



Roj: **STS 7935/2006 - ECLI:ES:TS:2006:7935**

Id Cendoj: **28079120012006101224**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2006**

Nº de Recurso: **1401/2005**

Nº de Resolución: **1145/2006**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 7935/2006,**
STSJ NA 1405/2005

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Noviembre de dos mil seis.

En los recursos de casación por infracción de ley que ante Nos pende, interpuestos por las Acusaciones Particulares Serafin , GURASOAK LANEAN y por los acusados Diego y Héctor , contra sentencia de fecha 14 de diciembre de 2.005, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y parcialmente el de la acusada Lucía , desestimando los recursos de apelación deducidos por Diego y Héctor , en causa seguida a dichos acusados por delito de asesinato, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y Vista bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Berdugo de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando las Acusaciones Particulares representadas, por la Procuradora Sra. Lobera Argüelles, y los acusados representados, por el Procurador Sr. Orozco García; y como recurridos el Abogado del Estado y la Acusada Lucía , representada por el Procurador Sr. Orozco García.

I. ANTECEDENTES

Primero.- 1.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona, instruyó Procedimiento del Tribunal del Jurado con el nº 2/2004, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Pamplona, Sección Segunda, que por medio del correspondiente Tribunal del Jurado, con fecha ocho de julio de 2.005, dictó sentencia que contiene el siguiente HECHO PROBADO: "

PRIMERO.- HECHOS PROBADOS DECLARADOS POR EL JURADO

A.- Respecto a , Lucía

1.º- El día 13 de marzo de 2004, sobre las 13.30 horas, que junto con su familia había acudido el día anterior a la manifestación celebrada en Pamplona, en repulsa a los atentados de Madrid del 11- M, bajó de su domicilio, sito en el nº NUM000 . NUM001 de la C/ DIRECCION000 de Pamplona, dirigiéndose a la panadería-lechería contigua al portal de dicho edificio y que regentaba D. Eloy , donde colocó un cartel-pegatina con la expresión «ETA-NO>>

2.º- D. Eloy , miembro de la asociación «Gurasoak Lanean», al ver a , Lucía , siendo ambos conocidos, salió al exterior del establecimiento, para impedirle que pegara el cartel-pegatina, iniciándose una discusión entre ambos por dicho motivo.

En dicha discusión por D. Eloy se mantuvo el tono, mientras que , Lucía le decía: «Tú eres un asesino, eres un etarra».



3.º- D. Eloy quitó el cartel, arrugándolo y tirándolo al suelo.

Dicho acto de arrugar y tirar al suelo el cartel fue considerado por , Lucía como una grave ofensa para las víctimas del terrorismo y también para ella.

4.º- A continuación , Lucía , sobreexcitada, subió a su domicilio, donde explicó lo sucedido a Diego --su esposo-- y a Héctor --su hijo--.

Una vez que , Lucía estaba en su domicilio, D. Eloy llamó por el telefonillo del portero automático de la vivienda de aquella, pidiendo hablar con Diego , no accediendo, Lucía , contestándole con insultos.

5.º- Lucía , habida cuenta la fecha en que ocurrieron los hechos (13 de marzo), dos días después del atentado de Madrid del 11-M y las convicciones de , Lucía de que todo el mundo relacionado con una determinada ideología estaba contra ella, tras haber mantenido la discusión con D. Eloy , creó en el ámbito familiar un estado de sobreexcitación, con frases reiterativas, que «calentaron la cabeza» de su marido e hijo, especialmente en éste debido a la gran influencia que ejercía Lucía , lo que incitó que tanto su marido como su hijo bajaran con la intención de matar a Eloy , sin que Lucía no sólo lo impidiera, sino que lo alentó.

6.º- Ya en el establecimiento que regentaba D. Eloy , vio Lucía disparar cuatro veces a su marido Diego contra el Sr. Eloy

7.º- Tras apuñalar Héctor y disparar Diego a D. Eloy , , Lucía abandonó el lugar juntamente con su marido e hijo, dejando desatendida a la víctima, dirigiéndose al domicilio, donde finalmente es localizada por la Policía.

8.º- La puñalada asestada por Héctor a D. Eloy , era mortal de necesidad, al afectar al hígado y pulmón, y producir en la víctima un estallido hepático.

De los tres disparos realizados por Diego contra D. Eloy y que le impactaron, uno al menos, el que alcanzó la cabeza era mortal de necesidad, causándole de hecho la muerte, al producirle una asfixia por aspiración masiva de sangre.

9.º- Lucía actuó movida por un sentimiento ideológico contrario al que podía presumir tenía D. Eloy , entre otras cosas por su condición de socio y miembro fundador de la asociación «Gurasoak Lanean», y por considerarlo un «etarra».

B.- Respecto a Diego

1.º- Diego , el día 13 de marzo de 2004, pasadas las 13.30 horas, impulsado por la sobreexcitación de Lucía y sus explicaciones sobre el incidente que había tenido minutos antes con D. Eloy , con ocasión de tratar aquella de colocar un cartel-pegatina, con el lema «ETA-NO», en el escaparate del establecimiento que regentaba el Sr. Eloy , al ver que Héctor bajaba a la calle, decidió junto con su esposa seguirlo.

2.º- Diego bajó a la calle con la pistola reglamentaria, dada su condición de agente del Cuerpo Nacional de Policía en activo.

Diego llevaba desenfundada la pistola reglamentaria, antes de entrar en el establecimiento que regentaba D. Eloy

3.º- Diego entró en el establecimiento del Sr. Eloy sorprendiéndole y disparándole 4 tiros.

Diego siguió a D. Eloy hasta la trastienda del establecimiento, donde a media-larga distancia disparó cuatro tiros, de los que tres impactaron en el cuerpo de la víctima.

4.º- De los disparos que impactaron en el cuerpo de D. Eloy , uno se sitúa en la región preauricular derecha (orificio de entrada), y salida por los orificios nasales. Otro se sitúa en zona supramamilar derecha (orificio de entrada) y salida por la región posterior de un tercio superior de brazo derecho. Y otro se sitúa en la zona abdominal izquierda (orificio de entrada) y salida por la región lumbar izquierda.

Tras efectuar los disparos Diego , en compañía de su esposa y de su hijo, subió a continuación al domicilio, desde donde llamó a la Policía, comunicando que había matado a una persona y que llamaran a una ambulancia.

Diego abandonó el establecimiento que regentaba Eloy , sin atender previamente al herido y con presencia de terceras personas en el lugar de los hechos, que ya habían alertado de la comisión de los mismos.

5.º- Diego ejecutó directa y materialmente por sí, los cuatro disparos contra D. Eloy , de los que tres impactaron en la víctima, causando la muerte de la misma al alcanzarle uno de los disparos en la cabeza y producir una asfixia por aspiración masiva de sangre.



6.º- Diego , para cometer el hecho de dar muerte a D. Eloy , lo hizo de manera tal que, asegurando la muerte de la víctima, evitaba por otra parte cualquier riesgo para su propia persona, derivado de una posible reacción defensiva de la víctima.

7.º- Diego actuó movido por un sentimiento ideológico, contrario al que podía presumir tenía D. Eloy , entre otras cosas por su condición de socio y miembro fundador de la asociación «Gurasoak Lanean», considerando a D. Eloy un «etarra».

8.º- Diego pudo comprobar el hecho de si su hijo era el herido, teniendo tiempo para hacer las comprobaciones oportunas y salir del error de considerar que el agredido era su hijo, utilizando una mínima o normal diligencia.

9.º- Diego confesó los hechos ocurridos a la Policía.

Diego abandonó el establecimiento que regentaba D. Eloy sin atender previamente al herido y con presencia de terceras personas en el lugar de los hechos, que ya habían alertado de la comisión de los mismos.

C.- Respecto a Héctor

1.º- Héctor , el día 13 de marzo de 2004, pasadas las 13:30 horas, impulsado por la sobreexcitación de Lucía y su explicaciones sobre el incidente que había tenido lugar minutos antes con D. Eloy , con ocasión de tratar aquélla de colocar un cartel-pegatina, con el lema «ETA-NO» en el escaparate del establecimiento que regentaba el Sr. Eloy , bajó repentinamente a la calle con intención de ir a dicho establecimiento, siendo seguido posteriormente por sus padres.

2.º- Héctor bajo a la calle con un machete o cuchillo de grandes dimensiones.

3.º- Héctor entró en el establecimiento del Sr. Berrueta sorprendiéndole cuando estaba desarrollando las labores de su oficio, dándole una cuchillada.

4.º- La herida asestada por Héctor a D. Eloy se produjo en el hemitórax derecho, penetrando unos 10 centímetros, atravesando el hígado, produciendo estallido hepático, perforando el diafragma y alcanzando el lóbulo medio del pulmón derecho.

5.º- Tras la cuchillada de Héctor y los disparos efectuados por su padre Valeriano, ambos, en compañía de Lucía , abandonaron el establecimiento, sin atender previamente al herido y con presencia de terceras personas en el lugar de los hechos, que ya habían alertado de la comisión de los mismos, subiendo a continuación al domicilio, donde fue detenido por la Policía Héctor .

6.º- Héctor , antes de entregar el cuchillo-machete lo limpió.

7.º- La cuchillada asestada por Héctor a D. Eloy , era mortal de necesidad, al afectar al hígado y pulmón, y producir en la víctima un estallido hepático, que en un período de tiempo corto-medio, hubiera producido un shock hipovolémico.

8.º- Héctor , para cometer el hecho de dar muerte a D. Eloy , lo hizo de manera tal que, asegurando la muerte de la víctima, evitaba por otra parte cualquier riesgo para su propia persona, derivado de un posible reacción defensiva de la víctima.

9.º- Héctor actuó movido por un sentimiento ideológico, contrario al que podía presumir tenía D. Eloy , entre otras cosas por su condición de socio y miembro fundador de la asociación «Gurasoak Lanean» y considerarle un «etarra».

10.º- Héctor asestó la cuchillada como consecuencia de un estímulo o impulso tan poderoso, al ver el estado de sobreexcitación de su madre y que le llevó a actuar de dicha manera, por un sentimiento de defensa y/o protección hacia su madre".

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

FALLO: Que debo condenar condeno a:

A) Diego , como autor de un delito de asesinato, concurriendo la agravante de actuar por motivos ideológicos, a la pena de veinte años de prisión, inhabilitación absoluta como accesoria y pago de una tercera parte de las costas causadas en este juicio, incluidas en dicha proporción las de la Acusación particular.

B) Héctor , como autor de un delito de asesinato, concurriendo la agravante de actuar por motivos ideológicos y la atenuante de arrebató, a la pena de quince años de prisión, accesoria de inhabilitación absoluta y pago de una tercera parte de las costas causadas en este juicio, incluidas en dicha proporción las de la Acusación particular.



C) Lucía , como autora de un delito del art. 141 C. Penal , concurriendo la agravante de actuar por motivos ideológicos, a la pena de diez años de prisión, accesoria de inhabilitación absoluta y pago de una tercera parte de las costas causadas en este juicio, incluidas en dicha proporción las de la Acusación particular.

Asimismo los tres condenados, con carácter solidario, deberán indemnizar a D^a Daniela en la cantidad de ciento cincuenta mil euros (150.000 €); y a cada uno de los hijos D. Luis Manuel , D. Jorge , D. Alvaro y D^a Patricia en la cantidad de veintidós mil euros (22000 €)

Dichas cantidades devengarán el interés legal previsto en el art. 576.1 LEC.

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Se declara de oficio las costas procesales causadas por la Acusación popular.

Recábase del Juzgado Instructor las piezas separadas de responsabilidad civil.

Y para el cumplimiento de la pena principal que se impone, les abonamos a los condenados Diego y Héctor , el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa.

Recurrida en apelación dicha sentencia, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, éste dictó sentencia con fecha 14 de diciembre de 2005 , que contiene el siguiente FALLO:

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y parcialmente el de Lucía , en los motivos concordantes con los del Ministerio Público y desestimando los recursos de apelación deducidos por Diego y por Héctor , motivadores del presente rollo de Apelación del Jurado nº 4/05. Debemos revocar la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 8 de julio de 2005 , en lo concerniente a Lucía a quien debemos absolver y absolvemos libremente tanto del delito de asesinato como de su proposición, de los que venía siendo acusada por las acusaciones particular y popular, debiendo, en su consecuencia, absolverla también de las pretensiones indemnizatorias formuladas contra ella. Procediendo, asimismo a dejar sin efecto la condena al pago de un tercio de las costas procesales, parte que ha de ser declarada de oficio.

La integra desestimación de los recursos de Diego y de Héctor conlleva la confirmación de todos los pronunciamientos de la sentencia a ellos concernientes.

Se declaran de oficio las costas causas en esta instancia.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Héctor , Diego , Serafin y GURASOAK LANEAN que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

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

Recurso interpuesto por Héctor

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECrim . y art. 5.4 LOPJ . se alega la infracción del art. 24.2 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 851.1 LECrim . se alega contradicción entre los hechos probados de la sentencia.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . se alega la aplicación indebida del art. 139.1 en relación con el 138 , y consiguiente falta de aplicación del art. 148 todos del CP.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . se alega la aplicación indebida del art. 139.1 en relación con el 22.1 y consiguiente falta de aplicación del art. 138 todos del CP.

QUINTO.- Con igual apoyo que los anteriores se alega la aplicación indebida del art. 22.4 CP.

SEXTO.- Con igual apoyo que el anterior, se alega la inaplicación de la eximente del art. 20.1 o en su derecho, la del art. 21.1 en relación con el 20.1 ó subsidiariamente la falta de aplicación del art. 21.6 en relación con el 20.1 y 21.1 todos del CP.

SEPTIMO.- Con el mismo apoyo que los anteriores, alega la falta de aplicación del art. 21.4 o en su defecto del art. 21.6 en relación con el 21.4 del CP.

OCTAVO.- El motivo octavo no tiene contenido.

NOVENO.-Se alega error de hecho en la apreciación de la prueba.

Recurso interpuesto por Diego



PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECrim . y art. 5.4 LOPJ . se alega la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE .)

SEGUNDO.- Al amparo del art. 851.1 LECrim . se alega contradicción entre los hechos declarados probados

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . se alega la aplicación indebida del art. 139.1º en relación con el 22.1 CP . y consiguiente falta de aplicación del art. 138 del mismo Texto.

CUARTO.- Con igual base que el anterior se alega la aplicación indebida ida del art. 22.4 CP.

QUINTO.- Con el mismo apoyo que los anteriores se alega la falta de aplicación del art. 14.3 en relación con el 20.4 CP . En su defecto la falta de aplicación del art. 14.3 en relación con los arts. 21.1 y 20.4 del mismo Texto, o subsidiariamente la inaplicación del art. 14.3 en relación con los arts. 21.6, 21.1 y 20.4 CP.

SEXTO.- Por la misma vía que los anteriores, se alega la falta de aplicación del art. 21.4 , o en su defecto del art. 21.6 en relación con el 21.4 CP.

SEPTIMO.- También por la vía del art. 849.1 LECrim . se aduce la falta de aplicación del art. 21.5 o subsidiariamente del art. 21.6 en relación con el 21.5 CP.

Recurso interpuesto por La Acusación particular en nombre de Serafin

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECrim . se alega la infracción del art. 24.1 CE . en relación con el art. 11.3 LOPJ.

SEGUNDO.- Se alega error de hecho en la apreciación de la prueba.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley Procesal , se alega la infracción del art. 141, en relación con el 139.1 y 17.2 CP.

Recurso interpuesto por La Acusación Popular GURASOAK LANEAN

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . se alega la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C E.).

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . se alega la falta de aplicación del art. 141 CP.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la impugnación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación y Vista prevenida el día ocho de noviembre de dos mil seis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Diego

PRIMERO: El motivo primero al amparo de lo previsto en el art. 852 LECrim . y del art. 5.4 LOPJ. por infracción del art. 24.2 CE . al haberse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, concretamente por la existencia de defectos en el veredicto por parcialidad de las instrucciones dadas al Jurado, al no cumplirse la exigencia prevista en el ultimo inciso del apartado 3 del art. 54 LOTJ. que exige al Magistrado-presidente informar a los Jurados de que han de decidir en el sentido mas favorable al acusado si tras deliberar persisten sus dudas.

Se alega en el motivo que el Jurado declaró no probado el hecho justiciable 9 b, es decir que consideró no probado que Diego pudiera haber comprobado fácilmente que no era su hijo, sino el Sr. Eloy quien sangraba (folios 1150 y 1578), y al folio 1155 el Magistrado Presidente observa contradicción entre el sentido del voto (no probado el 9 b), y la frase que figura al folio 1153 "pudiendo comprobarlo no lo hizo", por lo que aquél manifestó que sí se mantenía que el recurrente pudo comprobar si era su hijo el herido o no lo era, el hecho 9 b debería ser votado como probado.

Con ello el Magistrado Presidente incumplió la obligación que tenía de haber advertido al Jurado que la contradicción existente debía ser resuelta siempre en el sentido más favorable al acusado, en este caso la permanencia del apartado 9 b) como no probado que habría exigido la exclusión o rebaja de la pena impuesta a Diego por concurrir una legítima defensa de tercero erróneamente apreciado.



De ahí como el Magistrado Presidente no cumplió la previsión del último inciso del apartado 3 del art. 54 LOTJ. que no aparece reflejada en el folio 1154, se ha producido la infracción del derecho constitucional alegado, por defecto del veredicto debido a la falta de imparcialidad en las instrucciones dada al Jurado, y en consecuencia debe devolverse la causa a la Audiencia Provincial para la deliberación de un nuevo juicio.

El motivo discrepa de la argumentación de la sentencia en cuanto afirma que la "parquedad de las actas levantadas de las diversas sesiones del juicio impide constatar que el Magistrado Presidente informara a los jurados sobre tal extremo, más no dudamos que fuera si, entre otras cosas porque en caso contrario tal omisión hubiera motivado la protesta de la defensa", y precisa que si la protesta no se formuló sería intrascendente pues al tratarse de una infracción de derecho fundamental no es necesario tal protesta como requisito para invocar la infracción a que se refiere en ulteriores recursos (último inciso del primer párrafo del apartado a) del art. 846 bis c) LECrim.

Esta alegación necesita ser matizada. El art. 846 bis a) establece que la admisibilidad de la apelación por dicho motivo (quebrantamiento en el procedimiento o en la sentencia de las normas y garantías procesales) queda subordinada a que la parte recurrente haya formulado "la oportuna reclamación de subsanación, art. 846 bis c), letra a) apartado NUM001", y en caso de ser desestimada la misma, la correspondiente protesta (art. 846 bis c) in fine, requisitos ambos cuya regulación es ciertamente confusa. Desde luego si la infracción de normas y garantías procesales se produce en la sentencia, al no existir en la primera instancia ningún trámite posterior al de su notificación a las partes, los citados requisitos no podrán ser cumplimentados por estas y por lo tanto, tampoco podrá exigida su formalización previa en orden a la admisión del recurso de apelación. Tanto la "reclamación de subsanación" como la "protesta tienen por finalidad común la de alertar al órgano judicial sobre la existencia de la infracción de alguna garantía o norma procesal acaecida a lo largo del procedimiento, distinguiéndose en que, mientras la primera, como su propio nombre indica, posibilita que el órgano judicial reaccione ante dicha reclamación y subsane la indefensión denunciada; la segunda, en cambio, se limita a producir el nuevo efecto formal de dejar constancia de una queja de la parte procesal, a los solos efectos del ejercicio de un futuro y eventual medio de impugnación.

La reclamación de subsanación plantea, además, el problema adicional consistente en determinar cuando la misma resulte imprescindible, puesto que el apartado a) del art. 846 bis c) LECrim. tras requerir su formulación con carácter general, añade, sin embargo, que ésta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un Derecho Fundamental constitucionalmente garantizado.

Este enunciado es contradictorio porque, por una parte, la norma determina que cualquier infracción de normas y garantías procesales precisa, para ser evidenciada en segunda instancia, haber causado indefensión y por otro lado, la prohibición de "indefensión" constituye, como es sabido uno de los Derechos Fundamentales consagrados en el art. 24.1 CE.

Por lo tanto, si la infracción procesal genera "indefensión" al mismo tiempo ocasiona ineludiblemente la lesión del art. 24.1 CE, con lo que se manifiesta una evidente contradicción en la norma.

Y por último, en los casos en que no sea necesaria la previa reclamación de subsanación, si debe serlo la protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada, dado que el último párrafo del art. 846 bis c) no contempla excepción de ningún tipo en dicha exigencia.

SEGUNDO: En el caso presente ante la denunciada infracción del art. 54.3 LOTJ., no consta que la defensa del recurrente formulase en el trámite protesta alguna y esta omisión es interpretada por la Sala de instancia no como óbice procesal para la interposición del recurso con base al art. 846 bis c) sino como un indicio significativo y relevante de que el Magistrado Presidente si informó al Jurado sobre el significado y aplicación del principio in dubio pro reo.

Por tanto si ante la advertencia del Magistrado Presidente (folio 155), de la contradicción existente en dar como no probado el hecho 9 b) (que Valeriano podría haber comprobado fácilmente que no era su hijo, sino el Sr. Serafin, quien sangraba) y luego afirmar que pudo el acusado comprobar si era su hijo o el Sr. Serafin el herido, y sin embargo no lo hizo, el Jurado, en vez de declarar no probado de nuevo el hecho 9 b), consta al folio 1154 que lo declaró probado en una segunda votación, justificándolo en que el acusado "tuvo tiempo material de hacer las comprobaciones oportunas", ello implica que no tuvo duda en orden a la valoración de la prueba, al coincidir la primera explicación en el acta ("pudiendo comprobarlo no lo hizo"), con la segunda a la que se ha hecho referencia.

Siendo así, aun reconociendo que hoy en día esta Sala viene admitiendo que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia, y es atendible en casación, pero sólo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las hayas resuelto en contra del acusado (SSTS. 1125/2001 de 12.7, 2295/2001 de 4.12,



479/2003, 836/2004 de 5.7, 1051/2004 de 28.9). Ahora bien, de este principio no se deduce que el acusado tenga derecho a que el Tribunal en ciertas circunstancias dude. El derecho que se deriva de este principio se concreta en que el Tribunal que realmente ha dudado no está autorizado a condenar y, solo en este aspecto normativo cabe fundamentar un motivo de casación en el principio in dubio pro reo.

Consecuentemente, si bien no consta de forma explícita que el Magistrado Presidente informara a los Jurados sobre el último apartado del art. 54.3 LOTJ ("asimismo informará que, si tras la deliberación no les hubiese sido posible resolver las dudas que tuvieron sobre la prueba deberán decidir en el sentido más favorable al acusado"), tampoco consta protesta alguna de la defensa en orden a esa omisión denunciada en el recurso de apelación por primera vez, y como de la motivación realizada por el Jurado al declararlo probado, en la segunda votación, se deduce que no tuvieron duda alguna sobre tal extremo, no operaría el principio in dubio pro reo.

El motivo, consecuentemente debe ser desestimado.

TERCERO: El motivo segundo al amparo de lo previsto en el art. 851,1 LECrim . por quebrantamiento de forma, por resultar manifiesta contradicción entre los hechos que se consideren probados en la sentencia, en concreto entre que Diego pudiera comprobar que el herido no era su hijo Héctor sino Eloy y considerar probado que la secuencia de los hechos fue la narrada por el testigo Carlos Manuel , puesto que éste, viendo todo, no vio que el hijo de Valeriano llevara el cuchillo con el que hirió a Angel, luego si nadie pudo ver que Miguel hiriese a Angel, nadie, luego tampoco Valeriano, pudo comprobar que no era Miguel el herido.

El motivo debe ser desestimado.

La esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre si, de tal suerte que la afirmación de una, resta eficacia a la otra al excluirse una a la otra produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 299/2004 de 4.3).

La contradicción a que se refiere el motivo ha de encontrarse en los hechos probados, es, pues, una contradicción de orden lógico o ideal. En este motivo no cabe denunciar incongruencias con las alegaciones de las partes, éstas son de orden externo y se denomina incongruencia omisiva, prevista en el art. 851.3 .

La doctrina jurisprudencial reiterada (SS. 1661/2001 de 27.1, 776/2001 de 8.5, 717/2003 de 21.5), señala para que pueda prosperar este motivo de casación los siguientes requisitos:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trate de una contradicción en sentido propio, es decir, gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual.

b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir que, no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los Fundamentos Jurídicos.

d) que sea completa, afectando la incompatibilidad a los hechos y a sus circunstancias, y por ende, a la calificación jurídica, los grados de participación o ejecución y a cuantas circunstancias determinan la responsabilidad penal o civil..

e) La contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma.

f) que sea esencial, en el sentido de que afecta a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

Pues bien en el caso sometido a nuestra revisión casacional no se aprecia la contradicción denunciada por cuanto si bien la primera afirmación, esto es que Héctor pudo comprobar que el herido no era su hijo, si se recoge en los hechos probados (ordinal 8º), la segunda, es decir, la relativa a que el testigo Carlos Manuel , no vio que el hijo del recurrente llevara un cuchillo con el que hirió a Eloy no figura en el factum y ni siquiera en el Fundamento Jurídico segundo al hacer referencia a la prueba testifical mencionando a Carlos Manuel



se afirma que este dijera que no vio a Héctor portar un cuchillo, sino que se limita en relación al mismo que vio materialmente disparar a Diego y que junto a otros testigos vio a Héctor en el lugar de los hechos.

Consecuentemente el motivo deviene improsperable.

CUARTO: El motivo tercero al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley, por aplicación indebida del art. 139.1, en relación con el 22.1 y consiguiente inaplicación del art. 138 CP . por cuanto la actuación del recurrente no es alevosa y por tanto no es subsumible en el tipo del asesinato, sino en el homicidio, por faltar el elemento subjetivo de la agravante.

Se trató de un actuar irreflexivo de Diego que resulta incompatible con la búsqueda de una ocasión propicia para sorprender a la víctima y además una discusión previa con esta última, que aunque se mantuviera con la esposa del recurrente fue el detonante de la muerte del Sr. Eloy y la jurisprudencia rechaza la apreciación de la alevosía cuando a la muerte precede una discusión.

El contenido y desarrollo del motivo hace necesario recordar cómo esta Sala (STS. 24.4.2000), viene aplicando el concepto de alevosía a todos aquellos supuestos en que por el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato (art. 139.1ª) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1ª), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada. En cuanto a su naturaleza aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo, resaltando en sentencia 24.1.92 , un plus de antijuricidad y culpabilidad y reconociendo y afirmando en sentencia 30.6.93 que si bien en las últimas décadas, como se recogió en sentencia 19.1.91 , era suficiente para la apreciación de la circunstancia con que la conducta fue objetivamente alevosa, lo cual entrañaba el plus de antijuricidad consistente en la utilización de medios, modos o formas de ejecución tendente a lograrla sin riesgo para el infractor procedente de la defensa del ofendido, pasó después la doctrina de esta Sala, a una etapa de transición en que, sin desconocer la naturaleza objetiva de la alevosía, se destacan y precisan en ellas aspectos subjetivos, principalmente para evitar su confusión con la circunstancia de premeditación.

Por ello, este Tribunal exige el plus de culpabilidad, precisando una previa escogitación o selección de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuente a lo proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad (sTS. 9.3.93), denotando "de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal (sTS. 2.10.95), de modo que: "al lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad" (sTS 16.10.96) lo que conduce a su consideración como mixta (sTS 28.12.2000 con cita de la SSTs. 11.5.94, 21.2.95, 9.6.98). En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor



antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001 de 13.2).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un animo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

QUINTO: En el caso que se analiza como quiera que el cauce procesal que ampara el motivo es de infracción de Ley, art. 884.3 LECrim. obliga al pleno respecto de los hechos probados, sería necesario analizar estos con vistas a la comprobación de que los mismos no cumplen con los requisitos antes enumerados.

En el hecho probado en la sentencia del Tribunal del Jurado, no modificado por la apelación, se establece en el ordinal 2º que " Diego bajó a la calle con la pistola reglamentaria, dada su condición de agente del Cuerpo Nacional de Policía en activo. Diego llevaba desenfundada la pistola reglamentaria, antes de entrar en el establecimiento que regentaba D. Eloy ; y en el ordinal 3º, que Diego entró en el establecimiento del Sr. Eloy sorprendiéndole y disparándole 4 tiros. Diego siguió a D. Eloy hasta la trastienda del establecimiento, donde a media-larga distancia disparó cuatro tiros, de los que tres impactaron en el cuerpo de la víctima, para concluir en el ordinal 6º que, Diego , para cometer el hecho de dar muerte a D. Eloy , lo hizo de manera tal que, asegurando la muerte de la víctima, evitaba por otra parte cualquier riesgo para su propia persona, derivado de una posible reacción defensiva de la víctima.

De todos estos datos fácticos podemos deducir de que la conclusión del Jurado de que estaríamos ante el caso sorpresivo, como modalidad del asesinato alevoso, al no esperarse la víctima una reacción del calibre de la llevada a cabo por los acusados, no obstante el altercado tenido con Lucía , y prueba de ello es que le cogieron desprevenido, sin ninguna posibilidad de defensa o protección, máxime los medios agresivos utilizados que, en cualquier caso, eliminaba la posible defensa de la víctima, fue razonable y correcta.

El motivo consecuentemente, debe ser desestimado, pues aun siendo cierto, como dice el recurrente, que hay una doctrina reiterada de esta Sala que considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito (SSTS. 12.5.93, 10.6.94, 24.7.2000), pero tal doctrina, dice la STS. 24.4.2000 , tiene una doble matización:

1ª. Que no exista un cambio cualitativo importante, pues puede haber alevosía cuando, por ejemplo, en una riña meramente verbal, de repente uno de los contendientes saca un arma de forma inesperada para matar o lesionar.

2ª. Que no haya cesado el incidente anterior, pues cuando éste se ha dado por terminado y después hay una agresión súbita puede concurrir esta agravante.

Y esto es precisamente lo que ocurrió en el caso aquí examinado, en el que la discusión inicial entre la víctima y la mujer del recurrente, fue meramente verbal y ya había finalizado, subiendo Lucía a su domicilio, se produjo por tanto una ruptura entre los dos momentos: la discusión y el ataque del acusado a la víctima, que se produjo de esa forma súbita e inesperada, cuando aquella disputa, solo verbal, con persona distinta del recurrente, había terminado, no pudiendo esperar ese ataque de persona como Diego , con el que no había tenido incidente



ni discusión previa alguna, y menos aun con un arma tan mortífera como una pistola, sin posibilidad, por tanto, de cualquier defensa por su parte.

SEXTO: El motivo cuarto al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley por aplicación indebida del art. 22.4 CP .- pues la actuación de Diego tuvo por causa la sobreexcitación creada por su cónyuge tras su discusión con el Sr. Eloy y no la ideología que podía presumir que éste tenía.

Esta circunstancia que ha habido sido incorporada a nuestra legislación penal en la reforma 4/95 de 11 de mayo, ha sido objeto de críticas doctrinales, por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, que es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducirnos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad, por cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito, por tanto nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudiera producirse casos limite de muy compleja solución.

No obstante los valores de antirracismo, antisemitismo o tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entendemos positiva su incorporación al Código Penal, pero de la misma manera, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste y no otro ha sido el móvil del delito, para evitar la aplicación indiscriminada de esta circunstancia agravante por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia.

Por ello para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE . Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al animo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. Resulta, por ello, innecesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito.

No otra cosa acaece en el caso que analizamos en el que el Jurado expresamente declaró probado que:" Diego actuó movido por un sentimiento ideológico, contrario al que podía presumir tenía D. Eloy , entre otras cosas por su condición de socio y miembro fundador de la asociación «Gurasoak Lanean» y considerarle un «etarra».

El motivo, consecuentemente se desestima.

SEPTIMO: El motivo quinto al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley , por inaplicación del art. 14.3 en relación con el art. 20.4 , o en su defecto, por inaplicación del mencionado art. 14.3 en relación con el art. 21.1 en relación con el 20.4 , o en su defecto, por inaplicación del art. 14.3 , en relación con el art. 21.6 , en relación con el art. 21.1 y 20.4 CP . por cuanto no está probado que el recurrente viera que su hijo portaba un cuchillo y por eso pensó que, era su hijo el herido y no Eloy , por lo que disparó a éste en la errónea creencia de que era su hijo el herido, por lo que su conducta no merece sanción penal o una más leve que la impuesta.

La clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas con esta denominación en el art. 14 CP ., se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad. El error de prohibición consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente y se configura como el reverso de la antijuricidad. Como recuerdan las sentencias Tribunal Supremo 17/2003 de 15.1, 755/2003 de 28.5, 862/2004 de 28.6, 601/2005 de 10.5, la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS. 457/2003 de 14.11, que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la



responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del Código Penal.

Ahora bien la cuestión de evitabilidad del error de prohibición ha sido planteada generalmente - como precisa la STS. 755/2003 de 28.3 antes citada- en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos ...o sobre la significación normativa del hecho. Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción.

No obstante para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (SS. 20.2.98 y 22.3.2001), y como decíamos en las STS. 1171/97 de 29.9 y 302/2003 de 27.2:

a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuricidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y

b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS. 11.3.96 , afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitudes notoriamente evidente .

La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

En esta dirección las SSTs. 755/2003 de 28.5 y 721/2005 de 19.5, aborda el núcleo de la discusión de este recurso, la valoración sobre la valoración de la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición, afirmando que ésta ha sido planteada generalmente en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos (p. ej. sobre la realización de un movimiento corporal determinado) o sobre la significación normativa del hecho (p. ej. interpretar como un ataque lo que en realidad no lo es o suponer necesaria una acción de defensa que no lo es o suponer necesaria una acción de defensa que no lo es). Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción de defensa.

Ciertamente no es fácil proporcionar criterios de medición de este aspecto de la norma. En términos generales, puede señalarse que un criterio racional y seguro en la delimitación de la vencibilidad es el de la existencia de un comportamiento alternativo, de manera que habrá de indagarse si el sujeto activo pudo actuar de modo alternativo a la situación de hecho sobre la que actúa, para lo que será, también, determinante comprobar las circunstancias concurrentes, como la específica preparación y profesionalidad del sujeto y lo que le es exigible en el marco de su actuación. En el mismo sentido habrá de ponderarse si al sujeto le era imposible llevar a cabo una comprobación mas eficiente de la situación fáctica concurrente en función del temor que le pudiera producir la representación de su errónea creencia.

También ha de ponderarse que el margen de error es distinto cuando la situación fáctica a valorar parte de una agresión real, aunque dimensionada de forma errónea, que cuando la agresión es irreal, pues, en esta caso, "el derecho debe dispensar una mayor protección al que no ha generado ningún peligro para sí mismo" STS. 755/2003.

OCTAVO: En el caso que no ocupa en los hechos declarados probados por el Tribunal de Jurado, en el ordinal 8º relativo a este recurrente se dice que " Diego pudo comprobar el hecho de si su hijo era el herido, teniendo tiempo para hacer las comprobaciones oportunas y salir del error de considerar que el agredido era su hijo, utilizando una mínima o normal diligencia" y en la sentencia recurrida se fundamentó que aún ponderando las circunstancias en que se produce la conducta del acusado (nerviosismo, temor angustia), no



puede relativizarse el deber de comprobación (en este caso de si su hijo había sido o no herido), hasta el extremo de prescindir de su exigencia, lo que lleva a la Sala a descartar la concurrencia de error alguno.

Declaración, que desde la función casacional que nos corresponde debe valorarse como correcta y conforme a las leyes de la lógica máxime si la actuación del acusado se pone en relación con sus circunstancias personales, policía nacional en activo y por tanto más habituado que una persona normal a situaciones comprometidas propias de su actuación profesional, conducta anterior bajando de su domicilio, llevando la pistola reglamentaria desenfundada, y mecánica de la agresión, entrando en el establecimiento de la víctima, sorprendiéndola y disparándole cuatro tiros.

Consecuentemente el motivo del recurso debe ser desestimado, sin que las alegaciones relativas a la posibilidad de revisar los hechos probados en el recurso de casación so pretexto de vulnerar el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20.7.2000 y lo dispuesto por el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deban merecer favorable acogida.

En efecto con la STS. 660/2000 de 12.4, debemos recordar que en sus orígenes históricos la casación no era sino un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera policía jurídica depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica...", de ahí su naturaleza de recurso extraordinario.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado señala la STS. 357/2005 de 20.4, que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, al contrario de lo que ocurre en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación, bien que esta supla y cumpla con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de Junio de 1977 en la medida que como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85 , se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido las Sentencias de esta Sala 1565/2002 de 25.9 y 2047/2002 de 10.12, y Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 13.9.2000. Más recientemente la STC. 105/2003 de 2.6, vuelve a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declaración que se produce con posterioridad al Dictamen de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU de 20.7.2000.

A mayor abundamiento, como decíamos en la STS. 357/2005 de 20.4, un acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22.11.84, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de su Exposición de Motivos "... aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta injusta sean sometidos a un Tribunal Superior...", lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la ley máxime en casos como el presente en el que los motivos son por Infracción de Ley.

NOVENO: El motivo sexto al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley, por inaplicación del art. 21.4 o en su defecto, por inaplicación del art. 21.6 en relación con el art. 21.4 CP ., por cuanto Diego confesó a las autoridades la infracción que cometió inmediatamente, y se entregó y entregó el arma homicida, antes de saber que el procedimiento judicial se seguía contra él.

En relación a la atenuante de confesión del art. 21.4 la jurisprudencia ultima de esta Sala, manifestada entre otras en SS. 3.10.98, 25.1.2000, 15.3.2000, 19.10.2000, 7.6.2002, 2.4.2003 , ha puesto de relieve que la razón de la atenuante no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración en la investigación del delito. Se destaca como elemento integrante de la atenuante el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente, no bastando con que haya abierto el procedimiento judicial, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá tal virtualidad si aun no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada cuando ya la autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación. Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, solo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando



se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el "factum", introduciendo elementos distorsionadores de lo realmente acaecido (SSTS. 22.1.97, 31.1.2001, 20.2.2003). Tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales "a no declarar contra si mismo" y "a no confesarse culpable", puesto que ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (STC. 75/87 de 25.5).

En la sentencia 25.1.2000 , se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serán los siguientes:

1º Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción.

2º El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable.

3º La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial.

4º La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial.

5º La confesión habrá de hacerse ante la autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificada para recibirla.

6º Tiene que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante (SSTS. 21.3.97, 11.6.2001). Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como primeras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS. 23.11.2005 , con cita en las sentencias 20.12.83, 15.3.89, 30.3.90, 31.1.95, 27.9.96, 7.2.98, 13.7.98 y 19.10.2005).

En el caso presente es cierto que en el factum /hecho 4º párrafo segundo), se dice que "Tras efectuar los disparos Diego , en compañía de su esposa y de su hijo, subió a continuación al domicilio, desde donde llamó a la Policía, comunicando que había matado a una persona y que llamaran a una ambulancia" y en el hecho 9º, que " Diego confesó los hechos ocurridos a la Policía", pero también lo es que en el párrafo 3º del hecho 4º se recoge que " Diego abandonó el establecimiento que regentaba Eloy , sin atender previamente al herido y con presencia de terceras personas en el lugar de los hechos, que ya habían alertado a la comisión de los mismos", circunstancia ésta que implícitamente se reconoce en el motivo al admitir que la llamada que desde el teléfono de su casa efectuó el recurrente identificándose como policía, como causante de la muerte de Eloy y explicando que no ha sido en acto de servicio, se produce después de otras dos llamadas comunicando lo sucedido, extremo este acreditado por la declaración del Policía Nacional NUM002 , sin olvidar que la detención del acusado fue inmediata con la intervención de un testigo, policía nacional en practicas, por lo que la identificación de aquél se produjo inmediatamente a la comisión de los hechos, siendo de aplicación la doctrina jurisprudencial, por ejemplo SS. 117/2000 de 30.6, con cita de la 1713/99 de 4.12, que recuerda que "en ningún caso podía ser fundamento de la atenuante invocada el mero hecho (...), de que el condenado asumiera, a raíz de los hechos que había sido autor de los dos incendios, lo que era notorio".

En base a lo expuesto es correcta la desestimación de la atenuante realizada por el Tribunal superior, que confirmó idéntico pronunciamiento de la sentencia del Tribunal del Jurado, por cuanto la declaración del recurrente fue extemporánea y carente de eficacia atenuatoria pues el acusado ya había sido identificado después de cometido el hecho.

DECIMO: En relación a la concurrencia de la atenuante analógica 21.6 en relación con la 21.4, hemos de partir de que la atenuante de análoga significación "no puede alcanzar nunca al puesto en que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante análoga significación "no puede alcanzar nunca al supuesto en que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta infracción de la norma, tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la S. 28.1.80, 27.3.83 y 11.5.92), STS. 159/95 de 3.2. Lo mismo en SSTS. 5.1.99, 7.1.99, 27.1.2003 y en STS. 2.4.2004, concita de la STS. 31.1.2000 , se expresa que "tal atenuante ha de aplicarse a aquellos supuestos en los que en la conducta declarada probada se aprecia una disminución del injusto del reproche de culpabilidad en el autor, (...) no se refiere a la concurrencia de los presupuestos de las demás atenuantes previstas en el precepto que recoge las circunstancias de atenuación, pues ello daría lugar a la afirmación de la existencia de atenuantes incompletas, sino que sin tener encaje preciso en las atenuantes (...), merezcan un menor reproche penal y, consecuentemente, una menor consecuencia jurídica".

Por ello, y en relación a la confesión, se ha acogido por esta Sala (STS. 10.3.2004), como circunstancia atenuante analógica la realización de actos de colaboración con los fines de la Justicia, cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos en relación con el acusado -esto es cuando falta el requisito cronológico- (SSTS. 20.10.97, 30.11.96, 17.9.99). La aplicación de una atenuante debe inferirse del Fundamento de la atenuante que se utiliza como referencia, para reconocer efectos atenuatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma razón atenuatoria. En las atenuantes "ex post facti" el fundamento de la atenuación se encuentra básicamente en consideraciones de política criminal orientadas a impulsar la colaboración con la justicia en el concreto supuesto del art. 21.4 CP.

Ahora bien, en estos casos en que falta el requisito cronológico, para la estimación de la atenuante analógica de colaboración debe exigirse que la aportación de datos por el recurrente haya sido relevante para la restauración del orden jurídico alterado por el delito (SSTS. 1.2.2005), y en el factum de la sentencia nada se indica sobre tal relevancia por lo que no hay base para la apreciación de la atenuante analógica.

DECIMOPRIMERO: El motivo séptimo al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley por inaplicación del art. 21.5 , o, en su defecto, por inaplicación del art. 21.6 en relación con el 21.5 CP . por cuanto la llamada a la policía efectuada por Diego inmediatamente después de disparar a la víctima es medio eficiente para procurar reparar o disminuir el daño ocasionado.

La atenuante 21.5 supone, en palabras de la STS. 18.9.2003 , una típica decisión de política criminal del legislador, en la que ha primado la consideración del beneficio objetivo de la víctima - sea por la vía de la plena reparación de los daños sufridos por la misma, sea por la mera disminución de sus efectos- sobre los aspectos éticos y subjetivos propios de las razones que hayan podido determinar al culpable a actuar de tal manera tras la comisión del hecho punible. Este elemento subjetivo, característico de la anterior atenuante del art. 9.9. CP. de 1973 , parece ahora irrelevante pues no se hace preciso acreditar la motivación del sujeto para realizar esos actos de reparación material o de dar satisfacción al ofendido, pues son dos las formas en que puede manifestarse, con lo que va más allá de la satisfacción meramente económica. Incluso la STS 2.7.2003 , tras reconocer que esta atenuante es un tanto selectiva y discriminatoria en cuanto que deja fuera de sus posibilidades a las personas que carecen de recursos económicos, pero también sería injusto prescindir de ella en los casos en que el autor desarrolla una conducta activa de reparación o disminución del daño, admitiéndose no sólo la reparación de carácter económico, pues también se podría aplicar cuando se produce la restitución de los efectos del delito o cuando el culpable trata de reparar los efectos del delito por otras vías alternativas, pudiéndose aplicar por analogía (STS. 4.2.2000).

No obstante en algunas sentencias, STS. 2.10.2003 , parece exigirse lo que se denomina "actus contrarius" por el cual el autor reconoce las infracciones de las normas cometidas, y la STS. 9.4.2001 , con más detalle precisa que esta atenuante se basa en la realización de un "actus contrarius" al delito que implica un reconocimiento de la norma vulnerada por éste y en la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor. Es decir, se trata de una forma de retorno del autor al ámbito del orden jurídico del cual se alejó cometiendo el delito concluyendo en que "lo decisivo es exteriorice una voluntad de reconocimiento de la norma infringida".

Se excluye, por ello, cuando se trata de una mera expresión de una voluntad carente de efectividad (STS. 27.6.2003), aunque se admite la reparación parcial (STS. 24.1.2003), teniendo que estar aquí a determinar si el sujeto realiza todo lo que puede, o como se ha dicho se trata de una reparación voluntariamente parcial, así la STS. 26.4.2003 entiende que se ha de tener en cuenta la situación económica del acusado añadiendo que "repugnaría a un principio de elemental justicia extender la atenuante a quien teniendo plena capacidad económica para reparar la totalidad del daño causado, escatime su contribución, dejando sin indemnizar a la víctima, aunque sea en una parte del perjuicio causado".

En el caso presente falta cualquier tipo de reparación de índole económica y tratar de argumentar que la llamada a la Policía diciendo que había matado a una persona y que llamaron a una ambulancia supone una reparación o disminución del daño causado, supone desconocer el contenido del propio relato histórico -ordinal 4, apartado 3º-. en que se afirma que Diego abandonó el establecimiento que regentaba Eloy , sin atender previamente al herido y con presencia de terceras personas en el lugar de los hechos, que habían alertado de la comisión de los mismos, por lo que no puede entender producida reparación de tipo alguna con la consiguiente desestimación del recurso.

RECURSO DE Héctor

DECIMOSEGUNDO: El motivo primero al amparo de lo previsto en el art. 852 LECrim . y del art. 5.4 LOPJ . por infracción del art. 24.2 CE . al haberse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, concretamente por la existencia de defectos en el veredicto, por parcialidad en las instrucciones dadas al Jurado, al no cumplirse la exigencia prevista en el último inciso del apartado 3 del art. 54 LOTJ. que exige al



Magistrado-presidente que han de decidir en el sentido más favorable al acusado si tras deliberar persisten dudas.

Se argumenta en el motivo que la sentencia de apelación no corrigió el vicio en que incurrió el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado al no advertir a los Jurados que debían resolver en el sentido más beneficioso para Héctor la contradicción que entendía existía entre declarar no probado que Héctor actuara por motivos ideológicos y entender que había actuado por otros motivos, además de por proteger y defender a su madre.

En concreto señala que al folio 1565 el Jurado rechazó que la actuación del recurrente estuviera presidida por motivos ideológicos al no considerar probado el apartado 11 c), es decir la concurrencia de la agravante 4ª del art. 22 CP. Y en el folio 1579 consta que el Magistrado Presidente advierte una supuesta contradicción entre lo expuesto y la consideración que la actuación de Héctor tuvo por causa un sentimiento de defensa y protección de su madre, contradicción que, tiene como única base la presencia del termino "también", ante ello, el Magistrado Presidente, sin instruir en el modo previsto por la Ley al Jurado, le brinda como única solución el cambio del sentido del voto en relación con el apartado 11 c) del objeto del veredicto cuando existían otras soluciones más favorables al reo y compatibles con lo ya declarado probado, lo que no ofreció al Jurado, sin que tampoco se indicara que debía respetar lo ya decidido por mayoría suficiente, y que, en caso de duda, debía respetarse el principio in dubio pro reo.

Y a diferencia de lo ocurrido con el anterior recurrente Valeriano, la sentencia no intenta siquiera justificar la falta del Magistrado Presidente, pero como quiera que la sentencia recurrida analiza conjuntamente los motivos de los diferentes recurrente, por parte de éste se intentan rebatir los argumentos de la sentencia - que han sido transcrito ut supra al analizar el mismo ordinal del recurso interpuesto por Diego en tal sentido señalando que al folio 1579 consta lo que el Magistrado Presidente explicó al Jurado y no consta lo que no explicó, y si no consta si la defensa protestó por la omisión de las instrucciones dadas al Jurado, en la misma lógica de la sentencia debe decirse que tampoco puede saberse si se formuló o no protesta pues el hecho de que no constar la misma no significa que no se formulara, pero, en todo caso, la ausencia de protesta al tratarse de la infracción de un derecho fundamental, no es necesaria para invocar la infracción en ulteriores recursos (art. 846 bis c) ultimo inciso del primer párrafo del apartado a)).

Coincidiendo esta argumentación con la expuesta y desarrollada en el motivo primero del recurso interpuesto por el coacusado Diego , damos por reproducidos, para evitar innecesarias repeticiones, los fundamentos jurídicos 1º y 2º de la presente resolución, que han de llevar igualmente, a la desestimación del motivo.

En efecto, es cierto que como consta al folio 1565 el Jurado no consideró probado (obtuvo una mayoría insuficiente de 6 votos) el hecho 11 c) que es la actuación del recurrente estuviera presidida por motivos ideológicos, pero como al folio 1579, en la explicación que se da en el acta de votación se decía expresamente que "se considera que no actuó solamente por sentimiento ideológico sino por sentimiento de defensa o protección hacia su madre", ello motivó que por el Magistrado presidente se hiciera la observación del folio 1570 desde la contradicción existente y que el hecho 11 c) debiera votarse como probado.

De ahí que cuando se sometió a votación por separado, nuevamente, el tema relativo a su actuación por motivos ideológicos, hecho 11 c), y además por un sentimiento de protección y defensa hecha la madre, hecho 10, el Jurado declaró probados ambos hechos, aceptando dos motivaciones diferentes en la conducta del recurrente, dando lugar a la apreciación de la agravante 22.4 y la atenuante 21.3 (obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos u otro estado pasional de entidad semejante).

Por ultimo la pretensión del recurrente de devolución de la causa a la Audiencia Provincial y la repetición del juicio con nuevo Jurado por una omisión del Magistrado Presidente, en las instrucciones, cuya subsanación solo habría afectado a la no estimación de la concurrencia de la agravante nº 4 del art. 22 , resultaría absolutamente desproporcionada porque, en definitiva, la pena que ha sido impuesta a Héctor , 15 años es la mínima prevista en el art. 139 CP ., careciendo por ello de efectos prácticos.

DECIMOTERCERO: El motivo segundo al amparo de lo previsto en el art. 851.1 LECrim . por quebrantamiento de forma por resultar manifiesta contradicción entre los hechos que se consideran probados en la sentencia en concreto entre que Héctor asestó una cuchillada a Eloy como consecuencia de un estímulo o impulso tan poderoso, al ver el estado de sobreexcitación de su madre y que le llevó a actuar de dicha manera, por un sentimiento de defensa y/o protección hacia su madre, y que Héctor hiriera a Eloy por motivos ideológicos.

El motivo debe ser desestimado.

En efecto tal como hemos señalado en el ordinal 2º del recurso interpuesto por el coacusado Diego la contradicción que da origen al vicio procesal del art. 851.1 debe ser manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical, lo que requiere que sea ostensible, insubsanable y sobre todo incompatible con la



integridad del relato histórico; además que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter coyuntural ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que se trate de una contradicción "in terminus" de modo que el choque de las diversas expresiones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique la negación de otra, igualmente que las frases o expresiones contradictorias por afectar a circunstancias esenciales de la cuestión controvertida y de la misma resolución, sean imprescindibles a la resultancia probatoria, de tal forma que su suspensión propicie la inexpressión, la incomprensión o la falta de claridad de aquélla, siendo errónea la contradicción cuando su objeto aparece intrascendente en el caso examinado, no influyendo en la determinación de la infracción criminal ni en la responsabilidad en juego del sujeto encausado, esto es la contradicción ha de ser causal, determinante de una advertible incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo final de la sentencia.

En el caso presente no se aprecia esa contradicción. En principio el dolo no depende de que el autor haya tenido motivos para matar o que el conflicto en el que se causa la muerte de otro haya tenido una especial intensidad, toda vez que para apreciar que el autor obró dolosamente sólo se requiere que éste haya conocido el peligro concreto de la realización del tipo, cualquiera que sea su motivación. Como dice la STS. 1688/99 de 1.12, en la medida en la que la motivación no es parte del concepto de dolo, éste, como se dijo, no puede depender de la concurrencia de circunstancias exteriores que generen un motivo que explique racionalmente la acción. En efecto el dolo no debe confundirse con el móvil "pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato (amistad, afinidad o discrepancias ideológicas, etc.), de modo que mientras no se incorpore el móvil o animo especial al tipo de injusto, no tendrá ningún poderío destipificador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que le recojan, (SSTS. 2.2.87 y 380/97 de 25.3).

La atenuante 3ª del art. 21, como recuerdan las SSTS. 2085/2001 de 12.11, 1369/2003 de 8.11, 1369/2005 de 8.11, denominada de "estado pasional", que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre. Por ello en las dos modalidades que engloba, una emocional, fulgurante y rápida, que constituye el arrebató, y otra pasional, de aparición más lenta, pero de mayor duración, que integra la obcecación, se precisa para su estimación que haya en su origen un determinante poderoso de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, o ambas, atendiendo tanto a las circunstancias objetivas del hecho como a las subjetivas que se aprecien en el infractor al tiempo de su ejecución (STS. 274/2004 de 27.2).

Ahora bien su concurrencia no es gramaticalmente contradictoria con que el acusado actuase también por motivos ideológicos. Sería cuestión no de quebrantamiento de forma, art. 851.1, sino de compatibilidad de circunstancias modificativas de la responsabilidad, que debe encauzarse por la vía de infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. y en este sentido se admite doctrinalmente la compatibilidad de la agravante 22.4, con las atenuantes si bien en supuestos de perturbación psíquica o alteración emocional será necesario que se acredite que el acusado tuvo conciencia del móvil discriminatorio.

El motivo por lo expuesto, se desestima.

DECIMOCUARTO: El motivo tercero al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 139.1 en relación con el art. 138 y consiguiente inaplicación del art. 148 CP.

Se argumenta en el motivo que la herida que causó la muerte de Eloy no fue la cuchillada asestada por Héctor, sino, como ha sido probado, uno de los disparos efectuados por Diego, la calificación de la herida causada por Héctor como "mortal necesidad", no significa con que la muerte no se produzca finalmente y con la ausencia de intención de matar, y si Héctor no mato, no se cumple el tipo de los arts. 138 y ss. y solo podría ser condenado por la subsunción de su conducta en el tipo agravado de las lesiones, art. 148 CP.

El motivo debe ser desestimado.

Por lo que hace referencia a la apreciación que la Sala de instancia hace del animus necandi, debemos recordar que en este sentido el elemento subjetivo de la voluntad del agente, substrato espiritual de la culpabilidad, ha de jugar un papel decisivo al respecto llevando a la estimación, como factor primordial, del elemento psicológico por encima del meramente fáctico, deducido naturalmente, de una serie de datos empíricos, muchos de ellos de raigambre material o física, de los que habría que descubrir el animo del culpable y ello a pesar de su relatividad y de advertencia de las dificultades derivadas de la circunstancia de la igualdad objetiva y equivalencia del bien jurídico vulnerado en las lesiones consumadas y el homicidio que no trascendió en su



ejecución de la forma imperfecta. Las hipótesis de disociación entre el elemento culpabilístico y el resultado objetivamente producido, dolo de matar, por un lado, y mera originación de lesiones, por otro, ha de resolverse llegando a la determinación de si realmente hubo dolo de matar, dolo definido en alguna de sus formas, aún el meramente eventual -que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad en que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido-, o la intención del individuo no fué mas lejos del "animus laedendi o vulnerandi", sin representación de eventuales consecuencias letales.

El delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntad en su acción dirigida hacia la meta propuesta de acabar con la vida de una persona, dolo de matar que, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho y que según reiterada jurisprudencia (ss. 4.5.94, 29.11.95, 23.3.99, 11.11.2002, 3.10.2003, 21.11.2003, 9.2.2004, 11.3.2004, 10.1.2005, 17.3.2005), podemos señalar como criterios de inferencia:

- 1) Las relaciones que ligan al autor y la víctima, "también están las circunstancias personales de toda índole, familiares, económicas, profesionales, sentimientos y pasionales" (sTS. 17.1.94).
- 2) La personalidad del agresor, "decidida personalidad del agente y el agredido" (sTS. 12.3.87).
- 3) Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento.
- 4) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda, "palabras que acompañaron a la agresión (sTS. 3.12.90) y del agente causante tras la perpetración de la acción criminal.
- 5) Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar, "medios e instrumentos empleados en la agresión" (sTS. 21.2.87).
- 6) Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos letal, "las modalidades de ataque, el ímpetu del mismo y las regiones contra las que se dirige, no todas ellas ostentan la misma fuerza de convicción, y así la naturaleza del arma y la zona anatómica sobre la que se ejercita la acción tienen al igual que la potencialidad del resultado letal un valor de primer grado" (sTS. 13.2.93).

Pero si bien la mayoría de la jurisprudencia esta circunstancia de las zonas de las heridas coinciden en considerarlo el argumento más concluyente del animo que mueve al agresor, "las zonas sobre las que se produce la incisión ponían en riesgo la vida de la víctima y revelaban un ímpetu homicida más allá del simple propósito de causar lesiones" (sTS. 9.6.93) no son extrañas otras de signo contrario, "el hecho de que las heridas fuesen susceptibles de causar la muerte no quiere decir que nos encontramos ante un inequívoco e indiscutible "animo de matar" (ss. 13.6.92 y 30.11.93).

g) Insistencia y reiteración de los actos atacantes, "duración, número y violencia de los golpes" (ss. 6.11.92, 13.2.93), continuación del acometimiento hasta la propia vía pública (s. 28.3.95); pero que es matizado por la misma jurisprudencia en el sentido de poderse inferir la existencia de ánimo de matar en el caso de herida poco profunda, pero como recuerdan las ss. 14.7.88 y 30.6.94, cuando el autor realiza un comportamiento que por si mismo es idóneo para producir el resultado, no cabe sino delito de homicidio frustrado.

h) Conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desatendiéndose del alcance de sus actos, alejándose del lugar, persuadido de la gravedad y transcendencia de los mismos (s. 4.6.92).

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

DECIMOQUINTO: En el caso presente tanto la sentencia del Tribunal de Jurado como la del Tribunal Superior en apelación destacan como circunstancias que permiten colegir inequívocamente el animo de matar en ambos acusados, en los medios utilizados -plenamente susceptibles de ocasionar la muerte- y el lugar del cuerpo que alcanzaron, por los órganos vitales existente, y en particular en relación a Héctor al dirigir la puñalada con un arma blanca de grandes dimensiones (11 cms. de hoja) hacia el tronco de la víctima que denota la intención de causar un grave mal, pudiendo representarse el resultado fatal como así habría sido al producir un estallido hepático, al que sobrevendría un shock hipovolémico, mortal de necesidad, tal como afirmaron los médicos forenses, de no haber intervenido de manera más fulminante el acusado Diego .



Elementos o circunstancias concurrentes que evidencian como racional y lógica la inferencia de la Sala en orden a determinar la presencia del animo homicida en la actuación de Héctor .

Es cierto que en los hechos probados relativos al coacusado Diego (ordinal 5º), se dice que éste ejecuto directa y materialmente por sí, los cuatro disparos contra Eloy , de los que tres impactaron en la víctima, causando la muerte de la misma al alcanzarle uno de los disparos en la cabeza y producir una asfixia por aspiración masiva de sangre, es decir que la herida que realmente causó la muerte a Eloy no fue la cuchillada de Héctor sino un disparo de Diego , pero de tal circunstancia no podemos derivar la calificación de su conducta hacia un delito de lesiones ni excluir su consideración de autor en el delito de asesinato.

En efecto son coautores los que codominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica y con posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica. La coautoría aparece caracterizada -como decíamos en la STS. 17.3.2005 - desde el plano subjetivo por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SSTS. 29.3.93, 24.3.98, y 26.7.2000 , han admitido como supuesto de autoría, lo que se ha denominado participación admisiva o sucesiva y también coautoría aditiva que requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

Esta autoría implica el dominio del hecho cuando los acontecimientos realizados se encuentran directamente relacionados con el acto físico en que el delito se configura y tipifica, como es en el caso presente (haber apuñalado previamente a la víctima con animo homicida y no impedir, posteriormente, que su propio padre efectuase los disparos con la pistola). En este supuesto Héctor , realizó los propios del núcleo de la acción constitutiva de la infracción, que no lo es solo efectuar los disparos, sino también todos aquellos actos físicos u omisiones íntimamente unidos a lo que en principio es la esencia del tipo penal, cual aconteció en el caso enjuiciado en el que hubo un elemento objetivo de un lado, una acción que hubiese causado por sí sola, la muerte de la víctima apuñalando a la misma, y de otro, una omisión eficaz, patente y manifiesta que hubiese evitado la comisión del delito; un elemento subjetivo, voluntad consciente de cooperar al resultado con esa acción y omisión, y un elemento normativo, deber de actuar para impedir la consumación del resultado ilícito que se estaba cometiendo, deber impuesto por la situación de peligro anterior creada por el mismo con la agresión con el cuchillo.

Por ello puede hablarse de coautor en sentido estricto pues formó parte del plan del autor, intervino en su ejecución y ostentó dominio funcional del hecho, contribuyendo y colaborando a la realización del delito de manera esencial o relevante, e igualmente está presente el elemento subjetivo o anímico basado en un acuerdo de voluntades tácito y simultáneo a la dinámica conexión e identificado con un doble dolo, integrado por la conciencia de la ilicitud del acto proyectado y realizado por el autor, y por el conocimiento y la voluntad de que con la propia acción u omisión se está auxiliando de algún modo al autor material en la realización delictiva.

En definitiva nos hallamos ante un comportamiento conjunto, ante un ataque colectivo en el que padre e hijo agredieron a la víctima. El que pueda decirse que la muerte fuese causada por el disparo de la pistola de Diego , no puede excusar la responsabilidad de Héctor . En efecto éste fue quien inició la agresión con la cuchillada encaminada a acabar con la vida de la víctima, no pudiéndose romper el título de imputación, aunque en este caso la muerte finalmente se produjera por la acción del otro acusado, pues su adhesión expresa al pacto criminal, su misma presencia física coadyuvando a la consecución de la mecánica comisiva, su propia actividad agresiva no desatendiéndose de lo que allí ocurría, le convierten en coautor material, por cuanto es doctrina harto consagrada que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida. Cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo concurso, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito.



El motivo por lo razonado, se desestima.

DECIMOSEXTO: El motivo cuarto al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida del art. 139.1 en relación con el art. 22.1 y consiguiente inaplicación del art. 138 CP ., dado que la actuación de Héctor no es alevosa y por tanto no es subsumible en el tipo del asesinato, sino en el del homicidio por faltar el elemento subjetivo de la agravante, por cuanto la propia sentencia habla de un actuar irreflexivo, de un impulso no controlado del recurrente que es claramente incompatible con la intención de búsqueda de una ocasión propicia con qué sorprender a la víctima.

Coincidiendo en su planteamiento y desarrollo con el ordinal tercero del recurso interpuesto por el coacusado Diego debe seguir igual suerte desestimatoria, dándose por reproducidos los fundamentos jurídicos 4º y 5º que anteceden para evitar innecesarias reproducciones.

No obstante debemos insistir en que el cauce casacional utilizado hace necesario partir de manera inexcusable del riguroso respeto a los hechos declarados probados, sin omitir los que aparecen en el relato histórico ni incorporar otros que no se encuentre en aquel (STS. 30.11.98). Se ha dicho reiteradamente que cuando se opta por la vía del error de derecho, se parte de un absoluto respeto a la relación de hechos probados, por lo que habiéndose constatado que no se puede modificar su contenido resulta inoperante cualquier alegación sobre errores de calificación cuando no existe base fáctica en que poder sustentar la pretensión del recurso (STS. 3.6.2000).

El objeto de este motivo, dice la STS. 25.6.99 , consiste exclusivamente en comprobar si, dados los hechos que se declaran probados, que han de ser respetados en su integridad, orden y significación, se aplicaron correctamente los preceptos penales sustantivos en que aquellos se subsumieron, de suerte que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento desencadena inexcusablemente la inadmisión del motivo (art. 884.3 LECrim .), y en trámite de sentencia su desestimación.

Y en el caso presente en el relato fáctico relativo a este recurrente se hace constar que dicho acusado bajó a la calle con un machete o cuchillo de grandes dimensiones y entró en el establecimiento del Sr. Eloy , sorprendiéndole cuando estaba desarrollando las labores de su oficio, dándole una cuchillada.

En tal relato fáctico se desprende un modo de actuar que se corresponde con el ataque súbito o inopinado que caracteriza la alevosía "sorpresa" que imposibilitó cualquier reacción defensiva de la víctima, tal como igualmente se plasma en el factum, ordinal 8 (" Héctor para cometer el hecho de dar muerte a Eloy , lo hizo de manera tal, que asegurando la muerte de la víctima, evitaba por otra parte cualquier riesgo para su propia persona, derivada de una posible reacción defensiva de la víctima").

El motivo, consecuentemente, no puede ser estimado, al ser la alevosía perfectamente compatible con el arrebató o estado pasional, siempre que el agente conserve el suficiente grado de conciencia y lucidez para captar el alcance del medio o instrumento empleado y de la forma de agresión (STS. 20.10.96). Como dice la STS. 1.7.94 , aunque es verdad que la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo que la alevosía exige, además del elemento objetivo (empleo de medios, modos o formas), otro elemento subjetivo (es decir que aquellos medios, modos o formas sean conocidos y queridos por el agente, que los busque o los aproveche), también lo es que tal exigencia, de carácter subjetivo, no se opone a la existencia contemporánea de estados psíquicos o cursos de los sentimientos que alteran la normalidad o el equilibrio de la mente y/o de la voluntad.

DECIMO SEPTIMO: El motivo quinto al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley , por aplicación indebida del art. 22.4 CP . por cuanto la actuación de Héctor tuvo por causa un estímulo o impulso tan poderoso, al ver el estado de sobreexcitación de su madre y que le llevó a actuar de dicha manera por un sentimiento de defensa y/o protección hacia su madre y no la ideología que podía presumir que tenía la víctima.

Así de los hechos probados de la sentencia dictada por el Magistrado Presidente se explica que lo ocurrido fue que "simplemente, Lucía creó en el ámbito familiar un estado de sobreexcitación, como consecuencia del incidente, tras lo cual, sin solución de continuidad, bajó las escalera Héctor , dirigiéndose al establecimiento que regentaba D. Eloy (:::) Héctor asestó la cuchillada como consecuencia de un estímulo o impulso tan poderoso, al ver el estado de sobreexcitación de su madre y que le llevó a actuar de dicha manera, por un sentimiento de defensa y/o protección hacia su madre....".

El motivo no respeta los hechos probados, que en el apartado relativo a Héctor , apartado 9, recoge que "actuó movido por un sentimiento ideológico, contrario al que podía presumir tenía D. Eloy , entre otras cosas por su condición de socio y miembro fundador de la asociación "Gurasoak Lanear" y considerarle un "etarra".

Consecuentemente la motivación ideológica se da por probada, lo que implica la desestimación del motivo, coincidente en lo esencial con el articulado en cuarto lugar por el coacusado Diego , dando por reproducido el Fundamento Jurídico quinto de esta sentencia, al ser compatible dicha motivación con el sentimiento de



defensa y/o protección de su madre, tal como se ha razonado al analizar el motivo primero del presente recurso.

DECIMO OCTAVO: El motivo sexto al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim . por inaplicación de la eximente prevista en el art. 20.1 CP . (en su defecto, por inaplicación del art. 21.1 en relación con el art. 20.1 y en su defecto, por inaplicación del art. 21.6 en relación con el 21.1 y 20.1 CP .), puesto que está acreditado que el recurrente encuentra más dificultad de lo normal en controlar sus impulsos, su capacidad volitiva está disminuida, por lo que procede excluir o atenuar su responsabilidad.

En este sentido argumenta el motivo que la propia sentencia no ve inconveniente en apreciar una atenuante analógica al recurrente, debido a su incapacidad para adecuar su conducta a su comprensión, pero no la aplica por entender que el Jurado ya tuvo en cuenta esa disminución de su capacidad volitiva al estimar concurrente la atenuante de arrebató; lo que no se considera admisible al ser compatible el arrebató con la eximente o atenuante invocadas, que se basan en la personalidad del recurrente que, según dictamen de los peritos tenía rasgos de tipo paranoide, impulsivos y antisociales, además de una capacidad intelectual límite.

El motivo debe ser desestimado. Como ya hemos razonado en motivos precedentes, en base al art. 849.1 LECrim . no puede pretenderse una modificación del hecho probado, sino que ha de aceptarse tal cual está en la sentencia de instancia, pues aquí no se denuncian errores de hecho sino de derecho, esto es, una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia, pues se ha realizado una indebida subsunción o además de ser indebida la subsunción dejaron de realizar la correcta o realizaron una interpretación equivocada, o, en caso de absolución por falta de aplicación del precepto penal correspondiente.

Siendo así, en el relato fáctico de la sentencia solo se recoge, en el apartado 1º que: " Héctor, impulsado por la sobreexcitación de Lucía y sus explicaciones sobre el incidente que había tenido lugar minutos antes con D. Eloy, bajó repentinamente a la calle con intención de ir a dicho establecimiento (el de Eloy)", y en el apartado 10º que: " Héctor asestó la cuchillada como consecuencia de un estímulo o impulso tan poderoso, de ver el estado de sobreexcitación y que llevó a actuar de dicha manera, por un sentimiento de defensa y/o protección hacia su madre". Nada se afirma en orden a la personalidad del recurrente y los rasgos paranoides del mismo, sino solo de aquel estímulo que le produjo ese estado de sobreexcitación de su madre determinante de la disminución de sus facultades volitivas, encuadrable dentro de la atenuante de arrebató.

DECIMO NOVENO: El motivo séptimo al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley , por inaplicación del art. 21.4 CP . o, en su caso, por inaplicación del art. 21.6 en relación con el art. 21.4 CP ., por cuanto Héctor antes de conocer que el procedimiento judicial se dirigía contra él y sin ser instruido de sus derechos, entregó el arma con que acuchilló al Sr. Serafin , cuando nadie sabía que tal hecho se había producido, y pudiendo huir, esperó en su domicilio a ser detenido para confesar después su infracción.

El motivo discrepa de la fundamentación de la sentencia recurrida que descarta la apreciación de la atenuante porque "las declaraciones de las que se pretende derivar, se prestaron tras haberse producido ya la intervención policial en el domicilio del recurrente", pero guarda silencio sobre que antes Héctor cuando nadie sabía que había acuchillado a Eloy , entregó a la policía el arma con la que causó la herida, todo lo que sucedió sin que le instruyeran de sus derechos, defecto de la instrucción que, caso de posterior negación de los hechos habría convertido en pruebas ilícitas la entrega del arma y el reconocimiento de los hechos.

Articulado el motivo por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim., hay que respetar los hechos probados, y en el apartado 5 se expresa: "tras la cuchillada de Héctor y los disparos efectuados por su padre Diego , ambos en compañía de Lucía , abandonaron el establecimiento, sin atender previamente al herido y con presencia de terceras personas en el lugar de los hechos, que ya habían alertado de la comisión de los mismos, saliendo a continuación al domicilio, donde fue detenido por la Policía" y en el apartado 6 " Héctor , antes de entregar el cuchillo-machete lo limpió".

Dando por reproducidos los fundamentos jurídicos 9º y 10º de la presente resolución que analizaban la concurrencia de la misma atenuante en el motivo sexto del recurso interpuesto por el coacusado Diego , el motivo debe seguir igual suerte desestimatoria. En efecto del relato fáctico a que se ha hecho referencia solo se desprende que el hoy recurrente entregó el arma con que ejecutó el hecho a la Policía, al ser detenido en su domicilio, a donde había subido tras cometer el hecho y que la llegada de la Policía a su vivienda se produjo porque terceras personas que se encontraban en el lugar habían alertado a la comisión de los hechos. Consecuentemente, si se conocía por la Policía quienes habían sido los autores de los hechos, la entrega del arma no resultó trascendente a los efectos de facilitar la investigación de lo sucedido.

Por ultimo, la afirmación del recurrente que la entrega voluntaria del arma y su confesión espontánea, sin que le hubiesen instruido de sus derechos, supondría la ilicitud de tales pruebas, si posteriormente hubiese negado los hechos, no puede ser compartida.



Ninguna Ley prohíbe que las personas, detenidas o no, realicen de forma voluntaria y espontánea determinadas manifestaciones de voluntad a la policía, confesando su culpabilidad e incluso entregando los efectos o los instrumentos del delito.

Tales manifestaciones, precisa la STS. 7.2.2000, efectuadas con anterioridad a ser informados al detenido de sus derechos no pueden luego incorporarse por escrito al atestado con la firma del detenido, pero que si así se hiciese la ilegalidad consiguiente tendría carácter de ordinaria y, por lo tanto, la prueba habría de conceptuarse irregular, de manera que no deberá afectar a las ulteriores diligencias practicadas con pleno respeto a las exigencias legales y constitucionales.

VIGESIMO: El último motivo al amparo de lo previsto en el art. 849.2 LECrim . error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, error cometido al considerar probado que Héctor mató a Eloy, cuando el informe de autopsia, ratificado en el juicio oral, señala que "la causa última del fallecimiento es una asfixia por aspiración masiva de sangre producida por herida de arma de fuego", y al considerar probado que Héctor no tiene disminuida su capacidad volitiva, cuando el informe psiquiátrico legal, ratificado en el juicio oral, emitido por una doctora en Medicina especialista en psiquiatría, la medico forense del Instituto Navarro en Medicina legal y la psicóloga del Juzgado Decano, refiere el carácter impulsivo del recurrente, actuando de manera espontánea, inquieta y sin reflexión, una capacidad límite y trastorno de personalidad mixta con rasgos predominantemente de tipo paranoide, impulsivo y antisocial, así como la existencia en el mismo de una disminución de su capacidad volitiva.

El motivo debe ser desestimado.

El ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubiera tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo por "error iuris" que se contempla en el primer apartado del precepto procesal.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la practica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim . como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la intermediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria intermediación.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim . consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia,



que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96, 11.11.97, 24.7.98).

Igualmente ha de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Dicho lo anterior, queda por exponer qué es lo que la jurisprudencia considera documento a estos efectos. Para el Tribunal Supremo son documentos "aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico". Se trata de documentos producidos u originados fuera del proceso, pero incorporados al mismo y que vinculan al Juez. De manera que para que prospere un motivo en razón del art. 849.2 LECrim . en base o en documento es preciso:

- a) que se trate de un documento que por naturaleza vincule al Juzgador.
- b) que lo que con él se pretende acreditar no dependa de la intermediación y la oralidad.

Por ello, considera esta Sala que no constituyen documentos a estos efectos la prueba pericial, pues se trata de una prueba personal y no documental, aunque aparezca documentada a efectos de constancia.

Excepcionalmente, se les reconoce virtualidad como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando:

- a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que altere relativamente su sentido originario.
- b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con los de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2, 1224/2000 de 8.7, 1572/2000 de 17.10; 1729/2003 de 24.12, 299)2004 de 4.3, 417/2004 de 29.3).

En el primer caso se demuestra error al incorporar a los hechos la conclusiones del único informe pericial sin explicación que lo justifique y en el segundo, se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo (STS. 2144/2002 de 19.12).

En el caso presente el informe de autopsia no evidencia error alguno en la sentencia de instancia por cuanto en el relato fáctico no se afirma que la cuchillada de Miguel causara la muerte de manera inmediata a la víctima, sino que "era mortal de necesidad, al afectar al hígado y pulmón y producir en la víctima un estallido hepático que en un periodo de tiempo corto-medio, hubiera producido un shock hipovolémico", y por el contrario al referirse a la conducta del coacusado Diego que éste "ejecutó directa y materialmente por sí, los cuatro disparos contra D. Eloy , de los que tres impactaron en la víctima, causando la muerte a la misma al alcanzarle uno de los disparos en la cabeza y producir una asfixia por aspiración masiva de sangre".

Cuestión distinta es si esta muerte puede ser igualmente imputada a Héctor , lo que ha sido objeto de análisis en el motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim ., infracción de precepto sustantivo.

Y respecto al dictamen pericial invocado como documento numero dos, el Jurado analizó y tuvo en cuenta su contenido así como las declaraciones de sus firmantes en el acto del juicio oral.

Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim . Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la intermediación para



completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la intermediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECrim . No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de intermediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si, como hemos dicho, en definitiva la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. (art. 849.2) en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio, (SSTS. 275/2004 de 5.3 y 768/2004 de 18.6).

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia de esta Sala, a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad por el Tribunal de casación.

Siendo así, no debe confundirse este supuesto excepcional con la valoración que el Tribunal hace de la prueba pericial, pues como indica la STS. 1572/2000 de 17.10, "El Tribunal ha valorado una pluralidad de informes, incluidas las matizaciones realizadas por el perito en el acto del juicio oral, obteniendo racionalmente su convicción... por lo que nos encontramos ante un ejercicio razonable de las facultades valorativas del Tribunal de instancia, no cuestionables a través de este cauce casacional".

RECURSO DE Serafin

VIGESIMOPRIMERO: El motivo primero se articula al amparo del art. 852 LECrim . por infracción de precepto constitucional, y en concreto por vulneración del art. 24.1 CE . en relación con los arts. 5.4 y 11.3 LOPJ.

El motivo en su desarrollo argumental consigna diversos apartados de la sentencia recurrida y hace referencia a elementos obrantes de la causa que considera trascendentes para la evaluación del mismo y que llevan a la conclusión de que aquella resolución quebrantó gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 CE , causándole indefensión.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar como la constante jurisprudencia constitucional ha configurado inequívocamente la indefensión como aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, es decir, se trata de una real y efectiva privación o limitación del derecho de defensa como directa consecuencia de una acción u omisión del órgano judicial. La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción).

La tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE, se concibe con la negación de la expresada garantía (ssTC. 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11).

Resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1 , se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE . sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el



proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (ssTC. 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo (ssTC. 90/88, 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE. Así la sTS 31.5.94, recuerda que el TC. tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (ssTC. 145/90, 106/93, 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto materia de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (ssTC. 153/88, 290/93).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse evitado la infracción denunciada. El carácter material y no meramente potencial o abstracto de la indefensión subyace además bajo los conceptos de pertinencia y necesidad de la prueba para sustentar la facultad del órgano judicial de denegar la suspensión del juicio por causa de la imposibilidad de practicar pruebas solicitadas en tiempo y forma.

VIGESIMOSEGUNDO: En el caso actual el recurrente deduce esa conculcación de su derecho a la tutela judicial efectiva de la inclusión sin resultado alguno de dos propuestas de culpabilidad y de la deficiente redacción de los hechos justiciables, sin que de tales deficiencias u omisiones resulte consecuencia alguna.

Considera el motivo que el establecimiento preciso de los hechos constituye la clave del sistema penal derivado del principio acusatorio. La sustitución por parte del Tribunal de los hechos fijados por la acusación por otros distintos o su planteamiento confuso o contradictorio, como según la Sala de instancia sucedería en este caso, son constitutivos de la vulneración del art. 24 CE., por cuanto nada hizo la parte recurrente que provocara u ocasionara tal situación tan distorsionadora del debate, por el contrario contribuyó en todo momento a la claridad del proceso e incluso trató de eliminar elementos distorsionadores del mismo como por ejemplo, al tratar de eliminar la voz "simplemente" en la proposición del objeto del veredicto 5 b, a lo que se accedió aunque posteriormente no se llegó a eliminar, lo que también contribuyó a su oscurecimiento de los términos del debate.

El motivo no debe ser estimado.

Es cierto que algunas de las deficiencias que se denuncian en el motivo se dieron realmente y así se admite incluso en la sentencia recurrida, como que las acusaciones en la audiencia prevista en el art. 53 LOTJ. solicitaron la eliminación en la redacción del hecho 5 b, del adverbio "simplemente", y en el acta (folio 1187), consta que se accedió a tal solicitud y sin embargo no lo fue porque apareció en la redacción que se sometió al Jurado, igualmente que en la fijación de los hechos justiciables en el objeto del veredicto se debió incluir solo aquellos que tenían carácter antijurídico, eliminando los que no tenían transcendencia jurídico-penal y es que, como dice la sentencia impugnada hubo de requerir al Jurado para que se pronunciase sobre si Lucía tuvo intención de matar a Eloy y si para ello convenció a su marido y a su hijo, siendo las cuestiones sobre los restantes aspectos por su falta de relevancia jurídica, pero tales deficiencias no implican la denunciada indefensión a la parte acusadora.

En efecto el Tribunal del Jurado inicialmente no consideró probados las proposiciones 5 a ("si tras dicha conversación a través del telefonillo del portero automático, Lucía tiene la intención de matar a D. Eloy, para lo que convence a su marido Diego e hijo Héctor para que bajen al establecimiento que regentaba con tal fin, lo que así hacen los tres acusados"), 5 c) ("si simplemente Lucía creó en el ámbito familiar un estado de sobreexcitación, como consecuencia del incidente, tras lo que Lucía bajó junto con Diego y Héctor, al establecimiento que regentaba D. Eloy"), y 12 ("si Lucía salió y exteriorizó la intención de matar a D. Eloy, tras la discusión mantenida con él y subir a su domicilio, haciéndola participe a su marido e hijo y convenciéndoles para que dieran muerte material al Sr. Eloy"), y si declaró probada la 5 b ("si, simplemente Lucía creó en el ámbito familiar un estado de sobreexcitación, como consecuencia del incidente, tras lo que, sin solución de continuidad, bajó las escaleras Héctor, dirigiéndose al establecimiento que regentaba D. Eloy y a continuación



bajaron con idéntico destino Lucía y Diego), y en cuanto al hecho delictivo por el cual la acusada habría de ser declarada culpable o no culpable declaró no culpable del hecho A ("si Lucía salió a matar a D. Eloy y para ello convenció a su marido Diego y a su hijo Héctor , para que ejecutaran materialmente dicha muerte"), y por el contrario culpable del hecho B ("si con sus actos y conducta Lucía provocó con Diego y Héctor , la actuación frente a D. Eloy que ocasionó su muerte").

Acordada la devolución del acta por el Magistrado Presidente al observar contradicción entre los hechos declarados probados y el pronunciamiento de culpabilidad, introdujo dos nuevos hechos para someterlos a la consideración del Jurado: el 5 d) ("si Lucía creó en el ámbito familiar su estado de sobreexcitación, como consecuencia del incidente, provocando conscientemente que Diego y Héctor , bajaran al establecimiento que regentaba D. Eloy , a fin de darle muerte") y el 12 b) ("si Lucía provocó conscientemente, con su actitud, sobreexcitación y explicaciones sobre el incidente ocurrido con D. Eloy con ocasión de intentar poner una pegatina en el escaparate del establecimiento de éste, la intención de matar al Sr. Eloy ni su marido Diego e hijo Héctor). Dado que el Jurado declaró no probados ninguno de los dos por unanimidad, ello provocó una nueva devolución del acta por el Magistrado Presidente, al observar contradicción entre la declaración de no probado de los hechos anteriores 5 d) y 12 b) y después considerar culpable a la acusada Lucía del hecho B, por cuanto éste viene referido a uno de los delitos que imputan las acusaciones particular y popular a Lucía para el caso de que el Jurado no la considerara autora por inducción, lo que así habría sido declarado por el Jurado.

Ahora bien como el delito de hecho B requiere necesariamente que la autora haya realizado dicho hecho de una manera consciente, esto es sabiendo lo que hacia y voluntariamente, esto es con voluntad de realizarlo, si se declaran como no probados los hechos 5 d) y 12 b), ello significa que el Jurado considera que no está probado que Lucía voluntariamente y sabiendo lo que quería, provocara a su marido y a su hijo para que bajaran al establecimiento del Sr. Eloy a fin de darle muerte. Por lo tanto, al no estar acreditado que de manera consciente y voluntaria los provocara no puede ser culpable del hecho B.

El Jurado tras nueva deliberación, redactó un nuevo apartado dentro del pronunciamiento de culpabilidad en los siguientes términos.

Lucía .

Sexto-hecho delictivo, por el cual la acusada habrá de ser declarada culpable o no culpable.

Punto C) si con sus actos y conducta Lucía provocó conscientemente en Diego y en Héctor , la actuación frente a D. Eloy que ocasionó su muerte.

El Jurado no consideró probado tal hecho al obtener la culpabilidad solo 6 votos a favor, entendió que el punto B no debía ser anulado e hizo constar en relación al hecho justiciable 5 b) lo siguiente:

Punto B. Teniendo en cuenta la fecha en que ocurrieron los hechos (días posteriores al 11.11) y con las convicciones de Lucía de que todo el mundo relacionado con una determinada ideología estaba contra ella, una vez tenida la discusión con Eloy subió a su domicilio llena de ira y con su actitud (la de los días anteriores de grave excitación y frases reiterativas que calentó la cabeza a su marido y a su hijo debido a su grave influencia sobre este último) provocó que tanto su marido como su hija bajaran con la intención de matar a Eloy , sin que ella, no sólo no lo impidiera sino que lo alentaba, como testifica la testigo nº NUM003 "voy a matar a ese hijo de puta", a la vez que acompañaba a su marido con la pistola".

Emitiendo un veredicto de culpable de provocación con 8 votos a favor

Consecuentemente el Jurado rechazó de una parte, emitir pronunciamiento de culpabilidad de Lucía como inductora, sexto A, y de otra rechazo, tener por cierto el hecho 5 d) que incorporaba como rasgo fundamental la expresión "provocar conscientemente" y al tratar los hechos que configuraron la participación de la acusada, hecho 12, estimó no estar probado que Lucía idease y exteriorizase la intención de matar a Eloy tras la discusión tenida con él, rechazando, igualmente en este punto, la propuesta alternativa 12 b) planteada por el Magistrado Presidente que incorporaba la provocación consciente, y se limitó a declarar probado el hecho 5 b), haber creado en el ámbito familiar un estado de sobreexcitación, como consecuencia del incidente, tras lo que, sin solución de continuidad, bajó las escaleras su hijo Héctor , dirigiéndose al establecimiento de Eloy y a continuación bajaron con idéntico destino ella misma y su marido Diego , con las consideraciones que expuso como punto B (folio 1135), en orden a justificar como se produjo ese estado de sobreexcitación.

Siendo así, si la sentencia del Tribunal Superior, discrepando del criterio del Magistrado Presidente, entendió que esa conducta de Lucía , plasmada en los hechos probados, apartado 1, ordinal 5, no configuraba la proposición de delinquir, pues alterar la normalidad familiar que hasta ese momento había, excitando a su marido e hijo, perturbándoles el ánimo y provocándoles de este modo a que bajaran y cometieran los hechos, no es subsumible en el concepto legal de proposición del delito, la impugnación de tal pronunciamiento deberá



hacerse vía infracción de ley, art. 849.1 LECrim., pero no supone quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación particular.

VIGESIMOTERCERO: El motivo segundo al amparo de los arts. 847 y 849.2 LECrim. por infracción de Ley al existir error en la apreciación de las pruebas, basado en documentos obrantes en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Señala el motivo como documentos que acreditan tal error los folios 1198 y ss. y 1573 y 1581 que contienen las aclaraciones del Jurado al "punto B", en cuanto hace referencia a las intenciones de Lucía de matar a Eloy, lo cual ella misma atentaba profiriendo la frase "voy a matar a ese hijo de puta", a la vez que acompañaba a su marido con su pistola.

El Tribunal del Jurado obtuvo la inequívoca declaración de culpabilidad de Lucía (folio 1581), lo que en lógica congruencia dio lugar a su condena en la sentencia dictada en primer grado como autora responsable del delito contemplado en el art. 141 CP. Los elementos fundamentales para la condena de Lucía los proporciona el propio Tribunal del Jurado, cuando respondiendo a las aclaraciones solicitadas por el Magistrado Presidente (folio 1198), al delito alternativo y subsidiario de que venía siendo acusada por la parte, aclaran su posición en los términos que constan al folio 1135.

El motivo debe ser desestimado.

La jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo 5.4.99, 6.6.2002 y 17.3.2005), establece como requisitos de este motivo casacional:

a) ha de fundarse en una verdadera prueba documental lo que excluye de su consideración otras modalidades de pruebas como confesión, testifical e incluso pericial, con las excepciones que en esta prueba se han señalado jurisprudencialmente, por más que estén documentadas.

b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. Si así ocurriera corresponde al Tribunal de instancia apreciar y valorar la prueba y formar su convicción en los términos resultantes del art. 741 LECrim.

d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (SSTS. 13.5.96, 11.11.97 y 16.9.98 entre otras).

Es decir el documento designado que acredita un hecho, en los términos señalados, debe tener relevancia en la subsunción, es decir, debe tener virtualidad para modificar la calificación jurídica de los hechos y, por ende, el fallo de la sentencia.

Las consideraciones anteriores permiten al tribunal de casación adentrarse en la formación del relato fáctico, que aunque, ajeno a la formulación más clásica de la casación, forma parte de nuestro ordenamiento desde la instauración del recurso, sin perjuicio de que este Tribunal de casación ejerza facultades de valoración en aquellos extremos no sujetos a la inmediación, es decir, en lo referente a la lógica y racionalidad de la convicción que aparece reflejada en la necesaria motivación de toda resolución judicial.

De acuerdo con la doctrina expuesta los documentos invocados no tienen aptitud para acreditar el error que se pretende.

Como ya hemos referido en el motivo precedente, tras las observaciones del Magistrado Presidente acerca de la contradicción que suponía no declarar probados los hechos 5 d) y 12 b), y considerar culpable a Lucía del hecho B del apartado sexto relativo al hecho delictivo por el cual habría de ser declarada culpable o no culpable, el Tribunal del Jurado declaró probado el hecho 5 b) (haber creado en el ámbito familiar un estado de sobreexcitación, como consecuencia del incidente), folios 1573 y 1581), y al folio 1135 explican las aclaraciones al "punto B" por el Jurado que llega a la conclusión de que Lucía sea culpable de provocación. Esto es en definitiva lo que se recoge en el relato fáctico que el Magistrado Presidente del Jurado considera que entrega la proposición o invitación de quien ha resuelto cometer un delito a otras personas para ejecutarlo (arts. 17.2 y 141 C P.).

El Tribunal Superior, sin modificar el relato fáctico, entiende por el contrario, que no es posible esa subsunción jurídica. Consecuentemente no nos encontramos ante un error en la apreciación y valoración probatoria sino



ante una cuestión de calificación jurídica de los hechos que constituye el objeto del siguiente motivo por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. en concreto, arts. 141 en relación con el 139.1 y 17.2 CP.

VIGESIMOCUARTO: El motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley de necesaria observancia en la aplicación de la Ley Penal, en concreto el art. 141 CP . en relación con el art. 139.1 y 17.2 del mismo Texto legal.

Considera el motivo que la conducta de Lucía se incardina perfectamente en el tipo penal del art. 141 CP . pues en todo el iter criminis mantuvo una actuación concreta, precisa, convincente y persuasiva hacia personas, como su esposo e hijo, que hasta que ella intervino estaban tranquilamente en su domicilio, sin intención alguna de cometer ningún delito.

Así Lucía sabía que dichas personas tenían armas y acto seguido a su intervención, bajaron los tres, con pleno conocimiento de Lucía de que su esposo e hijo bajaban con una pistola y un machete respectivamente. En el camino Lucía dijo a una vecina "voy a matar a ese hijo de puta". Estuvo en la escena del crimen, lo vio y no hizo nada para impedirlo y consumarlo el asesinato, abandonó el lugar sin asistir al herido sin hacer nada por paliar los fatales efectos del asesinato.

Por ello, afirmar que Lucía causó un estado de sobreexcitación tan solo a su esposo e hijo es algo que no se puede aceptar, pues sin la decisiva intervención de la misma, nada habría sucedido y el fatal desenlace no habría tenido lugar, razón por la que su absolución atenta contra toda lógica jurídica y su actuación debe incardinarse en el tipo penal contemplado en el art. 141 CP ., tipo penal con autonomía y sustantividad propia.

El art. 17 y 18 del C.Penal contemplan lo que doctrinalmente se ha venido llamando resoluciones manifestadas, que tienen en común con los actos preparatorios el no ser comienzo de ejecución, por cuanto no afectan al núcleo del tipo, suponiendo que, superada la fase interna de ideación, deliberación y resolución, el sujeto realiza una manifestación de voluntad o más bien un acto de manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios.

Por lo que se refiere a la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo" sin que puedan entenderse comprendidos en el ámbito de la ejecución los actos de preparación, complicidad o encubrimiento, llegando la doctrina a limitar la cuestionada invitación a los actos ejecutivos típicos.

La invitación ha de ser precisa, concreta, convincente y persuasiva resultando intrascendente para la existencia de la proposición que la invitación era aceptada por el destinatario o destinatarios de la misma. Es más de producirse esta implicaría realmente la figura de la conspiración (SSTS. 244/93 de 5.2, 1113/2003 de 25.7).

Ahora bien, la proposición, doctrinalmente también llamada "inducción frustrada" o "tentativa de inducción", en los términos en que la describe la Ley y partiendo de que la resolución en orden a la comisión de un ilícito no implica, obligatoriamente, el designio de la directa participación en su ejecución material, se discute si tiene o no que participar personalmente en el hecho proyectado el que realiza la propuesta, o por el contrario ésta debe realizarla materialmente el instigado o requerido sin necesidad de intervenir el proponente.

La STS. 1994/2002 de 29.11 hace un minucioso y detallado examen de la cuestión, y tras analizar la postura jurisprudencial (SS. 21.3.86, 5.2 y 21.10.93), y doctrinal favorable a exigir en el proponente la resolución firme de llevar a término una infracción delictiva animado del propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución, si bien busca una coadyuvancia para la material realización y tal fin invita a otro u otras personas a que colaboren en la plasmación del proyecto, justificando la impunidad en supuestos de proposición no seguida de ejecución, en los que el proponente descarta de antemano la intervención ejecutiva en el hecho criminal propuesto, se inclina por estimar subsumible estas conductas en el art. 151 CP. en relación al 17.2 CP ., señalando las razones que le llevan a adoptar tal criterio resolutivo, algunas de ellas, oportunamente patentizadas por la doctrina científica más cualificada, estas son:

a) El Código Penal de 1932, en su art. 4 p. 3º , definía esta figura jurídica en los siguientes términos: "la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer el delito propone su ejecución a otra u otras personas".

La doctrina científica, coincide en afirmar que el cambio de dicción en el Código de 1944 , sólo tuvo una motivación de carácter formal o secundaria, evitando que la palabra definida se incluyera en la definición. Así, se substituyó el verbo "proponer" por el de "invitar", sin pretender variar la configuración, sentido y alcance de la figura de la proposición.

Por lo demás, no es infundado entender que la expresión actual "invita a otra u otras personas a ejecutarlo" sugiere que lo que se propone a otro, es que sea él el que ejecute el delito, que tramó y urdió el proponente.



b) No es lo mismo estar dispuesto "a cometer" el delito que estar resuelto "a ejecutarlo". Del art. 49 del precedente Código de 1973 , se desprendía que cometen el delito todos los autores con arreglo a la terminología legal, esto es, tanto quienes ejecutan el hecho como los inductores y los cooperadores necesarios. Decía el art. 49 : "A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hallare señalada por la ley".

Aunque el precepto ha desaparecido, según el art. 28 del actual Código de 1995 , se siguen considerando coautores del delito, no sólo quienes lo realizan o ejecutan, sino también los que inducen a otros a ejecutarlo, y como tenemos dicho, la proposición, en puridad técnica, integra una "inducción frustrada".

c) Resultaría absurdo interpretar el precepto de otro modo, en aquellas hipótesis en que para la realización material del hecho delictivo no fuera precisa, o incluso resultara superflua, la participación ejecutiva del proponente, concretamente, en los casos en que el invitado a la ejecución puede perfectamente y por sí solo consumir el delito, sin que la colaboración del proponente aporte nada, que no sea su propuesta convincente.

d) Antes de la vigencia del Código de 1995 .-que alteró la redacción de la "provocación" (art. 18 C.P .)- pudo tener sentido la manifestación jurisprudencial, de que si a la provocación hubiere seguido la perpetración, el hecho se castigaba como inducción, y cuando no iba seguida de ejecución, la conducta debería ser castigada como provocación. Ahora, al excluirse la provocación privada, la propuesta jurisprudencial no sería correcta, ya que el art. 18 del actual Código no engloba tales supuestos.

Lo adecuado y razonable es enmarcar el caso en el art. 17-2º (proposición), porque su literal descripción, consiente perfectamente, sin forzamientos interpretativos, la subsunción del supuesto, evitando una laguna legal, ante la falta de constancia de que el legislador tuviera el propósito de dejar impune tal comportamiento.

No es aventurado entender, en suma, que la exclusión de la provocación privada en la regulación actual de la provocación, tuviera por causa, cuando ésta se dirige a persona o personas concretas, el entendimiento por parte del legislador de que la hipótesis ya se hallaba contemplada en el art. 17-2 (proposición).

e) El texto legal no distingue o precisa si el proponente ha de intervenir directa o personalmente en el hecho delictivo propuesto. Le hubiera resultado fácil al legislador que pretendiera incluir la intervención en el hecho delictivo del proponente, establecer en el texto legal que dicho proponente incitara "a tomar parte en la ejecución", u otras expresiones semejantes.

f) Tanto en la proposición como en la provocación la resolución del sujeto de cometer el hecho es firme (decida o no intervenir); esto es, la resolución manifestada es tan firme lo ejecute junto con los demás o se quede él al margen, después de haber propuesto o inducido a otros a su comisión.

En definitiva, tanto el desvalor de la acción, en lo que supone el propósito mismo de que un delito se cometa llegando a invitar a tercera persona para su ejecución, como el del resultado, con el peligro evidente y efectivo de que el ilícito llegue en realidad a cometerse, justifican plenamente la previsión legal y el castigo para esta clase de conductas, en especial en los casos de atentados contra los más importantes bienes jurídicos y, por ende, más dignos de intensa protección, como es el caso paradigmático de las infracciones contra la vida.

Así se pronuncia la sentencia antes citada de 25.7.2003 , que añade los requisitos exigidos para la punición de esta figura: en primer lugar, que exista previsión legal expresa en el supuesto del delito objeto de la propuesta, y aquí la hay a la vista del ya meritado artículo 141 del Código Penal, mientras que, en segundo lugar, la conducta ha de consistir en una propuesta o invitación a tercera persona que, hasta ese momento no hubiera decidido ya, por sí misma, la ejecución del mismo ilícito, para que lo lleve a cabo, conjuntamente con el proponente o en sustitución de éste.

Lógicamente, la ejecución del delito no ha debido dar comienzo, pues, en tal caso, estamos ya, cuando menos, en la categoría de la tentativa, en la que el proponente que no participa directamente en ella pasaría a ser considerado como inductor.

Por ello la diferencia de la proposición con la inducción ha de buscarse en la penetración psicológica, mientras que ésta requiere que el instigador haya instalado en la mente del receptor la resolución delictiva, la proposición existe por el mero hecho de invitar a otro a cometer un delito, sin necesidad de que se acepte el llamamiento o, incluso, rechazándose.

Ahora bien, lo que siempre debe exigirse en la proposición es la resolución firme del proponente para la ejecución de un hecho previsto en la Ley como delito, decida o no intervenir una vez propuesto o inducido a otros en su comisión o que estos acepten o no tal proposición, bien entendido que en el caso presente, de admitirse la tesis del recurrente, como el hecho delictivo propuesto llegó a efectuarse, la responsabilidad de la proponente no sería por el art. 141 , sino como inductora del delito del art. 139.1 CP ., dado que la sustantividad propia del art. 141 solo es predicable en el supuesto de la proposición no seguida de la ejecución, calificación



jurídica aquella que el Jurado expresamente excluyó de no considerar probado en los hechos justiciables el 5 a), en los hechos que configuran la participación de la acusada el 12, y en el hecho delictivo por el cual la acusada habría de ser declarada culpable o no culpable, al declarar no culpable a la acusada el 6 a), limitándose a considerar probado el 5 b), con las explicaciones ofrecidas en el punto B, pero excluyendo la provocación consciente de esta situación de sobreexcitación al no considerar probado los hechos 5 d) y 11 b) que el Magistrado Presidente había pasado a su consideración como complemento al escrito objeto de veredicto en relación a M^a Pilar.

El motivo, en base a lo razonado se desestima.

RECURSO DE GURASOAK LANEAN

VIGESIMOQUINTO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ . por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE.

Alega la parte recurrente que la previsión constitucional devendría inútil si fuera posible saltarse en apelación la decisión firme y clara del Jurado sobre hechos palmariamente antijurídicos y en el desarrollo argumental del motivo, aludiendo a las consideraciones de la propia instancia recurrida, pag. 27, estima que el Tribunal Superior consideró que los hechos justiciables (5 b y 5 c), solo "ilustran el 5 a), inducción que fue rechazada por el Jurado, olvidando que las instrucciones dadas al Jurado fueron claras y en el propio impreso del objeto del veredicto advertía a los miembros del Jurado que los hechos 5a, 5b y 5c eran incompatibles, por lo que no podían declararse más que uno como probado.

Los hechos 5 b y 5c, según el recurrente se referían a la calificación subsidiaria de las acusaciones particulares y popular del art. 141 CP . y al juzgador en primera instancia no le cupo ninguna duda de que eran diferentes antológicamente al 5a, pues los mantuvo en el objeto del veredicto.

Si realmente el Tribunal Superior de Justicia entendió que los hechos justiciables 5b y 5c, debieron obviarse en el objeto del veredicto, hubiese sido más congruente, en lugar de absolver a Lucía , ordenar la repetición de la vista en lo que se refiere a esta persona para poder formular en mejor forma los hechos justiciables como consecuencia del petitum subsidiario acusatorio del art. 141 CP . formulado. El motivo no debe ser estimado por las siguientes razones:

primera: que como decíamos en las sentencias de esta Sala de 3.3, 4.5. 30.9.2005, con cita de la STC. 256/2000 de 30.10, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros Derechos Fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24 de enero, 119/96 de 4 de junio, 20/97 de 10 de febrero).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error, que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

Tutela judicial efectiva, desde el prisma de la parte acusatoria, sólo se instala en el ámbito propio de la mera legalidad, lo cual significa que tiene derecho a acudir a los Jueces y Tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que, en todo caso, la pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante, esto es, que la tutela judicial efectiva la concede el Texto Constitucional in genere y que, por ello, no habrá denegación de justicia cuando las pretensiones no prosperan, máxime cuando los órganos jurisdiccionales, forzosamente han de fallar en pro de una de las partes, sin que el acogimiento de las formuladas por la parte contraria entrañen falta de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Por ello, debe señalarse que no existe un derecho constitucional a obtener la condena penal de otra persona que pueda esgrimirse frente al Legislador o frente a los órganos judiciales (ssTC. 199/96 de 3.12, 41/97 de 10.3, 74/97 de 21.4, 67/98 de 18.3, 215/99 de 29.11, 21/2000 de 31.1).

En esta dirección la sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19.5.2004 , precisa que el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva no incorpora el derecho a la condena del acusado en virtud de la acción penal planteada sino que, como hemos recordado de forma reiterada, este derecho tiene un contenido complejo que incluye el derecho a acceder a Jueces y Tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución fundada en derecho y a su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento



previsto en la Ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión (SSTS. 3.10.97, 6.3.97).

Desde esta perspectiva se constata que el Tribunal de instancia ha resuelto, en el procedimiento legal, el objeto del proceso, en el que han participado acusaciones y defensa en su respectiva intervención legalmente prevista y ha dictado una resolución sobre el fondo debidamente motivada, por lo que no hay vulneración alguna del derecho que fundamenta el motivo.

segunda: LOTJ ha partido de una articulación secuencial del objeto del veredicto en el art. 52 de la norma, estructurando las diversas cuestiones que han de someterse a la consideración del Tribunal de Jurado y que son trasunto, como es lógico, de las alegaciones fácticas de las partes incorporadas a sus escritos de acusación y defensa. Tal articulación es consecuencia de una serie de premisas de las que parte la Ley: primero, sirven para que el Magistrado Presidente pueda redactar los hechos probados de la Sentencia que haya de dictarse, condenatoria o absolutoria, incorporando al "factum" todos los elementos que el Jurado entiende como probados y que construyan el propio hecho probado, desde su comienzo hasta su consumación, con todos los avatares que las partes hayan planteado como acontecidos, incluidos también todos los elementos del llamado juicio de culpabilidad y de sus circunstancias en relación con la capacidad mental del acusado. En segundo lugar, sirven también para que la motivación se estructure en cada una de las proposiciones que se les formulan, sin que sea necesario naturalmente que tal motivación sea incardinable en cada una de las preguntas o proposiciones, sino que bastará una motivación general, con tal que el Jurado explique sucinta pero suficientemente las pruebas en que se ha basado para dictar su veredicto. Pero tal estructuración secuencial de proposiciones sin duda facilitan la labor intelectual de motivación, pues supone detenerse mentalmente en cada uno de los grados o estructuras de los hechos en su configuración secuencial para determinar en qué elementos probatorios se apoyó el Jurado, dejando nota sucinta de tal explicación (STS. 12.3.2001).

Por ello la formulación de los hechos que han de incluirse en el objeto del veredicto habrá de responder a una articulación lógica interna, de modo que las proposiciones alternativas o mutuamente excluyentes se relacionan entre si con la advertencia expresa de tal alternatividad o relación lógica. De este modo aunque por exigencias procesales de congruencia o incluso por estrictas necesidades lógicas de claridad del pronunciamiento fáctico, resulte relativamente frecuente la formulación de proposiciones de hecho cuya declaración simultánea de probadas resultaría incompatible, esta incompatibilidad ha de ser puesta de manifiesto y explicada claramente al Jurado en el propio documento que se le entregue, precisamente para evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios, que es lo buscado por el Legislador.

VIGESIMOSEXTO: En el caso presente el Magistrado Presidente entendió que los hechos justiciables 5a, 5b y 5c, eran diferentes entre si y los mantuvo en el objeto del veredicto, pero advirtiendo al Jurado que eran incompatibles por lo que podían declararse, mas de uno como probado, y al declararse así el hecho 5 b y como el Jurado había rechazado la declaración de culpabilidad como inductora de la acusada, no obstante reconocer la dificultad de calificación al haberse dado la ejecución del delito, interpretó la decisión del Jurado en el sentido de encontrarnos ante la proposición o invitación de quien ha resultado cometer un delito a otras personas para ejecutarlo (art. 17.2 CP .), como figura más favorable a la acusada que el asesinato por inducción.

La sentencia del Tribunal Superior, hoy recurrida, corrigió esta interpretación partiendo de dos factores que perturbaron el debate: el haber incluido dos propuestas de culpabilidad en el apartado sexto del objeto del veredicto: A) "Sí Lucía ... ideó matar a D. Eloy ... y para ello convenció a su marido Diego ... y a su hijo Héctor ... para que ejecutaran materialmente dicha muerte"; y B) "si con sus actos y conducta Lucía ... provocó en Diego y en Héctor ... la actuación frente a D. Eloy ... que ocasionó su muerte", cuando dado que la proposición seguida, sin solución de continuidad de ejecución, ha de ser castigada como inducción, la primera hipótesis subsumía la segunda por lo que, dadas las características del caso no tenía sentido su introducción; y de otro la forma en que se redactaron los hechos justiciables pues si tanto la inducción como la proposición al delito requieren la conciencia y voluntad en el sujeto de cometer un delito, a tales extremos debió militar la fijación de los hechos justiciables.

Consecuentemente, como el Jurado no estimó probado el hecho 5a) esto es que Lucía idease matar a Eloy y para ello convenciese a su marido e hijo, la propuesta alternativa de culpabilidad redactada por el Jurado 6 c), "si con sus actos y conducta Lucía provocó conscientemente en Diego ... y en Héctor ... la actuación frente a D. Eloy que ocasionó su muerte", no obtuvo los votos suficientes para su veredicto de culpabilidad, quiere ello decir que el Jurado, teniendo oportunidad de pronunciarse sobre la proposición seguida de la ejecución no hizo pronunciamiento de culpabilidad en tal sentido (6 punto A), ni considerarlo probado el hecho 5 d (provocación consciente), y solo el 5 b con las explicaciones del punto B (crear en el ámbito familiar su estado de sobreexcitación, con frases reiterativas que "calentaron la cabeza" de su marido e hijo), entender que tal



conducta no puede subsumirse en la proposición para delinquir no supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte acusadora.

VIGESIMOSEPTIMO: El motivo segundo por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim . por falta de aplicación del art. 141 CP . Considera el motivo que la sentencia condenatoria dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado es acorde a Derecho en cuanto al fondo y la forma, es consecuencia ajustada del inequívoco veredicto del Jurado, es congruente y carente de contradicción alguna y responde a todas las cuestiones planteadas, por lo que no debió ser revocada por el Tribunal Superior de Justicia en apelación, por seguir estrictamente el veredicto de culpabilidad del Jurado con las aclaraciones al hecho justiciable 5 b, consignadas en el punto B.

Por el contrario la sentencia recurrida desprecia lo dicho por Lucía : "voy a matar a ese hijo de puta" y deduce que no fue ella la que tramara y urdiera su delito, obvia también las razones por las que el Magistrado Presidente hizo motivadamente la subsunción en el tipo delictual y los porqués de la invitación de Lucía a su marido e hijo que no hay que olvidar que eran los que poseían armas adecuadas para la materialización de la muerte de D. Eloy , que no ella.

En el presente caso todas las actividades que desplegó Lucía y aún las que omitió en el escenario del asesinato no son más que claras manifestaciones de su trama y resolución de cometer el delito. Desde la calentura de cabeza, frases reiterativas, hasta el acompañamiento de los ejecutores y, como no, el hecho de que era ella la que iba a matar a "ese hijo de puta", según sus propias palabras, no son más que constataciones de que había resuelto cometer el delito.

Por ello entiende el motivo que concurren los requisitos del art. 141 por cuanto del conjunto de la actividad realizada por Lucía se deduce que hubo una motivación o propuesta dirigida a su marido e hijo para ejecutar la acción que ella ya había tramado y urdido, por cuanto la resolución manifestada que es la proposición del delito, puede ser simplemente "manifiesta" a la vista de las acciones y omisiones de Lucía en el escenario y aledaños del crimen.

El motivo al coincidir en lo esencial con lo planteado en el motivo tercero del recurso interpuesto por Serafin , debe seguir igual suerte desestimatoria, dándose por reproducido lo allí argumentado para evitar innecesarias repeticiones, debiéndose solo insistir que del contenido del apartado 5 de los hechos probados referentes a esta acusada -cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim .- no se desprende que Lucía tuviera intención de matar a la víctima y que para ello determinara la voluntad de su marido e hijo.

VIGESIMO OCTAVO: Por último y dentro de este motivo, el recurrente impugna lo razonado por la sentencia de instancia al decir que el Magistrado Presidente condenó a Lucía "por sentirse obligado a dictar una sentencia con la vinculación que le sugería el pronunciamiento de culpabilidad contenido en el apartado sexto B, argumentando que no podía ser de otra forma, dado que los arts. 67 y 68 LOTJ . no tienen alternativa y no cabe, como pretende el Tribunal Superior Justicia, un veredicto de culpabilidad con sentencia absolutoria.

Esta afirmación necesita ser matizada. A tal efecto debemos recordar que la misión de los Jurados, tal y como se define en el art. 3 LOTJ . es la de omitir veredicto declarando probado o no el hecho justiciable que el Magistrado-presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en el veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél, por lo que debe quedar claro que la misión del Jurado es la de optar entre diversas proposiciones fácticas y no entre las calificaciones jurídicas de las acusaciones y la defensa (STS. 19.10.2001).

Por lo tanto debemos precisar -dice la STS. 1109/2004 de 5.10- si deben someterse al jurado cuestiones que impliquen pronunciamientos jurídicos y si, en caso de realizarlos, vinculan en ese aspecto al Magistrado Presidente. Esta Sala ha manifestado ya su criterio en algunas sentencias. Es cierto que el artículo 52.1.d) al señalar que el objeto del veredicto "finalmente precisará el hecho delictivo por el cual el acusado habrá de ser declarado culpable o no culpable" pudiera indicar que el jurado, en su veredicto, debiera pronunciarse optando por una calificación jurídica de las varias expuestas por las acusaciones, o incluso otra diferente si fuera más favorable. Tal opción vendría apoyada en que los hechos se someten a la consideración del jurado en cuanto son delictivos y que solo lo son en el proceso en la medida en que las acusaciones y defensas han delimitado en sus conclusiones definitivas. Por lo tanto la declaración de unos determinados hechos como probados solo podría conducir a su calificación jurídica en una de las formas contenidas en dichas conclusiones.

Es cierto que los hechos se someten al jurado en la medida en que son relevantes jurídico- penalmente. Pero no puede olvidarse que en ese punto la intervención de los jurados es inexistente. Los hechos se someten a su consideración porque se ha incoado un procedimiento penal, porque ha existido una acusación y porque un Juez ha acordado la apertura del juicio oral. El filtro para determinar provisionalmente la relevancia jurídica de los hechos objeto del proceso es ajeno a los jurados.



De otro lado, y sin perjuicio de los graves problemas que podría causar encomendar a legos en derecho la responsabilidad de pronunciarse sobre aspectos jurídicos que no pueden considerarse siempre rígidamente determinados, la previsión del citado artículo no debe valorarse como otra cosa que una consecuencia formal de los anteriores pronunciamientos del jurado tal como vienen recogidos en el objeto del veredicto que le somete el Magistrado Presidente, sin que suponga una modificación radical de la función de los jurados. Esta función consiste muy específicamente en pronunciarse sobre hechos, incluso los de carácter subjetivo, concretamente sobre si deben considerarse o no probados y si el acusado participó y en qué forma en ellos. La declaración de culpabilidad o inculpabilidad no puede desligarse de los hechos probados, hasta el punto de que procede la devolución del acta al jurado si es contradictorio el pronunciamiento de culpabilidad respecto de la declaración de hechos probados.

En este sentido la STS. 1276/2004 de 11.11, señalaba que " por lo que se refiere al veredicto de culpabilidad (que debería consistir en una sola palabra: culpable o inocente), el art. 3 de la LOTJ dispone expresamente que los Jurados "también proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos respecto de los cuales el Magistrado-Presidente hubiese admitido acusación". En consecuencia el veredicto de culpabilidad se limita a declarar al acusado culpable "por su participación en los hechos" que se han declarado previamente probados, sin que pueda añadir nada a la calificación o valoración de los mismos que no esté en el previo relato fáctico. Este ya debe contener todos los elementos necesarios para que el Magistrado-Presidente pueda subsumirlos jurídicamente en la calificación correcta, incluidos, en su caso, los elementos subjetivos del tipo así como todos los datos objetivos que hayan permitido inducir dichos elementos subjetivos.

Por tanto, ello no supone encomendar a los Jurados legos pronunciamientos sobre cuestiones jurídicas que corresponden al Magistrado Presidente, técnicamente preparado para resolverlas. Por lo tanto, el objeto del veredicto no debe incluir ninguna proposición que contenga una calificación jurídica.

La declaración de culpabilidad o inculpabilidad no es sino la consecuencia de haber afirmado antes que determinados hechos han sido probados o no probados, y que el acusado ha participado y de qué forma en su ejecución. Culpable o no culpable, por lo tanto, de ejecutar un hecho y no de cometer un tipo delictivo. Un hecho que, desde luego, se ha sometido a la consideración del Jurado por su relevancia jurídico-penal, pero sin que los jurados hayan tenido ninguna intervención en ese aspecto.

Como se decía en la STS. 721/99 de 6.5, " los jurados se pronuncian sobre los hechos enjuiciados y declaran si el acusado ha participado o no en su comisión y, en consecuencia, si ha de considerarse culpable o no culpable en función de su participación en ellos. Después es el Magistrado el que ha de formular su juicio de derecho o calificación jurídica".

En el mismo sentido la STS. 439/2000 de 26.7, señalaba que "el veredicto de culpabilidad por la participación en el hecho o hechos delictivos no constituye más que una consecuencia del relato fáctico, que expresa un reproche social por los hechos declarados acreditados, pero no debe contener calificación jurídica alguna (el Jurado español es un jurado "de hechos", integrado de modo expreso por ciudadanos legos en derecho, art. 10.9 LOTJ), función calificadora que corresponde al Magistrado Presidente (art. 9 y 70 LOTJ). Por consiguiente el veredicto de culpabilidad por la participación en el hecho delictivo no debe incluir el "nomen iuris" delictivo (el acusado es culpable para el Jurado de los hechos declarados probados, no de "asesinato", "homicidio", "lesiones dolosas en concurso con homicidio" u "homicidio imprudente"), ni tampoco contener una especie de minicalificación autónoma ("es culpable de haber matado alevosa e intencionadamente al acusado"), pues esta incorrecta modalidad de redacción del veredicto de culpabilidad no constituye más que una fuente de posibles contradicciones e incongruencias con el veredicto expresado en el relato fáctico".

Por ello, el reparto de funciones en el juicio con Jurado, resulta bastante sencillo: los jurados se pronuncian sobre los hechos enjuiciados y declaran si el acusado ha participado o no en su comisión y en consecuencia, si debe ser considerado culpable o no en función de su participación en los mismos y de la concurrencia o no de los hechos determinantes de alguna causa excluyente de la culpabilidad y este pronunciamiento constituye el veredicto del Jurado.

Seguidamente el Magistrado-Presidente, como jurista técnico que debe respetar y hacer respetar el principio de legalidad subsume en la norma jurídica procedente los referidos hechos, que deben ser suficientemente detallados para contener todos los elementos del tipo así como los integradores de cualquier circunstancias modificativas aplicable, realizando el juicio de derecho o calificación jurídica, e imponiendo la pena legalmente procedente. Por ello, tendrá también en consideración el veredicto de culpabilidad, pero ésta no puede alterar la conclusión derivada del veredicto fáctico, pues debe ser necesariamente congruente con los hechos ya que en caso de no serlo, el Magistrado-Presidente debió previamente haberlo devuelto conforme a lo prevenido en el art. 63 d) LOTJ.



También la STS. 1618/2000 de 19.10, se decía en el mismo sentido que "la decisión del Jurado, en este apartado, se contrae a determinar si el acusado o acusados, es culpable o inocente de los hechos que ha declarado probados, sin que esa decisión abarque la subsunción jurídica de los hechos y concretamente, si el delito es doloso o culposo si homicidio o asesinato consumado o frustrado, sino que confirmarán un relato fáctico del que deberá extraerse las consideraciones jurídicas precisas para la sentencia que el Presidente del Jurado dicta. Esta diferenciación en las funciones del Jurado y del Presidente del Tribunal de Jurado deslinda en la sentencia la función fáctica que corresponde al Jurado en cuanto declara el hecho probado y la función técnica de subsunción que realiza el Presidente del Tribunal de Jurado. Sobre los hechos declarados y previas calificaciones de las partes, el Presidente del Tribunal del Jurado subsume el hecho en la norma penal".

Por lo tanto, el objeto del veredicto no debe contener calificaciones jurídicas y el Jurado no debe pronunciarse sobre esos extremos. Si lo hiciera, por una defectuosa redacción del objeto del veredicto no puede afirmarse que el Magistrado Presidente quede vinculado al realizar la calificación al indebido pronunciamiento del Jurado.

En igual sentido la STS. 3.12.2001, afirmó que también es problemática la expresión "culpable/no culpable" pues tal "culpabilidad" habrá de entenderse en el sentido de participación en el hecho criminal, y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal, y ello por las siguientes razones: a) cada miembro del Jurado es por definición lego en ciencia jurídica; b) la esencia de la institución descansa en la valoración de hechos, no en la interpretación de normas; c) la Ley Orgánica reguladora del Tribunal del Jurado conecta la expresión "culpable/no culpable" con el hecho delictivo no calificado, sino natural o realístico..... y en cualquier caso, el Jurado se pronuncia sobre hechos y no sobre calificaciones jurídicas, y ni vincula al Magistrado-Presidente ni condiciona la calificación que se dé a los hechos por el Tribunal Superior de Justicia ni por este Tribunal de Casación, ni disminuye las posibilidades revisoras de ambos.

En el caso actual el Magistrado Presidente entendió que el veredicto de culpabilidad contenido en el apartado sexto B en relación con la declaración de probado el hecho justiciable 5 b y las explicaciones que el Jurado hizo constar en el punto B, podían sustentar su condena por el delito del art. 141 CP., y congruente con ello no acordó una nueva devolución del veredicto, y dictó sentencia condenatoria en tal sentido, pero ello no puede impedir que en instancias superiores pueda cuestionarse y, en su caso, corregirse esa subsunción jurídica y entender que los hechos declarados probados y el pronunciamiento de culpabilidad del apartado sexto B ("si con sus actos y conducta Lucía provocó en Diego y en Héctor la actuación frente a D. Eloy que ocasionó su muerte"), no permitían aquella calificación jurídica, procediendo por ello, la absolución de la acusada.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley interpuestos por Serafin y GURASOAK LANEAN (Acusación Particular), y por los acusados Diego y Héctor, contra sentencia de fecha 14 de diciembre de 2.005, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y parcialmente el de la acusada Lucía, desestimando los recursos de apelación deducidos por Diego y Héctor, en causa seguida a dichos acusados por delito de asesinato; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Delgado García D. José Ramón Soriano Soriano D. José Manuel Maza Martín D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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