tribunal enjuiciador, ya en la resolución específica decisoria de la propuesta de prueba, que regula el art. 659 de la LECrim., ya en el comienzo de las sesiones del juicio, si se propusieran pruebas en tal momento procesal en el Procedimiento Abreviado, ya en el curso del juicio, si se pidió en tal momento la practica de prueba, al amparo del art. 729 o del 746 nº 3º de la LECrim.; siendo doctrina consolidada la que exige motivación de la denegación judicial de la prueba.

3º) Que se formule protesta por la parte proponente, lo que se establece en el pár. 4º del art. 659 de la Ley procesal penal; habiendo exigido esta Sala que se hagan constar las preguntas que fueran a formularse a los testigos.

4º) Que la prueba pedida y denegada resulte, desde la perspectiva del Tribunal casacional, útil, es decir, con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos con transcendencia jurídica penal; habiéndose de ponderarse la prueba de cargo producida en el juicio, para decidir la procedencia o improcedencia de aquélla cuya admisión se cuestiona; y

5º) Que la práctica de la prueba sea posible y no se hayan agotado las diligencias para conseguir su realización efectiva.

Partiendo de dicha doctrina, el motivo debe desestimarse por falta de utilidad de la prueba denegada: 1º Por el carácter tangencial del hecho que se trate de acreditar con los mismos -la veracidad y sinceridad de las expresiones contenidas en la carta fechada el 3 de febrero de 1995-, puesto que a dicho escrito no se hace mención en la narración histórica, y sólo se hace referencia a la misma en el Fundamento de Derecho Primero para defender la regularidad de la apertura de la carta por la Policía; 2º Porque las posibles conclusiones de los grafólogos acerca de si el escritor de la carta estaba o no perturbado anímicamente cuando la escribió por alguna emoción y concretamente por el terror, reforzaría la credibilidad en el contenido de la carta, de ser positivas aquéllas, pero no determinarían la pérdida de dicha credibilidad por el hecho de que las conclusiones fueron negativas, es decir si a través de la escritura de la misma no se trasluciese tensión emocional, ya que ello dependería del grado de control de sus emociones por el que escribió la carta; y 3º Por resultar innecesario el dictamen sobre la personalidad del escritor del documento, pedido en la pericial.

TERCERO: El tercer motivo del recurso de la Acusación Particular se articula por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 1º del art. 851 de la LECrim., incisos 2º y 3º, es decir, por contradicción en los hechos declarados probados y por el empleo de conceptos jurídicos predeterminadores del fallo.

En el desarrollo del motivo no se señalan ni tales contradicciones, ni tales conceptos predeterminadores, sino que el recurrente lo que impugna es la apreciación de la prueba hecha en la sentencia, en cuanto como resultado de la misma incorrectamente -a juicio del recurrente- se le atribuye a Pedro Antonio haber matado a Lucas , pese a haberse percatado durante el viaje en el taxi, que no era la persona a la que le había encargado matar Héctor , lo que determina que el Tribunal no haya estimado partícipes del delito de asesinato de Lucas , ni a Héctor , ni a Cesar , ni a Concepción .

Se hace en el motivo un análisis de las pruebas obrantes en autos -fundamentalmente, las declaraciones de Cesar - sobre el tema concreto del conocimiento por Pedro Antonio de la identidad de la persona contra la que disparó la noche del 2 al 3 de febrero de 1.995, y tal revisión de la prueba no cabe en casación, sino es por la vía documental, y desde luego no podrá hacerse por el cauce utilizado del nº 1º del art. 851 de la LECrim.; por lo que el motivo debe desestimarse.

CUARTO: El segundo motivo del recurso de casación de Héctor se articula al amparo del nº 3º del art. 851 de la LECrim., y por él se denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia impugnada por no haber dado respuesta adecuada a la cuestión propuesta por la defensa de Héctor en el escrito de conclusiones definitivas, referente a la anomalía procesal perpetrada, en la diligencia de inspección ocular practicada en el domicilio de Héctor el 14 de marzo de 1995, por no haberse descrito por la comisión judicial los troncos de madera intervenidos, infringiendo lo prevenido en el art. 334 de la LECrim.

Son antecedentes de hecho relacionados con el motivo los que a continuación se exponen: a) El 14 de marzo de 1995 se practicó una diligencia de inspección ocular en el domicilio de Héctor , autorizado por el Juez, con presencia del Secretario Judicial y del acusado, y en la diligencia se hace constar como único dato interesante la existencia en una despensa de dos troncos con impactos o marcas, causados según Héctor , por los disparos de un rifle de aire comprimido, o al trasladar algún objeto sobre los tacos; siendo recogidos los mismos por los funcionarios de policía asistentes a la diligencia, para un estudio posterior (folio 323 del sumario) b) A los folios 342 y 352, consta la intervención de la pistola FN Braum, calibre 6,35, con nº NUM001 , el 13 de marzo de 1995, en poder de Pedro ; c) A los folios 464 y 465 obran unidas fotografías de los troncos de madera intervenidos en la diligencia de inspección ocular; d) A los folios 614 y 618 del sumario, obra un informe pericial de 18 de abril de 1995 en que consta que de uno de los troncos es extraída una bala; e) Al folio



15 del Rollo, obra otra informe pericial fechado el 2 de agosto de 1995, según el cual la pistola FN Brodis disparó la bala hallada en el tronco recogida en el domicilio de Héctor ; y f) Cesar en sus declaraciones afirmó que la pistola intervenida a Pedro fue la utilizada en el asesinato de Lucas , y había sido entregada para tal fin por Héctor a Cesar , disparando con la misma el primero contra uno de los troncos que tenía en su casa.

De tales antecedentes se infiere que la cuestión planteada y no resuelta -irregularidad de la diligencia de inspección ocular, por falta de descripción de los troncos intervenidos- se estima por el recurrente que incidía, en la prueba de balística de 2 de agosto de 1995, determinando su invalidez e ineficacia.

La jurisprudencia (SS. de 10.11, 7.12.89, 20 y 29.1, 21.3, 25.4, 8.6, 26.10, 14.11, 4.12.92, 17.3, 20.4, 11.6.93, 21.3, 28.3.94, 31.5, 25.10, 5.11.95 entre otras), exige para que concurra incongruencia omisiva los siguientes requisitos: a) el planteamiento en forma por las partes (generalmente en los escritos de conclusiones) de una cuestión de derecho que tenga influencia en el contenido del fallo; b) la falta de pronunciamiento motivado sobre la misma; y c) que no haya podido subsanarse la omisión de pronunciamiento en la misma casación, al resolverse el motivo en que se plantea o en otros.

La jurisprudencia del TS (SS. 121/93 de 20.1, 1134/96 de 4.2, 2081/94 de 29.11, 323/95, 304/96 de 8.4 y 89/97 de 20.1) y del TC. (SS. 4/94, 16/94 y 195/95 de 9.12), ha admitido que no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial razonablemente puede interpretarse como una desestimación implícita.

Con arreglo a esta doctrina, el motivo segundo del recurso de Héctor debe desestimarse, básicamente porque la cuestión de derecho planteado -incumplimiento del art. 334 de la LECrim.- por no haberse descrito los troncos intervenidos en la diligencia de inspección ocular del folio 323 de la LECrim. no tiene influencia en el fallo porque la posible irregularidad denunciada no afectaba a los informes periciales de 18 de abril y 26 de agosto de 1995, de los que se concluye que la pistola utilizada para matar a Lucas disparó un proyectil hallado en el tronco de la casa de Héctor , y porque, aunque desvirtuase tales pericias, no dejaría sin efecto las conclusiones fácticas de la sentencia referente a que Pedro Antonio disparó con la pistola contra Lucas , y a que el arma fue entregada previamente por Héctor a Cesar y por Cesar a Pedro Antonio , ya que el Tribunal enjuiciador contó con otros datos probatorios, distintos a los del hallazgo del proyectil en el tronco de la casa de Héctor , en que apoyar los mencionados extremos fácticos.

Debe también tenerse en cuenta para el rechazo del motivo, que el Tribunal enjuiciador abordó en el Fundamento de Derecho Primero cuestiones derivadas de la inspección ocular de 14 de marzo de 1995, obrante al folio 323 de las Diligencias Previas, como fue la relativa a la destrucción de los troncos intervenidos en tal diligencia sin previa audiencia de las partes, argumentándose en la sentencia impugnada que los tacos de madera eran irrelevantes, por no ser objeto de la pericia los mismos, sino la bala hallada en uno de ellos. Al comienzo del párrafo segundo del Fundamento Primero, se afirma que "las circunstancias en que se produjo el reconocimiento pericial encaminado a extraer el proyectil incrustado en el taco de madera encontrado en el domicilio del procesado, no vulnera los derechos consagrados en el art. 24.2 de la CE.". Puede entenderse que los razonamientos expuestos contenidos en la sentencia impugnada implicaban una desestimación tácita de la cuestión planteada referente a la vulneración del art. 334 de la LECrim., y a la nulidad de la diligencia de inspección ocular.

En todo caso, podrá subsanarse la falta de respuesta del Tribunal enjuiciador sobre la nulidad de la diligencia sumarial, al abordarse el motivo quinto del recurso de Héctor , en que se plantea la presunción de inocencia, y que permitirá entrar en el examen de las pruebas ponderadas en la sentencia impugnada.

QUINTO: Entrando en los motivos por infracción de Ley y de precepto constitucional de los distintos recursos planteados, y empezando por el interpuesto por Lucas y Frida , en el primer motivo de este recurso, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24, ap. 1 de la CE.

En el desarrollo del motivo se concreta la lesión de la tutela judicial efectiva, en la falta de condena a Héctor y a Cesar a abonar las indemnizaciones derivadas del delito por ellos cometido, pese a argumentarse en el Fundamento Noveno de la sentencia que los responsables criminalmente de un delito lo serán también civilmente; imponiéndose indebidamente en la sentencia la obligación de indemnizar los perjuicios causados a uno solo de los condenados, Pedro Antonio .

A juicio del recurrente, se lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva, por no haberse dado una respuesta fundada en derecho a la petición indemnizatoria a cargo de Héctor y de Cesar formulada por las acusaciones.

El motivo debe desestimarse, ya que, según se razona en el auto de aclaración del Tribunal de Palma de Mallorca de 12 de marzo de 1997, la inexistencia de responsabilidad civil de Héctor y de Cesar por la muerte de Lucas , se derivaba del hecho de que no se les estimó partícipes del delito de asesinato de tal persona,



y sí responsables por provocación y por conspiración de el proyectado asesinato de Inocencio , según argumentó en los Fundamentos cuatro y cinco de la sentencia. Lo razonado en tales Fundamentos sobre inexistencia de responsabilidad criminal de Héctor y de Cesar en el asesinato de Lucas , y en el Fundamento noveno en relación a que sólo los responsables criminalmente, responden civilmente, supone una explicación bastante a la no imposición a Héctor y a Cesar de la obligación de indemnizar a los padres del taxista fallecido.

SEXTO.- En el segundo motivo del recurso de la acusación particular, , al amparo del núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del art. 4 del Código Penal de 1973 a las acciones atribuidas a Héctor y Cesar , y que se estimase por tanto que las mismas integraban respectivamente provocación y conspiración para el delito de asesinato, y también en el motivo se impugna la absolución de Concepción , estimándose que debió de haber sido condenada como cómplice de un delito de asesinato consumado.

La censura de la tipificación penal de las conductas de Héctor , Cesar y Concepción no se basa en una impugnación de las conclusiones fácticas de la sentencia relativas a que Pedro Antonio disparó contra el conductor del taxi núm. NUM000 a sabiendas de que no era Inocencio , sino en la consideración de que, partiendo del "factum" de la sentencia y de que Pedro Antonio se desvió de lo convenido con Héctor y Cesar , no obstante debía reputarse a éstos dos coautores del asesinato de Lucas , y a Concepción cómplice del mismo delito: teniendo en cuenta que la causa motriz del crimen fue el dinero ofrecido por Héctor a Pedro Antonio y a Cesar para acabar con la vida del conductor del taxi núm. NUM000 , y a que la actuación de Héctor y Cesar no se limitó a meros actos preparatorios para llevar a cabo el asesinato de Inocencio , sino que realizaron todos los actos que les habían sido asignados.

El motivo debe desestimarse, ya que, en relación al asesinato de Lucas , no puede estimarse coautores a Héctor y a Cesar , ni cómplice a Concepción , ya que la participación delictiva exige un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento y aceptación del proyecto criminal, y en relación al acto homicida contra Lucas cometido por Pedro Antonio , faltó el conocimiento y la aceptación de tal acción por parte de Héctor , Cesar y Concepción . Hubiesen sido responsables estos tres como partícipes si Pedro Antonio hubiera matado a Lucas por error "in persona", confundiéndole con Inocencio , ya que en tal caso, el proyecto delictivo del ejecutor no habría cambiado, y los partícipes que lo asumieron debían responder de consecuencias distintas de las pactadas, originadas por error "in persona"

Estimó la Sala que no se infringió en la sentencia el artículo 4 del Código Penal de 1973, al reputar a Cesar coautor de un asesinato por precio en grado de conspiración por su actuación en relación a la proyectada muerte de Inocencio . Tampoco se vulneró el mismo precepto al considerar a Héctor como coautor del mismo asesinato en grado de provocación, conforme a lo razonado en el Fundamento 4 de la sentencia impugnada, y lo establecido en el Fallo, aunque en el Fundamento 3 de la misma se califica su comportamiento en la categoría jurídica de proposición.

La provocación , la proposición y la conspiración son formas de aparición del delito, situadas entre la mera preparación y los grados imperfectos de ejecución, que se caracterizan como resoluciones manifestadas. Son figuras que se solapan, por lo que cabe que la intervención de una persona en el proyecto delictivo merezca tanto encajarse en la conspiración, como en la provocación.

La conspiración se caracteriza por la concurrencia del "pactum scaeleris" y por la resolución firme o decisión seria de ejecución (SS. de 11 de marzo de 1948, 9 de abril 1965 y 17 de abril. 86) La jurisprudencia ha estimado que no pueden ser sujetos de conspiración quienes no reúnan las condiciones para ser autores (S. 1547/93, de 25 de abril).

Son elementos definidores de la provocación, según señala la Sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 1984: a) La iniciativa para la ejecución de uno o varios hechos delictivos, no bastando con una estimulación vaga y generalizada; b) Percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes; c) Que la incitación tenga virtualidad suasoria y de convencimiento.

Pues bien, la actuación de Cesar en relación al proyecto de matar a Inocencio , es subsumible en la figura de conspiración para cometer un delito de asesinato, ya que se concertó con Héctor y con Pedro Antonio para llevar a efecto la muerte, y los tres decidieron seriamente su ejecución, y Cesar asumió unas tareas - entrega de la pistola a Pedro Antonio , traslado del Citroën Diane de este último a las proximidades del lugar elegido para dar muerte a Inocencio propias de un cooperador necesario, y además medió el precio cualificativo del asesinato, según el núm. 2 del artículo 406 del Código Penal.

El comportamiento descrito en la sentencia de Héctor sería subsumible en la figura de conspiración, por darse en su actuación las notas de tal forma de aparición del delito de que antes se ha hecho mención, y es encajable también en la provocación para el delito de asesinato, puesto que ejerció una incitación reiterando a

Cesar y Pedro Antonio para que llevaran a cabo el homicidio de Inocencio -como antes lo había ejercido con otras personas, y tales presiones, acompañadas con promesas de recompensa económica, tuvieron virtualidad respecto a Cesar y Pedro Antonio .

SEPTIMO.- El primer motivo del recurso de casación de Pedro Antonio , al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Se estima en el recurso que la prueba básica de las imputaciones contra Pedro Antonio , consistente en las declaraciones de Cesar , es insuficiente, dadas las contradicciones apreciadas en lo manifestado por el inculcado en distintos momentos procesales respecto a varios puntos importantes, habida cuenta de que obró por el interés de obtener con su confesión un trato penal atenuado, y porque existen contradicciones entre tales declaraciones y otras pruebas practicadas en el proceso que desvirtúan el valor justificativo de las afirmaciones de Cesar .

También se critica en el motivo los elementos probatorios corroboradores de las imputaciones de Cesar contra Pedro Antonio expuestos en el apartado 5 de la sentencia, relacionados con las conclusiones fácticas.

El derecho fundamental citado como infringido, reconocido en los más caracterizados Tratados Internacionales, como la Convención de Derechos del Hombre de 1948, el Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1950 (art. 6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966 (art. 14) y objeto de una detallada elaboración por la Doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 3/81, 107/83, 17/84, 174/85, 229/88, 138/92, 303/93, 182/94, 86/95, 34/96 y 157/96) y de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (SS. de 31.marzo y 19 julio de 1988, 19 de enero y 30 de junio de 1989, 14 de septiembre 1990, 15 noviembre y 4 de marzo de 1995, 20 de enero de 1992, 5 de enero de 1993, 30 de septiembre de 1994, 10 de marzo de 1993 y 203, 727, 754, 821 y 882 de 1996) significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desarrollada o contrastada y ratificada en el juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.- .

Comprobada por el Tribunal de casación la existencia de un mínimo de actividad probatoria, lo que no entra dentro de sus funciones, en un reexamen o nueva valoración de la prueba tenida en cuenta por el Tribunal enjuiciador, por corresponder tal ponderación a éste, según lo dispuesto en el art. 741 de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Tribunal Constitucional (Autos 479/86, de 4 de junio, 293/87 de 11 de marzo, 343/87, de 18 de marzo, y S. 137/88 de 7 de julio y 5/96, de 23 de febrero) y esta Sala (SS. 12 de mayo y 17 de junio de 1986, 29 de octubre de 1990, 28 de mayo de 1991, 20 de febrero y 11 de septiembre de 1992, 25 de marzo 1994, 8 y 14 de febrero de 1995, 20 de febrero de 1996, 23 de junio y 7 de noviembre de 1997) han concedido al testimonio del coimputado valor de prueba con aptitud desvirtuadora de la presunción de inocencia, debiéndose de ponderar por el tribunal enjuiciador la credibilidad de tales declaraciones, teniendo en cuenta su persistencia en las distintas manifestaciones del inculcado sin modificaciones sustanciales, y la concurrencia de móviles de auto-exculpación o de sentimientos de odio o enemistad, así como la verosimilitud objetiva de lo declarado.

De todas formas, las contradicciones, modificaciones, retractaciones o correcciones sobre la implicación de los acusados en los hechos que se enjuician, apreciadas entre las afirmaciones del sumario y las emitidas en el juicio oral, pasan a ser un tema de ponderación probatoria , pudiendo el Tribunal sentenciador llevar a cabo una confrontación entre unas y otras y formar un juicio en conciencia sobre su respectiva veracidad, según el criterio del Tribunal Constitucional, en S. 137/89, y de esta Sala en SS. de 22 de enero y 19 de marzo de 1990.

Partiendo de la doctrina expuesta, el motivo debe desestimarse, ya que las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal de Palma de Mallorca para apoyar sus imputaciones delictivas contra Pedro Antonio -básicamente las declaraciones del inculcado Cesar - constituían elementos probatorios bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba a Pedro Antonio .

Las contradicciones puestas de relieve por el recurrente sobre algunos puntos no son relevantes. No es cierto que en el juicio oral, Cesar hubiese negado que se reunieron previamente él, Héctor y Pedro Antonio , para la preparación del asesinato, ya que en tal momento procesal declaró que se habló del proyecto criminal en el bar de San Miguel, estando los tres, y que no recordaba bien que lo hicieran en casa de Pedro Antonio . En cuanto a las diferencias de cifra dadas por el coimputado Cesar sobre las cantidades dinerarias entregadas por Héctor son intrascendentes y explicables para el transcurso del tiempo e igualmente carece de importancia la contradicción sobre la garrafa de gasolina, al manifestar Cesar en el juicio oral que no la había visto, mientras que en las declaraciones anteriores dio datos sobre la misma. En todo caso, el Tribunal enjuiciador si bien dio por probadas las entrevistas de Héctor , Cesar y Pedro Antonio para tratar del proyecto criminal, no se pronunció sobre las cantidades entregadas por el primero a los otros dos -solo afirmó que prometió 300.000

ptas. por la muerte de Inocencio - y respecto a la garrafa de gasolina, de por probado que la misma escondida en el primer viaje al lugar elegido para el delito, deduciéndose del relato fáctico que la ocultación la haría Pedro Antonio , que más tarde iba a utilizar la garrafa para el incendio del taxi nº NUM000 .

No resulta de las actuaciones que concurren en Cesar móviles espúreos que determinaran el sentido de sus confesiones, ya que consta que mantenía buenas relaciones con los otros coimputados, y también consta en las actuaciones que cuando declaró autoinculpándose y haciendo imputaciones contra Héctor y Pedro Antonio , no existían datos incriminatorios de importancia contra Cesar . Por ello, no cabe afirmar que buscara con sus declaraciones mejorar su situación procesal, dando base a una posible atenuante, ya que cuando declaró no existían imputaciones procesales contra Cesar .

Por otra parte, las críticas hechas en el motivo no desvirtúan el valor corroborador de las imputaciones contra Pedro Antonio , que contienen los datos reflejados en el subapartado 5 del apartado probatorio de la sentencia.

El dato de la coincidencia de Héctor , Cesar y Pedro Antonio antes de los hechos en un bar de San Miguel, se reconoce en el motivo -estimándolo no significativo-.

También es indiciario el hecho de que se le ocupase a Pedro Antonio una pistola dieciocho días antes del asesinato de Lucas .

La presencia de Pedro Antonio en el bar "Paquita" para conocer a Inocencio , aparte de haber sido afirmada por Cesar , con versión de referencia, aparece reconocida por Concepción en la declaración ante el Juzgado de 16 de marzo de 1995, en la que manifestó que ella le señala a Pedro Antonio quien era Inocencio , aunque luego la testigo-inculpada negase tal extremo en el juicio oral.

Otro dato corroborador de las imputaciones contra Pedro Antonio es el hecho de que el día de autos hubiese estado reunido con Cesar , sobre las tres de la tarde, lo que aparece acreditado por las propias declaraciones de ellos y por las de Marisol .

Pero sobre todo es significativamente inculpatario el dato de que Pedro Antonio tuviese quemado el cabello, las pestañas y cejas, después de los hechos de autos, y que fuese a cortarse el pelo a una peluquería a la que no había ido hasta entonces, según resulta de las declaraciones de María Consuelo y del informe de la Forense de 16 de marzo de 1995, ratificado en el juicio.

No puede entrar este Tribunal en decidir sobre las contradicciones apreciadas entre las declaraciones de Cesar y las de otros testigos, en relación a los puntos concretos -como la mordedura del perro del inculpado a Pedro Miguel y la llamada telefónica de Pedro Antonio al bar San Creu de San Rafael, la estancia del taxi nº NUM000 en el club de alterne Taint a las 21,30 horas del 2 de febrero, o su estacionamiento en la parada de Figueretes a las 22 horas del mismo día- ni sobre el valor de las coartadas suministradas a Pedro Antonio por los testigos Gaspar y Patricia , puesto que tales valoraciones supondría un nuevo reexamen y ponderación de las pruebas vedado al Tribunal de casación.

OCTAVO: El segundo motivo del recurso de Pedro Antonio se articula al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECrim., denunciándose en el mismo la indebida aplicación del art. 406.2º del CP. de 1973 y de la agravante genérica de alevosía del nº 1º del art. 10 del mismo Cuerpo Legal.

Entrando en el examen de la primera infracción legal denunciada, la misma se basa en que a Pedro Antonio se le prometió, según el relato de hechos probados, una cantidad -300.000 ptas- por quitarle la vida a Inocencio uarez, y él no mató a dicho señor, sino a Lucas , que conducía el taxi el día 2 de febrero de 1995, siendo conocedor de que la persona a la que atacó era Lucas y no Inocencio .

El motivo debe ser desestimado.

La jurisprudencia de esta Sala (SS. entre otras, de 7.7.83, 25.4.85 y 14.9.92) ha establecido que para poder apreciar la agravante de precio o recompensa es preciso que sea claramente el motor de la acción criminal, requiriendo las siguientes circunstancias para su existencia: a) en cuanto a la actividad, el recibo o promesa de una merced de tipo económico para la ejecución del hecho delictivo; b) en cuanto a la culpabilidad, que la merced influya como causa matriz del delito, mediante el "pactum sceleris" remuneratorio, afectándole tanto al que entrega como al que recibe el precio; c) en cuanto a la antijuricidad, que la merced tenga la suficiente intensidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y falta de escrúpulo que revela.

Pues bien, tales circunstancias exigidas para la agravante de precio concurren en Pedro Antonio , puesto que, según lo que claramente se establece en el relato fáctico, lo que le movió a quitar la vida a Lucas fue el propósito de cobrar la recompensa ofrecida por Héctor al que matase al conductor del taxi nº NUM000 .

NOVENO: Se impugna la agravante de alevosía por el recurrente, por entender que faltan datos fácticos para apreciarla, ya que en el relato histórico solo se afirma que Pedro Antonio disparó a la cabeza de Lucas , sin

detallarse las circunstancias y antecedentes de la acción homicida, y si la misma implicó el aseguramiento o la privación de posibilidad de defensa que caracteriza a la agravante; entendiéndose en el Fundamento segundo de la sentencia incorrectamente que integraba la alevosía la ejecución del delito de noche y en lugar solitario, cuanto tales circunstancias en realidad integraban unas agravantes distintas, las de nocturnidad y despoblado previstas en el nº 13º del art. 10 del CP. de 1973.

El motivo debe desestimarse.

La jurisprudencia, en doctrina muy elaborada, de la que como nuestra se pueden citar las sentencias de 24.5.82, 10.5.84, 25.2.87, 24.1.92 y 838/96 de 8.11, ha distinguido siempre en la alevosía dos elementos, el objetivo y el subjetivo. El primero consiste en el empleo de medios, modos o formas en la ejecución del delito, que tienden a asegurarlo y a excluir el riesgo para el agresor proveniente de la defensa que pueda hacer la víctima. El elemento subjetivo consistirá en la intención de asegurar el resultado y eliminar el peligro para el atacante.

Pues bien, tales datos concurrieron en la agresión homicida a Lucas , según lo informado por el Fiscal, teniendo en cuenta las circunstancias de lugar y tiempo en las que se desarrolló la acción, y la situación de la víctima en el momento del disparo, sentado en el asiento del conductor de espaldas al viajero y autor del disparo Héctor .

DÉCIMO: Entrando en el examen del tercer motivo del recurso de Héctor , el mismo se articula al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., y por el se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías establecido en el art. 24.2 de la CE.

Se denuncia concretamente la destrucción de una pieza de convicción, uno de los troncos hallados en la diligencia de inspección ocular del domicilio del procesado, practicada el 14 de marzo de 1995, cuyo taco de madera fue destruido por la Policía de Mallorca en la búsqueda de un proyectil de pistola detectado radiográficamente en aquél, según consta en diligencia e informe pericial obrante a los folios 614 a 618 del sumario, fechadas el 18 de abril de 1995. El defecto procesal señalado por el recurrente consistió en no haberse dado audiencia a las partes antes de la destrucción de la pieza de convicción, como exige el art. 338 de la LECrim. Entiende el recurrente que la transgresión procedimental denunciada determinaba la nulidad de las actuaciones procesales derivadas, y concretamente del informe pericial sobre la bala hallada en el tronco, practicado por la policía científica el 2 de agosto de 1995, y por el que se dictaminó que el proyectil había sido disparado por la pistola FN Browing, que, según Cesar , fue utilizada por Pedro Antonio para matar a Lucas .

El motivo debe ser desestimado.

En relación a las categorías jurídico-procesales utilizadas en el capítulo II del Título V del Libro II de la LECrim., bajo la rúbrica "cuerpo del delito; los procesalistas y comentaristas de la LECrim., distinguen tres conceptos distintos; el cuerpo del delito en sentido estricto, que comprende lo que fue objeto del delito -bienes sustraídos, documentos o billetes falsificados-, los instrumentos del delito, que abarcan las armas o medios empleados para ejecutarlo, y las piezas de convicción, que estibarán en las huellas y vestigios del hecho delictivo.

El tronco de madera cuya destrucción sin previa audiencia de las partes se denuncia en el motivo ni era cuerpo del delito, ni instrumento del mismo, ni pieza de convicción, en cuanto no contenía huellas o vestigios del delito objeto del proceso; por ello su destrucción no exigía la previa audiencia al Fiscal y al propietario que prevé el art. 330 de la LECrim.

Pero además, la destrucción del taco de madera era precisa para la extracción del proyectil, que éste sí constituía un elemento probatorio importante para determinar la procedencia del arma empleada para cometer el delito de asesinato.

En todo caso, según se expuso, en el Fundamento Cuarto de la presente sentencia, las características del tronco quedaron documentadas mediante las fotografías del mismo que obran a los folios 464 y 465 del sumario.

No integró tampoco la destrucción del tronco violación del art. 479 de la LECrim., que prevé que si la pericia obliga a destruir los objetos de la misma, deberá conservarse parte de ellos en poder del Juez, para hacer un nuevo análisis en caso necesario.

En el presente caso es obvio que no era preciso guardar parte del bloque de madera, porque no se practicó pericia en relación al mismo.

En el motivo tercero del recurso de casación de Héctor se cuestiona también la conclusión del informe pericial de 2 de agosto de 1995 referente a que la bala dubitada -la hallada en el tronco- y las balas indubitadas, hubieran todas ellas sido disparadas por la pistola nº NUM001 , dado que dicha arma no fue remitida a la Policía científica. Tal impugnación del informe pericial no cabe por el cauce utilizado de vulneración del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, aparte de que los peritos que elaboraron el



informe tuvieron en cuenta las conclusiones del informe de la Policía de Mallorca de 18 de abril de 1995, que consta que las balas indubitadas fueron disparadas por la pistola nº NUM001 .

UNDÉCIMO: En el motivo cuarto del recurso de casación de Héctor , articulado al amparo del art. 5.4 y del 11.1 de la LOPJ., se impugna la concesión de valor probatorio a la carta dirigida por Jose Miguel a Pedro Jesús , obrante a los folios 158 y 159 del sumario, por haber sido abierta sin autorización judicial, con vulneración de lo dispuesto en el art. 18.3 de la CE.

El motivo debe desestimarse.

Se violó el secreto de las comunicaciones con la apertura de la carta contenida en un sobre cerrado dirigida a Pedro Jesús , por la Policía Local de Ibiza, conforme a Doctrina Jurisprudencial sentada en sentencias de esta Sala de 15 de Noviembre de 1994 y 18 de diciembre de 1994, que entiende que la "ratio legis" del secreto de las comunicaciones y de la inviolabilidad de la correspondencia es tutelar el ámbito privado de la vida personal y familiar, quedando conculcados tales derechos tanto por la interceptación en sentido estricto, como por el simple conocimiento antijurídico de la comunicación, como puede ser la apertura de una carta ajena guardada por el destinatario.

Tal apertura antijurídica fue la que hizo la policía local de Ibiza, que debió haber acudido a la autoridad judicial para que la autorizase.

Ahora bien, la viciosa entrada de la carta en las actuaciones se subsanó por la posterior autorización tácita de la apertura de la misma por el destinatario y poseedor de la misma, Pedro Jesús , pues debe entenderse que la no formulación de ninguna objeción a la apertura policial de la carta y a su unión a la causa, ni por el mismo, ni por su letrado en las declaraciones prestadas ante la Guardia Civil y el Juzgado, suponía una autorización por el dueño de la carta a su apertura y a su uso procesal.

En todo caso, los datos consignados en la carta también aparecen acreditados por las declaraciones prestadas por el remitente y suscriptor de la misma Jose Miguel , ante la Guardia Civil, el Juzgado y en el juicio oral.

DUODÉCIMO: El quinto motivo del recurso de casación de Héctor , se articula al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., y en él se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la CE.

El recurrente critica las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal enjuiciador para condenar a Héctor , y que se detallan en el subapartado 3 del apartado fáctico de la sentencia. Se censuran las afirmaciones del primer párrafo de la narración histórica sobre los propósitos homicidas de Héctor , sin haberse concretado en cambio las amenazas concretas que revelaban tales intenciones. En cuanto a las gestiones de Héctor con Juan María para que este causara la muerte a Inocencio , entiende el recurrente que no se deducen de las declaraciones de dicho Javier. En relación a las proposiciones homicidas a Jose Miguel , se ponen de relieve las contradicciones entre las declaraciones de dicho testigo y las de Pedro Jesús sobre las manifestaciones de Jose Miguel al hacerle entrega de la carta de 3 de febrero de 1995. Se impugna la validez de la carta, por haberse abierto la misma con vulneración del art. 18.3 de la CE. Se critica en el recurso que se deduzca la confabulación de Héctor con Cesar y Pedro Antonio del hecho de que en fechas próximas a la muerte de Lucas hubiesen tenido varias reuniones. El recurrente considera débiles las pruebas por las que se concluye que la pistola utilizada para matar a Lucas fue entregada por Héctor a Cesar , y contrastado su buen funcionamiento, mediante el disparo contra unos troncos en la casa de Héctor , entendiendo que en las diligencias relativas al hallazgo de tales tacos de madera y a su destrucción se vulneraron los arts. 334 y 338 de la LECrim. Se critican en el recurso las declaraciones de Cesar , por no ser firmes y por ser autoexculpatorias, prestadas con fines de obtener atenuaciones penales.

Procede remitirse a la doctrina jurisprudencial citada en el Fundamento Séptimo de esta sentencia sobre el derecho a la presunción de inocencia, y tener en cuenta que en vía casacional, al Tribunal Supremo solo le corresponde constatar si hay o no una mínima prueba demostrativa de las imputaciones delictivas, sin que le quepa entrar en un reexamen o nueva valoración de los medios probatorios con que contó el Tribunal enjuiciador.

Con arreglo a esta doctrina, el motivo debe desestimarse, ya que las imputaciones delictivas contra Héctor tienen sustento probatorio bastante. Quedan acreditadas sin más, con las declaraciones de Cesar , cuyo valor probatorio se analizó y aceptó en el precedente Fundamento Séptimo.

Además, son rechazables las impugnaciones a los demás elementos probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal.

Las amenazas vertidas por Héctor contra Inocencio se hallan acreditadas por las declaraciones de Angelina y del mismo Inocencio , que precisamente dejó de conducir el taxi como medida de precaución.

Por la declaración sumarial de Juan María (al folio 611) se acredita que Héctor le propuso que sacara a Inocencio de la parada de taxis para darle una paliza.

Por las declaraciones sumariales y en el juicio oral de Jose Miguel se acreditó que Héctor propuso a dicho testigo que le prestara ayuda para matar a Inocencio. Corroboran los testimonios de Jose Miguel el contenido de la carta dirigida por esta a Pedro Jesús, y sobre cuyo valor probatorio se argumentó en el Fundamento anterior.

Las reuniones de Héctor, Cesar y Pedro Antonio en días anteriores al de autos, si bien no son en sí demostrativas a la confabulación de los tres para matar al conductor del taxi NUM000, si constituyen un dato indiciario de que trataban tal proyecto.

Las pruebas de que la pistola utilizada para matar a Lucas fue la entregada por Héctor a Cesar el día anterior al de autos, y con la que el recurrente disparó contra un tronco de madera, consisten en la diligencia de inspección ocular de 14 de marzo de 1995, en la que se recogió el taco de madera, y el informe pericial de 18 de abril de 1995, en el que se extrajo el proyectil del tronco, y la pericia de 2 de agosto siguiente, por la que se constata que la bala podía haber sido disparada por la pistola que Cesar vendió a Pedro, y que según dicho procesado, le había sido entregada por Héctor, y él a su vez se la había dado a Pedro Antonio para cometer el asesinato. Entiende la Sala que no se infringió el art. 334 de la LECrim. en la diligencia de inspección ocular, puesto que se describieron suficientemente los troncos intervenidos, cuyas características se documentaron posteriormente mediante las fotografías que obran a los folios 464 y 465 del sumario. Tampoco se infringió el art. 338 de la LECrim. por la destrucción del tronco donde estaba incrustado la bala, por las razones expuestas en el precedente Fundamento de Derecho Décimo.

DECIMOTERCERO: En el motivo sexto del recurso de Héctor, articulado al amparo del nº 1º del art. 849 de la LECrim., se estima indebidamente aplicada la agravante específica de precio, cualificativa del asesinato, respecto al indicado procesado, por entender que dicha circunstancia es aplicable respecto al que ejecuta la acción homicida por precio, pero no en relación al provocador.

Se basa el recurrente para denunciar la infracción, en los términos literales del art. 406 del CP. de 1973, en su nº 2º, en el que se expresa "es reo de asesinato el que matare a una persona.... 2º por precio, recompensa y promesa", análogos a los utilizados en la agravante genérica del nº 2º del art. 10 del mismo Cuerpo Legal en que se establece "son circunstancias agravantes ...2º cometer el delito mediante, precio, recompensa o promesa", refiriéndose la agravante del nº 2º del art. 22 del nuevo Código Penal, al que ejecutare el hecho mediante precio, recompensa o promesa". De la literalidad de tales textos legales, según el recurrente resulta que la agravante de precio debe ser aplicada solamente al que ejecuta el delito movido por la remuneración entregada o prometida, pero no al que induce a la comisión del hecho delictivo mediante la oferta económica.

El motivo debe desestimarse con apoyo en la jurisprudencia citada en el Fundamento Octavo, manifestada entre otras en las sentencias de 7.7.83, 25.4.85, 21.10.91 y 14.9.92, que entiende que la agravante es predicable tanto respecto al sicario, como respecto al que, mediante el precio entregado o prometido, corrompe a tercero, y le induce a causar la muerte de otra persona. El tratamiento punitivo idéntico del que da y el que recibe el precio está establecido en nuestros Códigos para el cohecho (391 del CP. de 1973, y 423 del CP. de 1995).

De relato fáctico de la sentencia se deduce claramente que hubo una promesa de 300.000 ptas. de Héctor a Cesar y Pedro Antonio, para que mataran a Inocencio, y que tal ofrecimiento, determinó a éstos a cometer el delito, confabulándose los tres para ello. Fue por ello correctamente tipificada la actuación de Héctor como de provocación al delito de asesinato, por aplicación del art. 4 y del 406.2º del CP. de 1973, y podría también haber sido subsumida la actividad del procesado en la figura de conspiración para el delito de asesinato, dado el concierto de Héctor con los otros para la perpetración del hecho delictivo, y su voluntad ejecutiva, manifestada en actos de cooperación tan importantes como la facilitación del arma.

DECIMOCUARTO: El motivo séptimo del recurso de casación de Héctor, se articula al amparo del art. 849.1º de la LECrim., y en él se denuncia la indebida aplicación del art. 406.3 del CP. de 1973 -refiérese indudablemente al nº 2 del art. 406- y del art. 4 del mismo Cuerpo Legal.

Entiende el recurrente que, al no haberse producido la muerte proyectada, la responsabilidad de Héctor como provocador debe relacionarse o contraerse al tipo de homicidio y no al de asesinato, porque la apreciación de circunstancias inherentes al ejecutor del "factum" que actúa a extramuros del dolo genuino del proponente de la acción delictiva no pueden atribuirse a este último.

El motivo debe desestimarse con arreglo a lo informado por el Fiscal en trámite de instrucción, ya que Héctor, como provocador, abarcó con su dolo el precio o recompensa ofrecidos por él, que convertía el homicidio concertado en asesinato, sin que la ejecución o inejecución del delito proyectado influyera en la concurrencia de

la circunstancia cualificativa de precio, recompensa o promesa, que se dio ya en el momento de confabularse y concierto de los correos.

DECIMOQUINTO: En el octavo motivo del recurso de casación de Héctor , al amparo del art. 849.1º de la LECrim. se denuncia la indebida aplicación del párrafo segundo del art. 60 del CP. de 1973.

Estima el recurrente que tal precepto que limita la comunicabilidad de las agravantes que consistieron en la ejecución material del delito o en los medios empleados para utilizarla, a los procesados que tuvieron conocimiento de ellas en el momento de la acción o de la cooperación del delito, determinaba que no pudiese aplicarse la agravante de precio al provocador Héctor .

El motivo, que es prácticamente una repetición de los sexto y séptimo, debe desestimarse, ya que la agravante de precio no es incluíble entre las circunstancias del pár. 2º del art. 60 del CP. sino entre las consistentes en cualquier causa personal, recogidas en el pár. 1º del mismo artículo, que agravaran la responsabilidad de los culpables en quienes concurren, es decir en el caso de pacto criminal remuneratorio, en quienes hubiesen hecho la oferta económica como contraprestación a una actividad delictiva, y en quienes hubiesen realizado tal actividad en razón de la promesa o precio ofrecidos.

DECIMOSEXTO: En el motivo primero del recurso de casación de Cesar se denuncia, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., la indebida aplicación del art. 4 del CP. de 1973, en relación con el 406 del mismo Cuerpo Legal, y con la jurisprudencia de esta Sala expresada en las sentencias de 30.12.80, referencia de Aranzadi 5073/ y de 30.4.71, referencia de Aranzadi 1995.

Estima el recurrente que la figura de conspiración prevista en el pár. 1º del art. 4 del CP. de 1973, solo era aplicable a los que deciden como autores realizar un delito, y no a los que deciden tener una intervención en el mismo como cooperadores o cómplices. Al aplicarse el art. 4 del CP. de 1973 a la actuación de Cesar contemplada en la sentencia, se sanciona una conducta no tipificada legalmente, con violación del art. 25 de la CE.

En la sentencia de 30.4.71, citada, tras desarrollarse en un "considerando" una doctrina sobre la autoría, basada en el acuerdo previo delictivo, estimaba que en caso de apartarse los ejecutores directos de lo convenido, el cooperador necesario podría ser considerado responsable en grado de conspiración del delito primeramente proyectado.

En la sentencia de 30.12.80 citada (caso "Atocha") no se contempla la figura de la conspiración, sino la de provocación, que se aplica al inductor del homicidio de una persona, por haberse apartado los ejecutores de lo convenido, y no haber causado la muerte pactada, sino las de otras personas.

El motivo debe desestimarse por las razones ya expuestas en el Fundamento sexto, por las que se rechazó el segundo motivo del recurso de casación de la acusación particular, en el que también se impugnaba la aplicación del art. 4 del CP. de 1973 a la actuación de Cesar .

Según se argumentó en el indicado "Fundamento", las tareas asignadas y asumidas por Cesar en relación al proyectado homicidio de Inocencio , eran las propias de un cooperador necesario, por el carácter principal de la aportación convenida, -facilitación de la pistola y situación del coche de Pedro Antonio en las proximidades del lugar elegido para el homicidio, para que este pudiera alejarse después de cometido el asesinato- y por poder calificarse de imprescindible la ayuda, y no fácil de conseguir, y conforme, por tanto, con la teoría de los bienes escasos.

Debe entenderse que la decisión de participar en la ejecución del delito con una cooperación necesaria, se halla incluída en la decisión de ejecutar el delito contemplado en el pár. 1º del art. 4 del CP. de 1973, y supone un supuesto de la autoría amplia que tipifica el art. 14 del mismo Cuerpo Legal, el del nº 3 de dicho precepto. La misma sentencia de 30.4.71 citada por el recurrente admite la posibilidad de que integre conspiración el compromiso de cooperar a la ejecución del delito con una actividad necesaria.

Con arreglo a lo precedentemente razonado, no cabe estimar que se violó el art. 25 de la CE. al subsumir la actuación de Cesar en la figura de conspiración para el asesinato, prevista en el pár. 1º del art. 4 del CP. de 1973, en relación con el 406.2º del mismo Cuerpo Legal.

DECIMOSÉPTIMO: En el segundo motivo del recurso de Cesar , vuelve a reiterarse la impugnación articulada en el primero, denunciándose la infracción, por aplicación indebida del art. 4 en relación con el 406.2º del CP. de 1973, insistiéndose en que no puede estimarse integrante de conspiración la actuación de Patricia , por no haber decidido intervenir como autor de la muerte de Inocencio , ya que por las tareas y funciones que asumió, no tenía el dominio funcional de la acción que caracteriza la autoría.



El motivo debe rechazarse por las razones ya expuestas en el "Fundamento "anterior, por entender que la actuación ejecutiva que asumió Cesar era subsumible en el nº 3º del art. 14 del CP., y comprendida en el par. 1º del art. 4 del mismo Código Penal, aunque el procesado no hubiese tenido el dominio funcional del hecho.

DECIMO OCTAVO: En el tercer motivo del recurso de Cesar , si bien se denuncia en su encabezamiento, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., la vulneración de la presunción de inocencia establecida en el art. 24.2 de la CE., en el desarrollo del motivo se reiteran las impugnaciones formuladas en los dos primeros, esto es, la inaplicabilidad de la figura de conspiración a Cesar por no haber decidido actuar como autor o coautor respecto del proyecto homicida concebido contra Inocencio .

El motivo por tanto debe desestimarse, por las mismas razones que se adujeron para rechazar los dos motivos anteriores.

DECIMONONO: En el cuarto motivo del recurso de casación de Cesar , al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los arts. 120.3, 24.1 y 25 de la CE.

En el desarrollo del motivo se reiteran las impugnaciones de los tres anteriores, esto es la indebida aplicación de la figura de conspiración a Cesar cuando la actuación decidida por él no era la de autor o coautor del delito, lo que implicaba violación del principio de legalidad consagrada en el art. 25 de la CE.

El motivo debe rechazarse por las razones expuestas en los tres "Fundamentos" anteriores.

VIGÉSIMO: En el quinto motivo del recurso de casación de Cesar , al amparo del nº 1º del art. 849 de la LECrim., se denuncia la aplicación indebida del art. 254 del CP. de 1973, en relación con el art. 406 del mismo Cuerpo Legal.

Estima el recurrente que la condena de Cesar por conspiración para el delito de asesinato -al haber estado cualificado el asesinato por la alevosía, y siendo que la utilización de la pistola fue la forma alevosa de actuar- impide que también se condene al procesado por el delito de tenencia ilícita de armas, porque ello vulneraría el principio constitucional "non bis in idem".

El motivo es totalmente rechazable, ya que, el asesinato de que se ha estimado responsable en grado de conspiración a Cesar , no se ha cualificado por la agravante de alevosía, sino por la de precio, es decir se ha tipificado conforme al nº 2º del art. 406 del CP. de 1973. Aunque se hubiese apreciado la alevosía, que no se estimó concurrente ni como circunstancia cualificativa, ni como agravante genérica, hubiese sido compatible aquella con el delito de tenencia ilícita de armas, ya que éste último -que supone el incumplimiento de ciertas normas administrativas condicionadoras de la posesión de armas es compatible con los delitos cometidos mediante la utilización del arma.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por Lucas y Frida , por Pedro Antonio , por Héctor , y por Cesar , contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 1997, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en la causa 1/95 del Juzgado de instrucción nº 3 de Ibiza, con imposición a cada recurrente de las costas por él causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Antonio Marañón Chávarri , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.