



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 569/2014, de 14 de julio de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10064/2014

SUMARIO:

Procedimiento ante el tribunal del jurado. Veredicto. Alevosía. Atenuante de confesión. La misión del Jurado es la de optar entre diversas proposiciones fácticas y no entre las calificaciones jurídicas de las acusaciones y la defensa. 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 relato fáctico. El relato fáctico previo 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. El veredicto de culpabilidad por la participación en el hecho delictivo no incluye el «nomen iuris» delictivo: el acusado es culpable para el Jurado de los hechos declarados probados, no de «asesinato» o «homicidio». La alevosía, es decir la elección de un medio o forma de ejecución que tienda directamente a eliminar las posibilidades de defensa, ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones; ha de valorarse el episodio en su conjunto y no solo en los avatares que preceden inmediatamente a la muerte de la víctima. Atenuante de confesión.- La exclusión de la atenuante de confesión por el hecho de existir testigos que podrían identificar al autor no es conforme al principio de legalidad. No puede admitirse que se confunda la confesión con la conformidad, exigiendo para su apreciación, una admisión total e incondicionada de la versión de los hechos y la calificación formulada por las acusaciones. La admisión de la atenuante de confesión no está reñida con el reconocimiento del derecho constitucional de defensa, por lo que no impide que, quien haya reconocido el hecho y se haya entregado a las autoridades para sufrir el castigo correspondiente a su infracción, pueda alegar atenuantes, o discutir las agravantes propuestas por las partes acusadoras, porque la confesión deja indemne el derecho de defensa.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.2 y 6, 21.1, 3, 4 y 7, 22.2, 66 y 139.

Constitución Española, art. 24.

Ley Orgánica 5/1995 (LOTJ), arts. 3 y 52.1.

PONENTE:

Don Cándido Conde-Pumpido Touron.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Julio de dos mil catorce.



www.civil-mercantil.com

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por el acusado Moises , y por la Acusación Particular Asunción , Belarmino y Lorenza , contra sentencia de fecha 3 de enero de 2013, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra , en causa seguida a Moises 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 fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho acusado representado por la Procuradora D^a M^a Isabel Campillo García, y la Acusación Particular representada por el Procurador D. Roberto Primitivo Granizo Palomeque.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción num. 4 de Tudela, instruyó Procedimiento del Tribunal del Jurado con el num. 3/2013, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia de Navarra, Sección Segunda, que por medio del correspondiente Tribunal del Jurado, con fecha 11 de julio de 2013, dictó sentencia que contiene el siguiente

HECHO PROBADO:

"1.- El día 8 de enero de 2012, sobre las 06:45 horas, encontrándose Justo , en la Plaza de los Fueros, de la localidad Navarra de Valtierra, en la proximidad del bar "Unión Pacific", recibió tres disparos en la espalda, dos de postas y otro de perdigones, efectuados por el acusado Moises , utilizando al efecto una escopeta semiautomática, marca "Breda", calibre 12, de su propiedad

2.- A tal efecto previamente fue a su domicilio, en la CALLE000 num. NUM000 , de Valtierra, sito a 550 metros de la Plaza de los Fueros, según el trayecto más corto, para coger la citada arma, de entre las que había en casa: tres escopetas y un rifle, con abundante munición (800 cartuchos, entre otros 14, que tenían gran capacidad lesiva, al tratarse de postas), cargando la escopeta que utilizó con los dos cartuchos de postas y uno de perdigones, volviendo a hacer el trayecto de vuelta a la plaza de los Fueros.

4 (sic).- Como consecuencia de los disparos recibidos por el acusado, Justo sufrió las siguientes heridas:

a) Disparo n° 1 con postas , que causó las heridas n° 1 de entrada y n° 4 de salida, con siete orificios de entrada por borde externo de omóplato izquierdo , que produjo un impacto excéntrico en cara posterior de brazo interno izquierdo, con heridas de 7 x 6, 5 centímetros de diámetro, que causaron:

- Afectación en músculos y paquete vasculonervioso.
- Fractura de húmero y hombro izquierdo con herida hueco axilar, con siete orificios de salida por hombro izquierdo.

b) Disparo num. 2 con postas, que causó las heridas n° 2 de entrada y n° 5 de salida, con nueve orificios de entrada por columna dorsal, con heridas de un diámetro de 12 x 12 centímetros, con cuatro orificios de salida por zona antero medial y superior de pectoral izquierdo, que causaron:



www.civil-mercantil.com

- Fracturas en las costillas 2ª a 8ª.
- Heridas con trayectoria ascendente en los pulmones derecho e izquierdo, con múltiples zonas de infiltrado hemorrágico.
- Perforaciones en el corazón, válvula aórtica y aurícula izquierda, quedando alojados un proyectil de posta a nivel cardiaco y tres a nivel de esternón, con infiltrado perimediastínico.

Perforaciones en el esófago a seis centímetros del estómago.

Un orificio en la aorta descendente a nueve centímetros de la arteria subclavia, dos orificios en cayado aórtico y cuatro orificios en aorta descendente.

c) Disparo nº 3, con perdigones, que causó las heridas nº 3 de entrada y nº 6 de salida, con cincuenta orificios de entrada de perdigones en la fosa iliaca derecha posterolateral, con un diámetro de herida de 20 x 18 centímetros y cinco orificios de salida, de forma que el resto de los perdigones quedaron alojados en la zona de la fosa iliaca y zona posterior del lóbulo inferior del pulmón derecho, que causaron:

- × Fractura abierta de húmero derecho.
- × Estallido del riñón derecho.
- × Infiltrado hemorrágico en intestino delgado.
- × Heridas en el músculo diafragma.
- × Laceración en el hígado.
- × Erosiones milimétricas en manos derecha e izquierda.

5 a).- La herida num. 2 causó la muerte de forma inmediata o casi inmediata.

5 b).- La herida num. 3 hubiera podido causar también la muerte a corto plazo, de no ser asistido.

5 c).- La herida num. 1 hubiese podido también causar la muerte, siempre por exanguinación diferida tardía, sin atención médica.

6.- Justo murió desangrado por shock hemorrágico, causado por rotura aórtica y lesión cardiaca, producida por disparos, que perforaron la región torácica posterior central y que produjeron una hemorragia masiva con exanguinación de los órganos.

7.- El acusado Moises, utilizó para disparar a Justo causándole las heridas 1, 2, 4 y 5, dos cartuchos de postas, marca Remington 12/70, cargados cada uno de ellos con nueve postas de 8,6 mm. Munición prohibida para la caza, si bien es utilizada clandestinamente en la caza furtiva, por su mayor letalidad, para abatir jabalíes, corzos, lobos, venados y otras piezas de caza mayor.

También utilizó un tercer cartucho, que causó las heridas 3 y 6 marca JG Excopesa, que contenía un total de 64 perdigones, de 4,5 mm de diámetro, denominado "lobero".

8.- El acusado Moises, tenía la aptitud necesaria para física y psíquicamente, practicar la caza, estando en posesión de las pertinentes licencia de caza y guía de armas.

9.- Justo era hijo de Belarmino y Asunción, separados, conviviendo la víctima con su madre y con su hermana Tania, en el domicilio de aquella.

10.- Asunción y Tania, así como Belarmino, han tenido que ser tratados, por estos hechos, bien psicológicamente, la primera, o bien psiquiátricamente los otros dos.

11.- Efectivamente se causó la muerte de Justo.

12.- Moises ejecutó directa y materialmente por sí, la acción de disparar tres veces, de forma sucesiva, a Justo, causándole tres impactos en la espalda, una de cuyas heridas, al menos, le causó la muerte inmediata o casi inmediata.

14 a) (sic).- Moises actuó motivado por el intenso temor que le causaba una futura y agresiva reacción de Justo hacia su integridad física e incluso hacia su vida.



www.civil-mercantil.com

14 b).- Moises conocía que Justo , en una ocasión propinó un botellazo a un señor en la cabeza y que, en otra ocasión clavó en la espalda una hoz a otra persona.

15.- Moises después de disparar a la víctima, acudió a su domicilio, despertando a sus padres y acompañado de su madre, fue al cuartel de la Guardia Civil de Valtierra, donde manifestó al agente de puertas que: "había pegado dos o tres tiros no sabiendo si había alcanzado a alguien".

16 c).- El estado emocional que sufría Moises , en el momento de los hechos, favorecido por el estado de intoxicación que sufría, por las distintas sustancias que había ingerido, hacía que tuviera sus facultades intelectivas y volitivas afectadas de una forma moderada-grave, sin llegar a anularlas.

18 a). (sic)- Fue en la declaración del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 5 de Tudela, de fecha 7 de marzo de 2012, con ocasión de estos hechos, cuando por primera vez el acusado hace referencia a la existencia de problemas entre éste y Justo .

19 a).- En el momento de cometer los hechos Moises tenía afectadas sus facultades volitivas e intelectivas de forma moderada-grave por la previa ingesta de alcohol y cocaína".

Segundo.

El Magistrado-Ponente del Tribunal del Jurado dictó el siguiente pronunciamiento: FALLO: "Que debemos condenar y condenamos a Moises , como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad, muy cualificada, conjunta de estado pasional y embriaguez, a la pena de 10 años de prisión y accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

El condenado deberá indemnizar a D^a Asunción en la cantidad de ciento sesenta y tres mil quinientos ochenta y un euros y cuarenta y cinco céntimos de euro. (163.581'45 €); a D. Belarmino y D^a Tania , a cada uno, en la cantidad de ciento dieciocho mil ochocientos ochenta y nueve euros y treinta y nueve céntimos de euro (118.889'39 €).

Dichas cantidades devengarán el interés legal previsto en el art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se imponen al condenado las costas causadas en este juicio; incluidas las de la Acusación Particular.

Y para el cómputo de la pena privativa de libertad impuesta, se abonará el tiempo que el condenado haya estado privado provisionalmente de libertad por esta causa.

Se aprueba el Auto de solvencia parcial, dictado por el Juzgado instructor.

Notifíquese esta sentencia al Ministerio Fiscal, Acusación Particular, Defensa y personalmente al acusado, informándose de que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que puede interponerse ante esta Audiencia Provincial dentro de los diez días siguientes a la última notificación practicada, por los motivos expresados en el artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y mediante escrito autorizado por letrado y procurador"

Tercero.

Recurrida en apelación dicha sentencia por el acusado Moises y por la Acusación Particular Asunción , Belarmino y Lorenza , ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, ésta dictó sentencia con fecha 3 de enero de 2014 , que contiene el siguiente FALLO : "1º.- Estimar parcialmente los recursos de apelación interpuestos en nombre y representación del acusado D. Moises y de la acusación particular de D^a Asunción , D. Belarmino y D^a Lorenza así como la adhesión del Ministerio Fiscal.



www.civil-mercantil.com

2º.- Revocar la sentencia dictada el 11 de julio de 2013 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado en la causa 103/2012 procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Tudela y absolver al acusado D. Moises del delito de asesinato por el que venía condenado, revocando igualmente la apreciación como muy cualificada de la atenuante aplicada de estado pasional y embriaguez.

3º.- Condenar al acusado D. Moises como autor de un delito de homicidio del art. 138 del Código Penal , concurriendo la circunstancia atenuante mixta de estado pasional y embriaguez, y la agravante de abuso de superioridad, a la pena de doce años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena.. Al acusado se le abonará el tiempo de prisión provisional durante la tramitación de la causa para el cumplimiento de la pena impuesta.

4º.- Confirmar en los demás extremos la sentencia recurrida.

5º.- No hacer expresa condena en las costas de la presente apelación.

6º.- Notificar esta resolución a las partes, habiéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que podrán preparar ante este Tribunal Superior de Justicia de Navarra dentro del plazo de cinco días contados desde la última notificación de la sentencia por medio de escrito autorizado por Abogado y Procurador. Y, si deviniera firme, devolver la causa, con certificación de la sentencia, a la Audiencia Provincial para su cumplimiento y demás efectos procedentes".

Cuarto.

Notificada dicha sentencia a las partes, se prepararon contra la misma recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por Moises , y por la Acusación Particular Asunción , Belarmino y Lorenza , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Quinto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Moises formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por indebida inaplicación de la circunstancia atenuante muy cualificada de otro estado pasional en relación con la embriaguez de los artículos 21.3 º y 66 del Código Penal . SEGUNDO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., por vulneración del art. 24 de la Constitución , en relación con la apreciación de la agravante de abuso de superioridad del art. 22.2º del Código Penal . TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por indebida inaplicación de los artículos 20.6 º y 21.1º del Código Penal (eximente incompleta de miedo insuperable). CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por indebida inaplicación de los arts. 20.2 º, 21.1 º, 21.7 º y 66.2º del Código Penal , (atenuante muy cualificada de intoxicación o embriaguez). QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por indebida inaplicación de los arts. 21.4 º Y 21.7º del Código Penal , (atenuante analógica de confesión).

La representación de la Acusación Particular Asunción , Belarmino y Lorenza , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., y del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por infracción del art. 24.1 de la Constitución Española , derecho a la tutela judicial efectiva. SEGUNDO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., y del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por infracción del art. 24.1 de la Constitución Española , derecho a la tutela judicial efectiva. TERCERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., y del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por infracción del art. 24.1 de la Constitución Española , derecho a la tutela judicial

www.civil-mercantil.com

efectiva. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación del art. 139 del Código Penal . QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación del art. 22.2 del Código Penal .

Sexto.

Instruídas las partes de los recursos interpuestos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento ha tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 1 de julio pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia impugnada, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, con fecha 3 de Enero de 2014 , estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de 11 de julio de 2013 dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Pamplona , en un juicio por asesinato.

Frente a ella se alzan los presentes recursos fundados en un total de diez motivos por vulneración constitucional e infracción de ley, interpuestos cinco de ellos interpuestos por la acusación particular y otros cinco por la representación del condenado.

Los hechos declarados probados por el Jurado consisten, en síntesis, en que el 8 de enero de 2012, sobre las 6:45 horas, encontrándose Justo en la Plaza de los Fueros, de la localidad Navarra de Valtierra, recibió tres disparos en la espalda efectuados por el acusado Moises , que utilizó una escopeta semiautomática de su propiedad. Previamente el acusado había ido a su domicilio, sito a 500 metros de la Plaza de los Fueros, para coger el arma, eligiéndola entre las diversas armas de fuego que había en casa, cargando la escopeta con dos cartuchos de postas y uno de perdigones, y volviendo a donde estaba Justo , al que disparó.

Justo murió desangrado por shock hemorrágico, causado por rotura aórtica y lesión cardiaca, producida por los disparos, que perforaron la región torácica posterior central y que produjeron una hemorragia masiva. El acusado utilizó para disparar a Justo , dos cartuchos de postas, cargados cada uno de ellos con nueve postas de 8,6 mm, munición prohibida para la caza, si bien es utilizada clandestinamente en la caza furtiva, por su mayor letabilidad, para abatir jabalíes, corzos, lobos, venados y otras piezas de caza mayor. También utilizó un tercer cartucho, que contenía un total de 64 perdigones, de 4,5 mm de diámetro, denominado "lobero".

Moises , según declara probado el Jurado, actuó motivado por el intenso temor que le causaba una futura y agresiva reacción de Justo hacia su integridad física e incluso hacia su vida, ya que conocía que Justo , en una ocasión le propinó un botellazo a un señor en la cabeza y en otra ocasión clavó en la espalda una hoz a otra persona. Después de disparar a la víctima, el acusado acudió a su domicilio, despertando a sus padres y, acompañado de su madre, fue al cuartel de la Guardia Civil de Valtierra, donde manifestó al agente de puertas que: "había pegado dos o tres tiros no sabiendo si había alcanzado a alguien". El estado



www.civil-mercantil.com

emocional que sufría el acusado, en el momento de los hechos, favorecido por el estado de intoxicación que sufría, por las distintas sustancias que había ingerido, hacía que tuviera sus facultades intelectivas y volitivas afectadas de una forma moderada-grave, sin llegar a anularlas, debido también a la previa ingesta de alcohol y cocaína.

Segundo.

La sentencia del Jurado condenó al acusado, ahora recurrente, como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad, muy cualificada, conjunta de estado pasional y embriaguez, a la pena de diez años de prisión y accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

La sentencia de apelación modificó dicho fallo, condenando al acusado como autor de un delito de homicidio, concurriendo la circunstancia atenuante mixta de estado pasional y embriaguez, y la agravante de abuso de superioridad, a la pena de doce años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena.

La estructura de los recursos aconseja analizar primero el formulado por la acusación particular, tanto por el hecho de plantear diversos motivos por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en los que se interesa la nulidad y retroacción de actuaciones, motivos que por razones sistemáticas procede analizar con preferencia a los de infracción de ley pues de prosperar harían innecesario el análisis de estos últimos, como por plantear de modo directo la cuestión esencial del recurso, que determina también el destino de los motivos de la defensa, que es la de la calificación de los hechos como homicidio o asesinato.

RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.

Tercero.

El primer motivo de recurso de la acusación particular, por vulneración constitucional al amparo del art 852 Lecrim , y 5 4º LOPJ , alega infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocida en el art 24 1º CE , por contradicciones en el veredicto del jurado.

Considera la parte recurrente que existen contradicciones entre determinadas apreciaciones fácticas del veredicto y también entre las conclusiones fácticas y la declaración de culpabilidad.

Con respecto a esta última se argumenta que el Magistrado Presidente, al proponer el objeto del veredicto, estableció una vinculación entre los hechos justiciables 3º a) y 3º b), y el apartado sexto del objeto del veredicto, en el que se contenía el pronunciamiento sobre la culpabilidad del acusado, de forma tal que la declaración como probado del hecho 3º a) debería suponer la declaración de culpabilidad respecto del hecho delictivo 6º a) (tesis de la acusación, es decir asesinato).

Mientras que la declaración como probado del hecho 3º b) debería suponer la declaración de culpabilidad respecto del hecho delictivo 6º b) (tesis de la defensa, homicidio).

Considera la parte recurrente que al declarar el Jurado como no probados tanto el hecho 3 a) como el 3 b), y sin embargo declarar la culpabilidad del acusado conforme al hecho 6º b) (homicidio) se ha quebrado la vinculación existente. Señala que el Jurado niega y afirma a la vez los mismos hechos en el 3º b) y en el 6º b), lo que constituye una ausencia de lógica o manifiesta incongruencia, que vulnera la tutela judicial efectiva.

Y, desde el punto de vista estrictamente fáctico, se denuncia otra contradicción; el sentimiento de miedo se niega en el hecho justiciable 16º b), que se declara no probado por



www.civil-mercantil.com

unanimidad, y se afirma en el 14 a), declarado probado por unanimidad, donde se habla de intenso temor; e igualmente el 16º b) y el 16º c) parecen contradecirse al referir el estado emocional del acusado.

En conclusión el motivo afirma que el Jurado ha rechazado en el hecho tercero tanto la formulación que se le presentaba para calificar el hecho como asesinato como la formulación fáctica que conducía al homicidio, y por lo tanto no existe veredicto coherente.

Cuarto.

El derecho a la tutela judicial efectiva, como recuerda la STC 50/2014, de 7 de abril de 2014 , comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso.

Ello significa, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero).

En segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, no podría considerarse fundada en Derecho dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto ; 25/2000, de 31 de enero ; 221/2001, de 31 de octubre y 308/2006, de 23 de octubre , por todas).

En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero ; 13/2012, de 30 de enero , y 27/2013, de 11 de febrero , entre otras muchas).

Por lo tanto una decisión incoherente, o arbitraria, como la que se denuncia, por contradicción interna entre el veredicto sobre los hechos y el veredicto sobre la culpabilidad, podría constituir, en efecto, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Quinto.

Ahora bien, en el caso actual no se aprecia la contradicción denunciada, sino más bien una defectuosa redacción del veredicto, que no fue denunciada por la parte ahora recurrente en el recurso de apelación.

En efecto, el Magistrado-Presidente, prescindiendo de lo establecido en el art 52 1º de la LOTJ , que prohíbe que en un mismo párrafo se incluyan hechos de los que unos sean susceptibles de tenerse por probados y otros no, elaboró las proposiciones 3ª) y 3b) de tal forma que cada una de ellas incluía en el mismo párrafo elementos fácticos diferentes, de manera que una única proposición integraba prácticamente todo el iter delictivo descrito en la versión de la acusación y otra todo el relato de la defensa sobre la forma de producirse los hechos.

En consecuencia al incluir el objeto del veredicto en el mismo párrafo una amplia sucesión de hechos diferenciados, se producía un resultado no querido por el Legislador, es



www.civil-mercantil.com

decir que alguno de los hechos incluidos en una misma proposición del veredicto podían estimarse probados y otros no.

Ello determinó el efecto perverso de que, al no aceptar el Jurado ninguna de las dos proposiciones en su integridad, por los minuciosos detalles que se incluían en ambas, optó por no declarar probadas ninguna de ellas.

En la proposición 3º a) se pedía al Jurado que declarase probado o no, que el acusado cuando llegó nuevamente al lugar de los hechos ya señalado, se situó en la c/ Cuesta de Pedro Gil, contigua a la Plaza de los Fueros y al bar "Unión Pacific", y viendo a Justo, en la calle, en la proximidad al citado bar, desprevenido y de espaldas, amparándose en tal circunstancia para efectuar de manera sucesiva los tres disparos, corrigiendo levemente su situación y a una distancia de 4 - 4,5 metros el primer disparo (postas), de 6,5 - 7 metros el segundo disparo (perdigones) y 8 - 8,5 metros el tercer disparo (postas), impactando los tres en Moises, sin perjuicio de que alguna posta y perdigón lo hicieran fuera de su espalda.

En el apartado 3. b) se pedía al Jurado que se pronunciase sobre el hecho de que el acusado, cuando fue a su domicilio a coger y cargar la escopeta elegida, volviendo con ella al lugar de los hechos, lo fue para plantar cara a Justo y darle un fuerte susto, si bien desistió de ello, dejando la escopeta en la c/ Cuesta de Pedro Gil y sin ella dirigirse hacia el bar "Unión Pacific", siendo visto por Justo, que salió corriendo tras el acusado, diciéndole "que le iba a matar", ante lo que Moises recuperó la escopeta del lugar en que la había dejado y apuntándole, no obstante salir Justo corriendo en dirección al bar "Unión Pacific", le disparó a la espalda de manera no sorpresiva, alcanzándole tres veces, a una distancia de 4 - 4,5 metros el primer disparo (postas), de 6,5 - 7 metros el segundo disparo (perdigones) y 8 - 8,5 metros el tercer disparo (postas), impactando los tres en Justo, sin perjuicio de que alguna posta y perdigón lo hicieran fuera de su espalda.

El Jurado consideró no probado el Hecho número 3 a) por estimar, en virtud del peritaje de balística, que el fallecido se desplazó desde la calle Cuesta de Pedro Gil, lugar donde se efectuó el primer disparo, y por considerar que no se produjeron testimonios o informes que avalasen que el fallecido se encontrara "desprevenido" en el momento de los disparos.

Asimismo, el Jurado tampoco estimó probado el hecho número 3 b) porque sólo contó con el testimonio del acusado, en el que afirmó que el fallecido le amenazó de muerte, pero no hay testigos que puedan confirmar este hecho, lo que indica que el Jurado no se cree la amenaza. Y añade la fundamentación del veredicto que a pesar de que los informes periciales de balística demuestran en qué zona se encontraba Justo en el primer disparo, el jurado desconoce si se dirigió hacia la cuesta de Pedro Gil con intención de agredir al acusado o si, por el contrario, el encuentro fue fortuito.

Es decir, que en el apartado 3 a) el Jurado no acepta dar por probado que los disparos se efectuaron cuando la víctima se encontraba en la Plaza, pues las pruebas balísticas acreditan que se encontraba en la calle Pedro Gil, y en el apartado 3 b), si bien el Jurado estima que sitúa correctamente el lugar del disparo, no acepta que la víctima se dirigiese contra su agresor y le amenazase.

Como puede apreciarse, ambas proposiciones mezclan hechos diferentes, de manera que unos podrían declararse probados y otros no, por lo que existe un defecto en la proposición del objeto del veredicto, lo que ha determinado que el Jurado, al no estimar acreditada ninguna de las proposiciones en su integridad, rechazase ambas.

Sin embargo la parte acusadora no ha recurrido ante el Tribunal de Apelación dicho defecto formal, ni alega que se opusiese a la redacción del veredicto en la audiencia prevenida para ello, limitándose en el recurso de apelación ante el Tribunal Superior, en lo que se refiere al quebrantamiento de forma, a denunciar contradicciones en el objeto del veredicto, pero no defectos formales en el objeto del mismo.



www.civil-mercantil.com

Sexto.

En consecuencia, y ciñéndonos a los términos del recurso, no se aprecia la contradicción denunciada.

En efecto dados los términos del veredicto, el Jurado debía optar por declarar la culpabilidad o inocencia conforme a los apartados 6 A) o 6 B), y optó por el B), porque en el A) se incluía la expresión "desprevenido", que el Jurado no estimó acreditada. Esta decisión no es arbitraria o incoherente, sino la única decisión racional que le cabía al Jurado, en función de los términos en los que se había redactado el objeto del veredicto, y para ser coherentes con la decisión previa de no declarar acreditado que la víctima se encontrase desprevenida, al carecer de elementos probatorios para ello. No cabe apreciar, en consecuencia, vulneración alguna del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque no concurre incoherencia o arbitrariedad en la resolución del Jurado respecto de la declaración de culpabilidad del acusado.

Tampoco se aprecia contradicción fáctica, respecto del sentimiento de miedo, entre el hecho justiciable 16 b), que se declara no probado, y el 14 a), que se declara probado, pues ambas proposiciones tienen una redacción diferente, que justifica una diferente valoración probatoria, ya que el segundo (16 b) se refiere estrictamente al momento de comisión de los hechos, y el primero (14 a) a una motivación genérica que pudo influir en el ánimo del acusado, pero no determinó la acción final, como se explica perfectamente en la sentencia de apelación, a la que nos remitimos.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Séptimo.

El segundo motivo de recurso, al amparo del art 852 Lecrim y 5 4º LOPJ , alega también infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por estimar que el Magistrado Presidente no respetó en la redacción de la sentencia el veredicto del Jurado.

Se refiere la parte recurrente a que la sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Jurado condena al acusado por asesinato, cuando la parte recurrente estima que al declarar el Jurado al acusado culpable en los términos prevenidos en el apartado 6 B), la condena debería ser por homicidio.

Este motivo de recurso se encuentra en contradicción con el motivo planteado por esta misma parte recurrente en el número cuarto de su recurso, en el que precisamente solicita que se case la sentencia del Tribunal de Apelación para que se condene al acusado por asesinato, motivo que se articula por infracción de ley, y en consecuencia respetando los hechos probados. Si la parte recurrente estima que los hechos probados permiten una condena por asesinato, no puede imputarse al Magistrado Presidente haberse apartado de dichos hechos precisamente para hacer lo que interesa la propia parte recurrente.

En cualquier caso, al examinar el referido motivo cuarto tendremos ocasión de analizar la calificación jurídica de los hechos como homicidio o asesinato, así como el sentido del veredicto de culpabilidad.

Octavo.

El tercer motivo reitera la vía casacional de la supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Se alega ahora la falta de motivación del veredicto.

Insiste la parte recurrente en la supuesta contradicción de acordar la culpabilidad del acusado según el apartado 6 B) cuando no se ha declarado probado el hecho justiciable 3 B) que le debía servir de fundamento.



www.civil-mercantil.com

El motivo debe ser desestimado. En primer lugar ya se ha señalado que la parte recurrente parte de una base errónea. Que los hechos 3 A) y 3 B), para el caso de ser declarados probados, no predetermina la respuesta en el caso de que ninguno de ellos se declare probado, que es lo que sucedió. Y, en segundo lugar, la motivación de la decisión del Jurado es clara y manifiesta. Si no se ha declarado probado que el ataque se produjo cuando la víctima estaba desprevenida, no puede aprobarse la conclusión 6 A) que incluye este presupuesto, pero si la 6 B), que no lo incluye.

Noveno.

El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , denuncia la inaplicación del art 139 CP . Considera la parte recurrente que el hecho primero del veredicto, aprobado por unanimidad por el Jurado, configura la alevosía exigible para sancionar el delito como asesinato.

Estima la parte recurrente que el hecho de que el Jurado no declarase probado el hecho 3 a) que se refería a que el acusado disparó contra su víctima cuando se encontraba desprevenida, no impide al apreciación de la alevosía, pues en el hecho primero se declara probado que le disparó por la espalda. Considera que integrando este hecho primero con el segundo (en el que se relata como el acusado escogió el arma y los cartuchos) y el séptimo (en el que se refieren las características de los cartuchos), puede apreciarse la alevosía que se desprende del hecho de disparar por la espalda, hacerlo a 4, 6 y 8 metros de distancia, tres veces de modo sucesivo, dos cartuchos de postas y uno de perdigones loberos, la selección de la munición y la selección del arma. Cita doctrina jurisprudencial que aprecia alevosía al disparar por la espalda.

Décimo.

La estimación del motivo exige algunas precisiones sobre el veredicto de culpabilidad, pues fue el Tribunal de Apelación el que modificó la condena por asesinato dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, sustituyéndola por una condena por homicidio, precisamente por estimar que la sentencia del Magistrado Presidente no fue suficientemente respetuosa con el veredicto del Jurado.

La función esencial de los Jurados, tal y como se define en el art. 3º de la L.O.T.J ., es la de emitir veredicto, " declarando probado o no probado el hecho justiciable que el Magistrado-Presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en su 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 (SSTS núm. 439/2000, de 26 de julio y núm. 1715/2001, de 19 de octubre).

Por lo que se refiere al veredicto de culpabilidad (que debería consistir en una sola palabra: culpable o inocente), el art. 3º de la L.O.T.J . 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 (SSTS núm. 439/2000, de 26 de julio , núm. 1715/2001, de 19 de octubre , núm. 1276/20014, de 11 de noviembre y núm. 678/2008, de 30 de octubre) .



www.civil-mercantil.com

Este relato fáctico previo 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.

Es por ello por lo que el veredicto de culpabilidad por la participación en el hecho delictivo no incluye el "nomen iuris" delictivo: el acusado es culpable para el Jurado de los hechos declarados probados, no de "asesinato" o "homicidio". Y tampoco es procedente burlar esta limitación confeccionando un nuevo mini-relato para el pronunciamiento del veredicto de culpabilidad, pretendiendo que el Jurado opte, (de forma encubierta, es decir, sin nomen iuris del delito), por una u otra calificación jurídica.

El Jurado debe declarar al acusado culpable o inocente en función de todos los hechos que se han declarado probados, de los cuales el Magistrado-Presidente debe deducir la calificación jurídica, por lo que si se confecciona un nuevo relato sintético a los efectos del veredicto de culpabilidad resulta irrelevante para la calificación, y debe tenerse por no puesto.

En consecuencia el Jurado no ha podido calificar los hechos como homicidio, porque ésta no es su función, debiendo deducirse la calificación jurídica de los hechos del conjunto del relato fáctico.

Undécimo.

Conforme a lo expresado, debemos tomar en consideración el relato fáctico, en su conjunto, y no el mini-relato incluido en el veredicto de culpabilidad, para apreciar si la calificación jurídica correcta es la de la sentencia del Tribunal del Jurado dictada por el Magistrado Presidente o la del Tribunal de Apelación, que modificó la sentencia inicial sustituyendo el asesinato por homicidio.

Es cierto que la defectuosa formulación del objeto del veredicto deja sin pronunciamiento expreso del jurado lo ocurrido en el momento inmediatamente anterior a los disparos, al no haber declarado el Jurado probada ni la versión 3 a) ni la versión 3 b), por discrepancia con alguno de los detalles que ambas contenían.

Pero también lo es que a los efectos de la calificación de los hechos como asesinato, que es la procedente, ambas versiones son irrelevantes, pues el resto del relato fáctico permite inferir suficientemente la concurrencia de la alevosía.

Para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender al marco global de la acción. La alevosía, es decir la elección de un medio o forma de ejecución que tienda directamente a eliminar las posibilidades de defensa, ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones; ha de valorarse el episodio en su conjunto y no solo en los avatares que preceden inmediatamente a la muerte de la víctima.

Y, en el caso actual, lo que se ha declarado probado por el Jurado es que en la madrugada del 8 de enero de 2012, el acusado Moises , tras un incidente no especificado con la víctima Justo , ocurrido en la Plaza de los Fueros de una pequeña localidad navarra, se dirigió a su domicilio, sito a 500 metros de dicha Plaza, para coger un arma, eligiendo entre las diversas armas de fuego que tenía en la casa una escopeta semiautomática. Seguidamente escogió para cargar la escopeta, entre la numerosa munición que poseía, dos cartuchos de postas, cargados cada uno con nueve postas de 8,6 mm, munición prohibida para la caza, si bien es utilizada clandestinamente en la caza furtiva para abatir jabalíes, corzos, lobos, venados y otras piezas de caza mayor, y un tercer cartucho que contenía un total de 64 perdigones, de 4,5 mm de diámetro, denominado "lobero".

A continuación volvió a donde estaba Justo , que se encontraba desarmado, y le disparó tres disparos en la espalda efectuados con su escopeta semiautomática, que según se declara probado por el Jurado le provocaron un total de 16 orificios de entrada ocasionados por



www.civil-mercantil.com

las postas y cincuenta orificios de entrada producidos por los perdigones loberos, muriendo la víctima desangrada por shock hemorrágico, causado por rotura aórtica y lesión cardiaca, así como por una hemorragia masiva con exanguinación de los órganos.

Los hechos declarados probados constituyen de modo claro y manifiesto un asesinato cualificado por la alevosía. En efecto, la acción de disparar por la espalda a una persona con una escopeta de repetición tres tiros prácticamente seguidos con una munición que asegura necesariamente su muerte, tras haber elegido expresamente el arma y la munición y dirigirse a donde se conocía previamente que la víctima se encontraba, desarmada, integra los tres elementos que requiere la alevosía.

En primer lugar, el elemento normativo, que se cumple al ejecutarse un delito contra las personas. En segundo lugar el elemento instrumental u objetivo, que puede afirmarse porque la conducta del agente aseguró totalmente el resultado, sin riesgo alguno para su persona, integrándose en la modalidad de alevosía proditoria, o traicionera, al tratarse de disparos realizados por la espalda a una persona desarmada.

Y, en tercer lugar, el elemento culpabilístico o subjetivo, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa, lo que se pone de manifiesto en la conducta del acusado ir a buscar un arma a su casa, elegir una escopeta semiautomática que permitía efectuar rápidamente varios disparos seguidos sin posibilidad alguna de defensa para una víctima desarmada, y escoger una munición que aseguraba acertar con facilidad a corta distancia, mediante un cartucho de perdigones loberos que, al disparar proyectiles múltiples, es decir, una "nube" de perdigones a la vez con cada disparo, permite acertar a la víctima en todo caso, aunque sea con parte de los perdigones, provocando un impacto de lleno, demoledor. Y, al mismo tiempo, asegurar la muerte, añadiendo dos cartuchos de postas, especiales para la caza mayor, de una letalidad absoluta, que destrozan físicamente a la víctima, hasta el punto de que en el caso actual provocaron su exanguinación, según el propio relato fáctico, es decir la pérdida de la totalidad de la sangre del fallecido.

Décimo segundo.

En consecuencia, constando en el conjunto del relato fáctico los elementos necesarios para constatar la concurrencia de alevosía, resulta irrelevante que el Jurado, por discrepancia con alguno de los minuciosos detalles que ambas contenían, no haya declarado probada ni la versión 3 a) ni la versión 3 b), relativas a lo ocurrido en el momento inmediatamente anterior a los disparos.

Y resulta irrelevante porque la alevosía concurre en cualquier caso, atendiendo al conjunto del relato, tanto si el acusado disparó a la víctima sin que ésta se apercibiese de su llegada, como alegaba la acusación, como si la víctima la vio venir, se encaró inicialmente con el agresor y, al divisar la escopeta, se dio a la fuga recibiendo los disparos por la espalda cuando intentaba escapar, como alega la defensa del acusado. En cualquiera de los dos casos sus posibilidades de defensa eran nulas, el riesgo para el agresor inexistente, y el medio, modo y forma empleado en la ejecución, directamente dirigido a asegurar el resultado eliminando absolutamente toda posibilidad de defensa.

Resulta por tanto irrelevante que el Jurado no pueda declarar probado que el disparo se produjo cuando la víctima se encontraba desprevenida, porque como razona el propio Jurado, con una lógica absoluta, no hay testigos que afirmen que el fallecido se encontraba desprevenido en el momento de los disparos (motivación acerca de por qué no se declara probado el apartado 3 a). Pero si hay informes periciales que afirman que el acusado recibió los tres disparos por la espalda, y por ello el jurado lo declaró expresamente probado.

Y también está probado que el acusado conocía dónde encontrar a la víctima, se dirigió a su propio domicilio, escogió el arma, la cargó con munición que aseguraba su muerte,



www.civil-mercantil.com

y volvió a donde sabía que encontraría a la víctima desarmada, y absolutamente indefensa ante a un arma de una letalidad manifiesta, por lo que le resultaba indiferente matarlo por la espalda sin que se apercibiese de su llegada, o matarlo por la espalda cuando se diese la vuelta e intentase huir.

En cualquier caso los medios utilizados aseguraban absolutamente el resultado mortal, sin posibilidad alguna de defensa de la víctima y sin riesgo alguno para el agresor, por lo que la acción ejecutada debe ser calificada como un asesinato.

No solo concurre la alevosía cuando se dispara contra la víctima de manera sorpresiva. También concurre la modalidad proditoria de alevosía cuando se traza un plan para llegar hasta la víctima sabiendo donde se encuentra y acudiendo sin su conocimiento cuando ésta no se lo espera, procurándose previamente los medios para matarla sin que tenga posibilidad alguna de defensa (STS 22 de diciembre de 2010), considerándose ordinariamente por la doctrina jurisprudencial como alevosos los disparos por la espalda (STS 17 de diciembre de 2010 , entre otras).

El núcleo de la alevosía consiste en aniquilar las posibilidades de defensa, y eso es precisamente lo que hizo el acusado en el supuesto actual.

Como ya se ha expresado para apreciar la alevosía hay que atender al marco global de la acción. La alevosía ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no solo en los avatares que preceden inmediatamente a la muerte de la víctima, pues en muchas ocasiones estos avatares no se pueden conocer con total precisión, dado que la experiencia nos indica que no es frecuente que los asesinatos se ejecuten ante testigos. Por ello es necesario valorar el conjunto de la acción, y de un modo muy especial, la preparación por el acusado de la acción agresiva para constatar si éste ha organizado su actuación escogiendo expresamente medios que tiendan directa y especialmente a asegurar el resultado perseguido, eliminando las posibilidades de defensa de la víctima, como sucede en el caso actual.

Procede, por todo ello, estimar el presente motivo de recurso por infracción de ley, casando en este aspecto la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación, y dictando segunda sentencia en la que se recupere la calificación de asesinato, conforme a la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado.

Décimo tercero.

El quinto motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega indebida inaplicación del art 22 2 CP , aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo. Considera el recurrente que el aprovechamiento de la oscuridad reinante a la hora en que se produjo el hecho (eran las 6 45 de la madrugada de un día del mes de enero), permite apreciar la referida agravante.

Si bien es cierto que la agravante de aprovechamiento de las circunstancias de tiempo y lugar puede, según la doctrina jurisprudencial (por todas STS 14 de mayo de 2010) ser compatible ocasionalmente con la alevosía, en función de las circunstancias, en el caso actual no cabe apreciarla pues el momento y el lugar estaban comprendidos en el plan del autor que es precisamente lo que califica de alevosa su acción, y lo que contribuye a eliminar las posibilidades de defensa.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

RECURSO DE LA DEFENSA.

Décimo cuarto.



www.civil-mercantil.com

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Moises , por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega indebida inaplicación como muy cualificada de la atenuante de estado pasional en relación con la embriaguez de los arts. 21 3º y 66 CP .

La sentencia del Jurado condenó al acusado, ahora recurrente, como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad, muy cualificada, conjunta de estado pasional y embriaguez, a la pena de diez años de prisión y accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

La sentencia de apelación modificó dicho fallo, condenando al acusado como autor de un delito de homicidio, concurriendo la circunstancia atenuante mixta de estado pasional y embriaguez, y la agravante de abuso de superioridad, a la pena de doce años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena.

En la fundamentación jurídica de la sentencia de apelación, en respuesta al recurso de la acusación particular, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, se recuerda que la sentencia de instancia declara probado textualmente en el hecho 16º c) que "el estado emocional que sufría el acusado, en el momento de los hechos, favorecido por el estado de intoxicación que sufría, por las distintas sustancias que había ingerido, hacía que tuviera sus facultades intelectivas y volitivas afectadas de una forma moderada-grave, sin llegar a anularlas".

Continúa señalando la sentencia de apelación que "La apreciación de un grave déficit o alteración más que moderada de las facultades mentales de discernir o de la capacidad de actuar libremente del acusado exige una afectación importante, considerable, relevante de su voluntad, que no se declara probada en este hecho (véase, por ejemplo, la STS de 20 de octubre de 2.000 , o la de 22 de junio de 2009).

Lo que se declara probado es una afectación moderada, por más que se añada el calificativo de grave, que intensifica la calificación de moderada sin cambiarla, en relación con el informe pericial que es la propia base de la determinación del jurado. La apreciación de la atenuante como muy calificada se afirma sobre la base de un razonamiento de inferencia, y parece más correcto basarlo en los datos objetivos previamente acreditados en el informe médico forense, y -como repite en un caso similar la STS 27 de diciembre de 2012 -, las atenuantes han de estar probadas como los hechos nucleares mismos, y hay que concluir que no tiene cabida el déficit moderado del presente caso, ni como eximente incompleta, ni como atenuante calificada.

Parece coherente reconocer una única atenuación "moderada-grave", y se debe recordar que se desliza aquí también una ligera imprecisión o exceso en la redacción del Magistrado Presidente que habla de estado pasional de ira, que en el hecho 16º b) el jurado niega expresamente en el momento de comisión del hecho delictivo.

Un cierto arrebató es consustancial a todo hecho delictivo, es la cualificación de este arrebató lo que define su intensidad , y en el presente caso ha de acogerse en los estrictos términos de "moderado-grave" en que se ha declarado probado, precisando el jurado que no anula su voluntad e intelecto.

Y que la capacidad del acusado no estaba afectada de un modo tan grave como para estimar una atenuación muy calificada, se corrobora en la propia precisión de los disparos con movimiento del acusado; tal como se declara probado en el hecho 4º, donde se describen los disparos y las heridas; y en el hecho 5º a), 5º b) y 5º c) declaran probado que cada uno de los disparos produce heridas que son de por sí mortales, la segunda mortal de necesidad y la primera y tercera mortales por sí, si no recibía una ayuda inmediata. Y además en todo la secuencia del iter criminal tiene una componente reflexiva, que se deduce del hecho declarado probado segundo, de escoger un arma de repetición entre las tres escopetas y un rifle que tenía en su casa, y de escoger también unos cartuchos especialmente dañinos; y hay una



www.civil-mercantil.com

persistencia en la voluntad reflexiva de ir a su casa por el trayecto y hacer el trayecto de vuelta armado".

La fundamentación citada, expresada en la sentencia de apelación, es perfectamente asumible, y por las razones que deja expuestas procede desestimar el motivo. La frialdad con la que el acusado eligió el arma y las municiones más letales y que mejor le garantizaban el aseguramiento de su objetivo sin riesgo alguno, descarta que se encontrase bajo un estado pasional de gran entidad que le perturbase de forma muy relevante su capacidad de entendimiento y voluntad, por lo que la apreciación de un estado pasional como atenuante ordinaria, valorando conjuntamente el miedo y la embriaguez, constituye una atenuación suficiente en atención al conjunto de circunstancias del caso.

Décimo quinto.

El segundo motivo de recurso, al amparo del art 852 Lecrim , alega vulneración del principio acusatorio garantizado en el art 24 CE , en relación con la agravante de abuso de superioridad del art 22 2º CP . Se queja la parte recurrente de que la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia aplicase la agravante de abuso de superioridad sin que lo hubiese solicitado ninguna de las partes acusadoras.

El Tribunal de apelación ya razona que cambiar la calificación de alevosía por la agravante de abuso de superioridad no lesiona el principio acusatorio (con cita de las SSTs de 15 enero 2013 y de 7 de noviembre de 2012), pues la alevosía puede ser considerada a estos efectos como una modalidad agravada de aquélla, es decir del abuso de superioridad que no impide la posible defensa del ofendido aunque la restrinja sin eliminarla.

En cualquier caso, eliminada en nuestra sentencia casacional la agravante de abuso de superioridad y recuperada la alevosía, interesada por las acusaciones, la impugnación fundada en la supuesta vulneración del principio acusatorio queda vacía de contenido.

Décimo sexto.

El tercer motivo de recurso, al amparo del art 849 1º Lecrim , alega indebida inaplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable, art. 20 6º en relación con el 21 1º CP .

Considera la parte recurrente que el Jurado declaró expresamente probado que el acusado actuó motivado por el intenso temor que le causaba una futura y agresiva reacción de la víctima contra su integridad física e incluso su vida, y que conocía que la víctima era una persona violenta que en una ocasión propinó un botellazo a un señor en la cabeza y que, en otra ocasión clavó en la espalda una hoz a otra persona.

El Tribunal de apelación señala en relación con esta misma cuestión que " su estimación entraría abiertamente en contradicción con el relato de hechos probados que hace el veredicto -hecho 16º b)- que se propuso como hecho favorable, y que fue rechazado por unanimidad, y donde expresamente se niega "mezcla de miedo e ira", en su encabezamiento referido al momento de los hechos. La apreciación de la circunstancia de miedo insuperable requiere acreditar que la acción delictiva se ha realizado bajo una relevante influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada; intenso, efectivo y real, y estar acreditado en el momento del hecho delictivo.

Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza



www.civil-mercantil.com

de baremo para comprobar la superabilidad del miedo (SSTS 4 de marzo de 2011 y 7 de mayo de 2002).

Y es significativo, como relata la sentencia recurrida, que no se han llegado a acreditar los hechos de humillación, maltrato y amenaza que se imputaban a la víctima, con referencia al informe pericial, donde se explica la poca verosimilitud de su conducta en una persona atemorizada, con lo que no resulta probado que la acción delictiva se cometiera precisamente para evitar o eludir el mal, provocación o amenaza que genera el miedo".

Por las mismas razones ya expuestas por el Tribunal de apelación, procede desestimar el motivo.

Décimo séptimo.

El cuarto motivo de recurso, también al amparo del art 849 1º por infracción de ley, alega vulneración por indebida inaplicación de la atenuante de embriaguez como muy calificada , arts. 20 2 , 21 1 º, 21 7 º y 66 CP .

Señala la sentencia de apelación que "el hecho de que la disminución de la facultades intelectuales y volitivas del acusado en modo moderado-grave sea apreciado en dos hechos distintos del relato del veredicto no significa por sí que hayan de reconocerse dos atenuantes distintas, pues los dos hechos se están refiriendo a un mismo intelecto y voluntad no anulados sino disminuidos de modo moderado-grave, y la embriaguez no es por sí misma una atenuante autónoma tras la reforma del Código Penal de 1995. Desaparecida del elenco de circunstancias atenuantes la que en el CP derogado figuraba en el núm. 2º del art. 9 º, su efecto modificativo de la responsabilidad criminal es que produce una obnubilación en la capacidad comprender y querer.

En el presente caso la falta de autonomía de la embriaguez, se deduce de la falta de entidad e intensidad suficientes para una calificación independiente, y de ningún modo puede concluirse que haya sido declarado probado por el jurado dos atenuantes diferenciadas. Ambos hechos probados del veredicto se refieren a un mismo intelecto y voluntad, y en ambos se concreta la misma expresión "moderada grave", como calificativo de la atenuación; parece coherente deducir ha considerado la restricción de la conciencia y voluntad conjuntamente, como una única circunstancia. Y tal deducción se corrobora de los términos literales del hecho 16º b) donde se dice expresamente que "el estado emocional que sufría Moises , en el momento de los hechos, favorecido por el estado de intoxicación que sufría, por las distintas sustancias que había ingerido, hacía que tuviera sus facultades intelectivas y volitivas afectadas de una forma moderada-grave, sin llegar a anularlas"; esto es el propio veredicto valora conjuntamente el estado pasional y la embriaguez , concluyendo que la embriaguez acentúa el estado emocional que el acusado sufría en el momento de los hechos , en una consideración unitaria de sus facultades intelectivas y volitivas. Que el hecho 19º a) reconozca que el acusado en el momento de cometer los hechos tuviera afectadas sus facultades volitivas e intelectivas de forma moderada-grave por la previa ingesta de alcohol y cocaína, no significa por sí que sea una circunstancia autónoma, pues su incidencia es reforzar un estado pasional, de un modo moderado-grave".

Por las mismas razones expuestas por el Tribunal de apelación procede desestimar el motivo, pues es claro, como ya se ha indicado, que el estado en que se encontraba el acusado no era de grave alteración de sus facultades, por lo que la apreciación de un estado pasional como atenuante ordinaria valorando conjuntamente la embriaguez y el miedo, que no era actual e inmediato, es decir sufrido en el momento del hecho delictivo, sino derivado de una supuesta agresividad general de la víctima, constituye una calificación que puede calificarse de acertada y correcta.



www.civil-mercantil.com

Décimo octavo.

El quinto motivo, también al amparo del art 849 1º por infracción de ley, alega vulneración por indebida inaplicación de la atenuante analógica de confesión , arts. 21 4º y 21 7º CP .

Considera la parte recurrente que el hecho de que el acusado hubiese comparecido acompañado de su madre ante el cuartel de la Guardia Civil, para entregarse, reconociendo haber tiroteado a una persona, debe tener un reconocimiento como atenuación analógica, pues no es lo mismo huir del lugar de los hechos que comparecer ante la policía para entregarse, reconociendo ser el autor de los disparos. Considera el recurrente que el hecho de que la confesión no fuese exacta, al manifestar el acusado no conocer a la víctima, no puede excluir absolutamente el valor de la misma.

La doctrina de esta Sala, STS 100/2014, de 18 de febrero , STS núm. 968/2013, de 19 de diciembre y STS 877/2013, de 26 de noviembre y STS 372/2014, de 15 de mayo , entre las más recientes, recuerda que la atenuante de confesión del artículo 21.4º CP exige que el sujeto confiese la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él.

No es preciso ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento por el hecho cometido, pues lo que se valora en la configuración de la atenuante es, de un lado, la colaboración del autor a la investigación de los hechos, facilitando que se alcance la Justicia, y, de otro, al mismo tiempo, su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias.

Cumpléndose el elemento temporal, es suficiente con una confesión del hecho que pueda reputarse veraz, es decir, que no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal.

En la doctrina jurisprudencial se destaca como elemento integrante de la atenuante el temporal o cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado policial o judicialmente por los mismos, dado que en el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (STS 199/2014, de 4 de febrero , entre la más recientes), por lo que se excluye de la aplicación de la atenuante aquellos supuestos en que la confesión se produce porque el responsable se encuentra ya bajo el control policial, sometido a su inspección, aunque no se hayan descubierto todavía las pruebas del delito.

En definitiva, la apreciación de la atenuante requiere cuatro requisitos:

- 1º) Un acto de confesión de la infracción.
- 2º) La veracidad de la confesión en lo sustancial, pues de otro modo no puede calificarse en sentido propio de confesión.
- 3º) Habrá de hacerse ante la autoridad, incluyendo sus agentes, o funcionarios cualificados para recibirla.
- 4º) Debe cumplir un requisito temporal o cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado policial o judicialmente por los mismos, dado que en el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial.

Décimo noveno.



www.civil-mercantil.com

La exclusión de la atenuante de confesión, como se ha hecho en la sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, por el hecho de existir testigos que podrían identificar al autor, como por ejemplo el testigo Romualdo , que se cruzó con el acusado cuando iba hacia la Plaza con la escopeta, no es conforme al principio de legalidad, como señala en un supuesto similar la STS núm. 372/2014, de 15 de mayo , pues introduce, en contra del reo, una exigencia para la apreciación de la atenuante que ni viene exigida por el Legislador, ni puede deducirse directamente de la configuración legal de la atenuante .

El requisito cronológico, que ya se interpreta rigurosamente en la jurisprudencia de esta Sala al incluir en el procedimiento judicial las actuaciones policiales previas, no puede ampliarse en el sentido de excluir de la atenuación cualquier supuesto en que concurren pruebas adicionales que permitirían la identificación del autor sin necesidad de la confesión, pues esta exigencia es desorbitada en relación con el texto de la ley, y no se deduce ni directa ni indirectamente del mismo.

Tampoco desde el punto de vista del fundamento de la atenuación, se pueden excluir estos supuestos. Lo que se valora en la configuración de la atenuante es, de un lado, la colaboración del autor a la investigación de los hechos, facilitando que se alcance la Justicia, y, de otro, su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias.

Ambos fundamentos no quedan excluidos por la existencia de otras pruebas que permitan identificar al autor. En primer lugar porque, con independencia de ellas, la confesión favorece de modo evidente la investigación y, si es ratificada ante el Juez, como sucede en el caso actual, aun cuando fuese en una segunda declaración pues en la primera el acusado ejerció su derecho constitucional a no declarar, constituye una prueba de cargo esencial que facilita de modo muy relevante el enjuiciamiento.

En segundo lugar, porque la entrega voluntaria y espontánea del autor a las autoridades, como ha sucedido en el caso actual, pone de relieve, de algún modo, su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias.

Con independencia de que algún testigo pudiese identificarle, lo cierto es que el recurrente, una vez en su domicilio, pudo darse a la fuga, u ocultarse, dificultando su localización y detención, o pudo en todo caso negar los hechos. El que acudiese de modo casi inmediato al Cuartel de la Guardia Civil más próximo para entregarse y confesar, cumple el fundamento justificativo de la atenuación, sin que pueda excluirse la apreciación de esta circunstancia por la existencia de otras pruebas.

Vigésimo.

En el caso actual el Jurado declaró probada por unanimidad la proposición referida a la base fáctica de esta atenuante, proposición núm. 15 que expresaba: " Después de disparar a la víctima, el acusado acudió a su domicilio, despertando a sus padres y, acompañado de su madre, fue al cuartel de la Guardia Civil de Valtierra, donde manifestó al agente de puertas que: "había pegado dos o tres tiros no sabiendo si había alcanzado a alguien".

Se cumplen, en consecuencia, tres de los cuatro requisitos exigibles por la atenuante de confesión: 1º) Un acto de confesión de la infracción, pues el acusado reconoció ser el autor de los disparos realizados ese día en la localidad, y por tanto el responsable de la muerte de la víctima. 2º) Acto realizado ante la autoridad, incluyendo sus agentes, o funcionarios cualificados para recibirla, como lo son los Guardias Civiles del Cuartel sito en la misma localidad donde produjeron los hechos. 3º) Cumpliendo un requisito temporal o cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado policial o judicialmente por los mismos, y que se cumple en el caso



www.civil-mercantil.com

actual pues del relato fáctico se deduce que la presentación en el cuartelillo se produjo de forma prácticamente inmediata, señalando la sentencia del Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado que el propio Sargento Comandante del puesto desconocía los hechos cuando se produjo la comparecencia del acusado en el Cuartel.

El requisito cuyo cumplimiento es deficiente, como señalan las sentencias de instancia y apelación, es la veracidad de la confesión, pues el acusado se limitó a reconocer que era el autor de los disparos, pero sin identificar a su víctima, y realizó unas manifestaciones más bien ambiguas, difuminando el resultado al manifestar que no sabía si le había dado a alguien.

Ahora bien, esta ambigüedad no altera la veracidad básica de la confesión, reconociendo el acusado espontáneamente ser el autor de los disparos que esa noche se habían producido en el pueblo, lo que equivale a confesar la autoría de la muerte de la víctima, pues es lógico pensar que esa noche no se habían realizado en Valtierra otros disparos que los reconocidos por el acusado. Y, por otra parte, el hecho de que el agresor acudiese de modo casi inmediato al Cuartel de la Guardia Civil más próximo para entregarse y confesar, cumple el fundamento justificativo básico de la atenuación.

En consecuencia, la concurrencia del elemento cronológico es manifiesta, y la ambigüedad de la confesión, no excluye su veracidad básica, por lo que la atenuante debe ser apreciada al menos como analógica.

Las atenuantes analógicas previstas en el art 21 7º CP deben apreciarse en atención a la concurrencia de las mismas o similares razones de atenuación en relación con las atenuantes expresamente contempladas en el artículo 21 del Código Penal .

Es cierto que no se permite construir atenuantes incompletas cuando falten los requisitos sustanciales que se exigen por la Ley, pero en el caso actual dichos requisitos esenciales (acto de confesión, inmediato a los hechos, con entrega a los agentes de la autoridad y veracidad básica de la confesión, aunque imprecisa y ambigua en los detalles) se cumplen, por lo que el motivo debe ser estimado.

Lo que no puede admitirse es que se confunda la confesión con la conformidad, exigiendo para su apreciación, una admisión total e incondicionada de la versión de los hechos y la calificación formulada por las acusaciones. La admisión de la atenuante de confesión no está reñida con el reconocimiento del derecho constitucional de defensa, por lo que no impide que, quien haya reconocido el hecho y se ha entregado a las autoridades para sufrir el castigo correspondiente a su infracción, no pueda alegar atenuantes, o discutir las agravantes propuestas por las partes acusadoras.

Vigésimo primero.

Procede, por todo ello, la estimación del cuarto motivo por infracción de ley de la acusación particular, y del quinto motivo, también por infracción de ley, de la defensa, con declaración de las costas de oficio, dictando segunda sentencia en la que se condene al acusado por asesinato, conforme a la sentencia del Tribunal del Jurado, pero con las atenuantes ordinaria de estado pasional y analógica de confesión.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, por el motivo CUARTO , por infracción de ley, al recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la Acusación Particular Asunción , Belarmino y Lorenza , contra sentencia de fecha 3 de enero de 2013, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra , en causa seguida a Moises por delito de asesinato; y en su virtud casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.



www.civil-mercantil.com

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, por el motivo QUINTO , por infracción de ley, al recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por Moises contra la anterior sentencia; y en su virtud casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente al Tribunal Superior de Justicia de Navarra, con devolución de la causa.

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Julio de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción de Tudela num. 4, seguida mediante el procedimiento de Tribunal de Jurado por la Audiencia Provincial de Navarra y elevado en apelación al Tribunal Superior de Justicia de Navarra con el número 3/2013 por delito de asesinato contra Moises , nacido el NUM001 de 1981, con D.N.I. num. NUM002 , hijo de Iván y de Concepción , natural de Tudela (Navarra), sin antecedentes penales, solvente parcial; y en cuya causa se dictó sentencia por el mencionado Tribunal Superior de Justicia que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.

Se aceptan los de la sentencia impugnada, incluidos los hechos declarados probados .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Por las razones expuestas en nuestra sentencia casacional, los hechos deben ser calificados como un delito de asesinato, conforme a la sentencia del Tribunal del Jurado, pero con las atenuantes ordinaria de estado pasional y analógica de confesión, procediendo la imposición de la pena inferior en un grado a la correspondiente al delito de asesinato, atendiendo al número y entidad de dichas circunstancias, imponiendo la pena en el límite superior de la mitad inferior, atendiendo a la gravedad del hecho (límite superior) y a que se ha rebajado la pena solo en un grado (mitad inferior), regla octava art. 66 CP . "a contrario sensu".

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado Moises como autor responsable de un delito de ASESINATO del art. 139 1º CP , con la concurrencia de la atenuante ordinaria de

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

estado pasional influido por miedo y embriaguez, y de la atenuante analógica de confesión, a la pena de ONCE AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN , e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal del Jurado, especialmente los referidas a indemnizaciones, costas y cómputo de la prisión preventiva.

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

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.