



Roj: **STS 202/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:202**

Id Cendoj: **28079120012018100045**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2018**

Nº de Recurso: **10557/2017**

Nº de Resolución: **57/2018**

Procedimiento: **Abstención / Recusación de Letrados de la Administración de Justicia**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal **Sentencia núm. 57/2018**

Recurso Nº: 10557/2017

Fecha de sentencia: 01/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10557/2017 P

Fallo/Acuerto: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 16/01/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10557/2017 P

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 57/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D.^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 1 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 10557/2017 por infracción de ley, interpuesto por D. Florian , representado por la procuradora D^a Elena López Macías bajo la dirección letrada de D. Juan Luis de la



Orden Vicente contra sentencia de fecha 18 de julio de 2017, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dimanante de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3ª Rollo Tribunal del Jurado 1510/2016). Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y D. Nicanor y Dª Manuela representados por el Procurador D. Alejandro Escudero Delgado bajo la dirección Letrada de D. Borja Hernández Hernández Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 20 de Madrid instruyó Procedimiento Tribunal del Jurado con el num. 2/2014 contra Florian , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Tercera, Rollo Tribunal del Jurado num. 1510/2016) que con fecha 16 de mayo de 2017, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: «1.- El acusado Florian , mayor de edad y agente del Cuerpo Nacional de Policía, adquirió mediante traspaso el negocio de hostelería llamado "Bar Cafetería Villarrosa" situado en el número 19 de la calle Mota del Cuervo de Madrid. Dicho negocio era explotado junto a su socio y amigo Juan Miguel , también mayor de edad.

2.- Por desavenencias producidas por la explotación del negocio, la mañana del día 14 de Agosto de 2014 Florian e Juan Miguel mantuvieron una discusión a través del teléfono móvil por "whatsapp", tomando Juan Miguel la decisión de abandonar el negocio. 3.- La decisión tomada por Juan Miguel motivó que Florian , que se encontraba de servicio, acudiera al domicilio de Juan Miguel para recoger las llaves del local y abrir el mismo, dirigiéndose ambos al bar, lugar donde mantuvieron una discusión verbal ya que Juan Miguel quería repartir las mercancías y el dinero existente en la cuenta corriente abierta en la entidad La Caixa para el negocio.

4.- Dado que Florian tenía que terminar su jornada laboral, regresó a la comisaría de Moratalaz, donde depositó el vehículo policial y sobre las 15:10 horas fue recogido por el taxista Francisco quien le llevó hasta la gasolinera próxima al bar, llegando al local sobre las 15:30 horas, donde había quedado con Juan Miguel .

5.- Una vez que ambos se encontraban en el interior de la cafetería, la cual no se encontraba abierta al público, volvieron a mantener la discusión que comenzaron por la mañana y motivada por la decisión de abandonar el negocio que había tomado Juan Miguel .

6.- En el transcurso de la misma Florian , quien pese a encontrarse fuera de servicio portaba su arma reglamentaria marca HK modelo USB COMPACT del calibre 9 mm. Parabellum, con número de serie NUM000 , viendo que la decisión de Juan Miguel era firme, sacó el arma, quitó el seguro de aleta y efectuó tres disparos consecutivos con el ánimo de acabar con su vida. 7.- Dichos disparos los efectuó Florian sorpresivamente, conociendo que Juan Miguel se encontraba desarmado y sin darle ocasión de defenderse.

8.- El primero de los disparos atravesó los pulmones y cavidad torácica causando heridas mortales de necesidad (o incompatibles con la vida), y el tercero, atravesó el hígado y estructuras vasculares causando igualmente lesiones mortales de necesidad.

9.- El tercero de los disparos lo efectuó Florian cuando Juan Miguel había caído al suelo y estaba tumbado boca abajo, entrando el proyectil por la espalda y saliendo por el abdomen.

10.- Tras efectuar los disparos, Florian bajó el cierre del local y abandonó el lugar marchándose primero a Bilbao, luego a Irún y finalmente a Salamanca donde fue detenido sobre las 14:00 horas del día 16 de Agosto de 2014 en el vestíbulo del Colegio Mayor Hernán Cortés sito en el Paseo de San Vicente nº 103. La pistola reglamentaria de Florian HK modelo USP COMPACT del calibre 9 mm. Parabellum con número de serie NUM000 cargada con 7 cartuchos fue intervenida y se encontraba en la mesilla de noche de la habitación que ocupaba.»

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

«FALLO: Condeno a Florian como autor responsable de un delito de asesinato sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya definido, a la pena de prisión de dieciocho años, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, abono de las cosas causadas incluidas las de la acusación particular y a que indemnice a Nicanor y a Manuela en 120.000 euros a cada uno de ellos y a Juan Alberto en 25.000 euros, cantidades que devengarán el interés previsto en el art. 576 de la L.E.C. y de las que responderá subsidiariamente el Estado.

Se impone a Florian la prohibición de acercarse o comunicar con Nicanor , a Manuela y a Juan Alberto a menos de 500 metros y por tiempo de veintitrés años.

Para el cumplimiento de las penas impuestas abónese al acusado el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.



Reclámese del instructor la pieza de responsabilidad civil debidamente cumplimentada.

Se acuerda el decomiso de la pistola marca HK modelo USB COMPACT del calibre 9 mm. Parabellum, con número de serie NUM000 , a la que se le dará el destino legal».

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D. Florian , dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 18 de julio de 2017 , cuya parte dispositiva es la siguiente: «FALLAMOS: ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de D. Florian , REVOCANDO EN PARTE la Sentencia nº 278/2017, de 16 de mayo, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado, Doña ROSA ESPERANZA REBOLLO HIDALGO -designada en la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid - en la causa nº 1510/2016, procedente del Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid (procedimiento del Tribunal del Jurado nº 2/2014), y, en su virtud, CONDENAMOS al acusado D. Florian como autor de un delito de asesinato del art. 139.1º del Código Penal , ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de diecisiete años, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, confirmando los restantes pronunciamientos de la Sentencia apelada. Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser interpuesto, dentro del plazo de cinco días, mediante escrito autorizado por un Abogado y suscrito por un Procurador».

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la del recurrente D. Florian se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

UNICO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 66 del Código Penal .

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y demás partes recurridas, del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 16 de enero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia en fecha 18 de julio de 2017 en la que, tras estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la de fecha de 16 de mayo dictada por la Magistrada que presidió el Juicio de Jurado 1510/2016 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó a D. Florian como autor de un delito de asesinato del artículo 139.1 CP a la pena de prisión de diecisiete años.

Contra dicha sentencia interpuso la defensa del acusado recurso de casación que en el único motivo que lo sustenta, invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar indebida aplicación del artículo 66 CP .

1. Sostiene el recurrente que en atención a las circunstancias personales del Sr. Florian debía imponérsele la pena de 15 años de prisión, la mínima prevista para el tipo penal con arreglo al cual fue condenado. Las circunstancias que a criterio de aquel aconsejan tal opción como más acorde al principio de proporcionalidad de las penas, son su arrepentimiento mostrado en distintas declaraciones, sus alteraciones psicológicas y mentales, la carencia de antecedentes penales y al desarrollo de los hechos surgidos a consecuencia de una discusión que derivó en pelea y por su adicción a la cocaína.

2. De manera reiterada ha señalado la jurisprudencia de esta Sala que la función final de individualización de la pena no corresponde a este Tribunal de casación sino al sentenciador, por lo que en esta sede únicamente procederá controlar si el órgano de instancia ha realizado esta función dentro de los parámetros legales y sobre la base de una motivación razonable. Aunque la necesidad de motivación ex artículo 120.3 CE alcanza en todo caso a la pena concretamente impuesta, no se establece la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto -necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen- que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena: en la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la infracción de Ley (SSTS 1169/2006 de 30 de noviembre ; 809/2008



de 26 de noviembre ; 854/2013 de 30 de octubre ; 800/2015 de 17 de diciembre , 215/2016 de 23 de febrero , 919/2016 de 6 de octubre o 249/2017 de 5 de abril).

Siguiendo, entre otras las SSTs 145/2005 de 7 de febrero y 1426/2005 de 7 de diciembre de 2005 , la motivación de la individualización de la pena requiere que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para concretar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la Ley para el delito. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho y que éste no ha sido arbitrario.

Con carácter general es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley. En el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando el Tribunal sentenciador «haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria» (STS 677/2013 de 24 de septiembre).

De acuerdo con ello, en este caso no concurren razones que justifiquen modificar el criterio del Tribunal de apelación. Fue éste el que, en el marco de los recursos de apelación que resolvió, ante el déficit de motivación apreciado en la sentencia de la Magistrada que presidió el Jurado, fijó la pena a imponer al acusado en 17 años de prisión. Es decir, en la zona alta de la mitad inferior de la prevista para el delito de asesinato alevoso por el que el recurrente fue condenado.

3. En esta caso, la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal autorizaba al Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.5 CP , a recorrer la pena en toda su extensión, debiendo concretarla en atención «a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho».

Para fijar la específica dimensión de la privación de libertad a imponer, tuvo en cuenta los aspectos que favorecían y los que perjudicaban al acusado en cuanto culpable del citado asesinato alevoso.

Entre las primeras tomó en consideración «que carece de antecedentes penales y que, como hemos constatado en el FJ 1º de esta resolución, padece un trastorno mixto de la personalidad del que resulta una acusada tendencia a comportamientos de tipo impulsivo... Rasgo de su personalidad que, si bien no puede ser reputada como atenuante por las razones ya expuestas, sí tiene que ser ponderado como un rasgo que modifica, por su menor culpabilidad, el desvalor de la acción. La Sala repara también en sus manifestaciones de arrepentimiento ».

Es decir, prácticamente las mismas que sustentan la petición del recurrente. No se incluyó la «adicción a la cocaína». Si bien respecto a esta es necesario destacar que, como explica la sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo , «No se discute que el acusado sea un consumidor de cocaína: pero, como hemos visto, el mero consumo no atenúa la responsabilidad criminal, ni existe el menor indicio en la causa - el recurso tampoco lo pone de relieve- de que estemos hablando de una adicción crónica con impedimento o limitación grave de la capacidad de comprensión y/o del dominio sobre la propia voluntad: de ahí claramente la referencia del Jurado al informe de la Dra. Gracia distinguiendo entre consumo y adicción». Y añade que el Jurado, en un aserto que motivó suficiente y razonablemente, declaró no probado que el día de los hechos el acusado actuase bajo la influencia del consumo de cocaína. Se basó entre otros extremos «en una pericia cuya conclusión inequívoca es que el consumo repetido de cocaína en los dos o tres meses anteriores al corte del mechón efectuado el 1.09.2014 - rectius el 20 de agosto- se encontraba en una 'zona baja' del mismo, ya que siendo la medida la comprendida entre 0,5 y 500 nanogramos, el resultado fue de 2 nanogramos. Este Perito no pudo precisar si en la mañana de los hechos hubo consumo o no». Al hilo de lo cual el Tribunal de apelación puso de relieve «la Psiquiatra Forense Dra. Gracia corrobora el criterio asumido por el Jurado cuando dice que el acusado "le refirió que no había tomado ningún tóxico la mañana de los hechos, pero que sí consumió cocaína la noche anterior hasta la madrugada del día de autos". Y es muy ilustrativo en este sentido -a la par que no cuestionado- que, preguntada dicha Forense en el Plenario sobre la duración de los efectos de la cocaína, respondiese que, dependiendo de la tolerancia, oscila entre una y tres horas...». Descartada así una la influencia, por mínima que sea, de la ingesta de tóxicos en el desarrollo de los acontecimientos, el mero hecho de que el acusado pueda ser consumidor de cocaína carece de efectos de cara a justificar una menor cantidad de pena.

4. De otro lado valoró el Tribunal de apelación «En contra del acusado opera a todas luces, en primer lugar, el particular reproche axiológico que merece el motivo que le lleva a actuar -una desavenencia económica- y el hecho de que su víctima, Juan Miguel , fuera su amigo; en segundo término, no puede dejar de ponderarse



la circunstancia, agravatoria de la culpabilidad y de la antijuridicidad del hecho, de que Florian ostentase la condición de agente del Cuerpo Nacional de Policía, con una especial formación para prevenir y evitar el delito, y con unos medios a su alcance -en especial, su arma reglamentaria- de los que se ha prevalido precisamente para lo contrario. Finalmente, coincide la Sala con las acusaciones en la necesidad de considerar en contra del acusado, a la hora de individualizar la pena, la intrínseca gravedad del hecho por el modo en que se perpetra y por el comportamiento subsiguiente del autor: dispara por la espalda y por tercera vez a Juan Miguel cuando ya está en el suelo mortalmente herido y abandona el bar bajando el cierre metálico exterior hasta casi el suelo, impidiendo así la visión del interior del local, obstaculizando cualquier posible auxilio y facilitando su huida». Es decir, circunstancias de tal peso que desvanecen cualquier efecto mitigador a la riña a la que alude el recurso.

En definitiva, la sentencia recurrida motivó suficientemente del ejercicio de la discrecionalidad que le incumbía sobre la materia al Tribunal que la dictó, lo que permite descartar la arbitrariedad de su decisión y, con ella, la falta de proporcionalidad de la pena fijada.

El motivo se desestima y, con él, la totalidad del recurso.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM el recurrente habrá de soportar las costas de esta instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DESESTIMAR el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de D. Florian contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 18 de julio de 2017, conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en causa seguida por delito de asesinato.

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Ana María Ferrer García