



Roj: **STS 1365/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1365**

Id Cendoj: **28079120012018100175**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2018**

Nº de Recurso: **10713/2017**

Nº de Resolución: **183/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 183/2018

Fecha de sentencia: 17/04/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10713/2017 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10713/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 183/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 17 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Luis Enrique**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por indicado acusado contra sentencia de fecha 8 de mayo de 2017 de la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 29, 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 del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado D. Luis Enrique, representado por la Procuradora Sra. Rabadán Chaves y la recurrida Acusación Particular D^a Casilda y D. Celso, representados por la Procuradora Sra. Cabezas Maya.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29ª, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid bajo el nº 1 de 2017 de Ley de Jurado, se dictó sentencia con fecha 8 de mayo de 2017, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"El Jurado ha declarado probado por unanimidad en su veredicto lo siguiente: "Sobre las 11:30 horas del día 2 de enero de 2015 el Policía Nacional Leonardo, estaba junto con su compañero, el agente de Policía Nacional con número de identificación NUM000, en la Estación de Metro de Embajadores de Madrid, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Cuando se encontraban en el vestíbulo de la citada estación, requirieron al acusado la documentación. Éste se negó a entregarla a la vez que continuó su marcha hasta el andén, seguido por los agentes, que insistieron en su requerimiento, lo que provocó una cierta confrontación. El acusado Luis Enrique paulatinamente se fue acercando al borde del andén. En el momento en que el convoy hacia su entrada en la estación y cuando la cabecera del mismo se encontraba a su altura, consciente de la alta probabilidad de que un eventual atropello sería mortal y con el fin de acabar con la vida de Leonardo tiró de él y lo arrastró hacia la vía. Luis Enrique se arrojó a las vías arrastrando con él al agente de Policía Nacional sin importarle que él mismo pudiera fallecer. A consecuencia de ello Leonardo falleció de forma instantánea por evisceración casi completa de la masa encefálica, junto con otros traumatismos en el tórax y extremidades, de distinta gravedad. Leonardo contaba 29 años de edad y tenía como parientes más próximos a su hermana Casilda (nacida el NUM001 .87) y a su abuelo Celso, quien ejerció las funciones de educación y crianza de ambos hermanos, si bien vivía de modo independiente respecto de ellos".

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

"Atendiendo al VEREDICTO DE CULPABILIDAD emitido por el Tribunal del Jurado: DEBO CONDENAR Y CONDENAR al acusado D. Luis Enrique como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato previsto y penado en los arts. 139.1º y 3º y 140 Código Penal en concurso ideal con un delito de atentado con medio peligroso del art. 550, 551 y 552.1º del Código Penal (vigente en el momento en que ocurrieron los hechos), concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia para el delito de atentado y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el asesinato, a la pena de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a que indemnice a D. Celso en la suma de 30.000 euros, más intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta sentencia. Y al pago de las costas de este juicio incluidas las de la acusación particular. Para el cumplimiento de la pena abónese el tiempo que el acusado lleva privado de libertad por esta causa. Únase a la presente sentencia acta de deliberación y votación del Jurado. Notifíquese la presente al Ministerio Fiscal y a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de DIEZ DÍAS desde la última notificación".

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación del acusado Luis Enrique, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 28 de septiembre de 2017, cuya Parte Dispositiva es la siguiente:

"1º. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Paloma Rabadán Chaves, en nombre y representación de D. Luis Enrique, confirmando la Sentencia nº 250/2017, de 8 de mayo, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Presidenta del Tribunal del Jurado D^a Lourdes Casado López, designada en la Sección Vigésimo Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa del Tribunal del Jurado nº 1051/2016, procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid (procedimiento del Tribunal del Jurado nº 1/2015). 2º. Declarar 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".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Luis Enrique**, 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.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Luis Enrique**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, art. 852 en relación al art. 5.4 L.O.P.J. y estimar infringido el art. 24.2 de la C.E., por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Segundo.- Por infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 139.1º e inaplicación indebida del art. 138 C.P.

Tercero.- Por infracción de ley por aplicación indebida del art. 66 C.P. en la determinación de la pena.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su desestimación e impugnación de todos sus motivos, dándose asimismo por instruida la representación de la parte recurrida, solicitando igualmente la inadmisión y subsidiaria desestimación del recurso del acusado, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 10 de abril de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación por la representación del acusado **Luis Enrique** la sentencia de fecha 28 de Septiembre de 2017, dictada en apelación por la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Procedimiento Tribunal del Jurado nº4 129/2017, procedente del Juzgado de Instrucción nº 4, con relación a la dictada por la Sección nº 29 de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 8 de Mayo de 2017, por la que se condenó al recurrente como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato previsto y penado en los arts. 139.1º y 3º y 140 Código Penal en concurso ideal con un delito de atentado con medio peligroso del art. 550, 551 y 552.1º del Código Penal (vigente en el momento en que ocurrieron los hechos), concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia para el delito de atentado y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el asesinato, a la pena de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a que indemnice a D. Celso en la suma de 30.000 euros, más intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta sentencia. Y al pago de las costas de este juicio incluidas las de la acusación particular, siendo desestimado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia citada por el TSJ de Madrid en sentencia antes citada. Contra dicha resolución judicial se interpone recurso de casación por **Luis Enrique** con los siguientes motivos casacionales:

1.- Por infracción de precepto constitucional, artículo 852 en relación del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y estimar infringido el artículo 24.2 de la Constitución Española, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia

2. Por infracción de infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 139 1ª e inaplicación indebida del art. 138 CP.

3.- Por infracción de infracción de ley por aplicación indebida del art. 66 CP en la determinación de la pena.

SEGUNDO.- Con respecto al primer motivo de casación hay que señalar que se invoca vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

Al invocarse el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el examen de este Tribunal debe ceñirse a la supervisión de que ha existido actividad probatoria practicada con todas las garantías; la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento ha exteriorizado las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; y el control de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante.

Se declara, así, probado, que "Sobre las 11:30 horas del día 2 de enero de 2015 el Policía Nacional **Leonardo**, estaba junto con su compañero, el agente de Policía Nacional con número de identificación **NUM000**, en la Estación de Metro de Embajadores de Madrid, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.



Cuando se encontraban en el vestíbulo de la citada estación, requirieron al acusado la documentación. Éste se negó a entregarla a la vez que continuó su marcha hasta el andén, seguido por los agentes, que insistieron en su requerimiento, lo que provocó una cierta confrontación.

El acusado Luis Enrique paulatinamente se fue acercando al borde del andén. En el momento en que el convoy hacía su entrada en la estación y cuando la cabecera del mismo se encontraba a su altura, consciente de la alta probabilidad de que un eventual atropello sería mortal y con el fin de acabar con la vida de Leonardo tiró de él y lo arrastró hacia la vía.

Luis Enrique se arrojó a las vías arrastrando con él al agente de Policía Nacional sin importarle que él mismo pudiera fallecer.

A consecuencia de ello Leonardo falleció de forma instantánea por evisceración casi completa de la masa encefálica, junto con otros traumatismos en el tórax y extremidades, de distinta gravedad.

Leonardo contaba 29 años de edad y tenía como parientes más próximos a su hermana Casilda (nacida el NUM001 .87) y a su abuelo Celso , quien ejerció las funciones de educación y crianza de ambos hermanos, si bien vivía de modo independiente respecto de ellos".

Vistos los hechos probados no denuncia el recurrente la ausencia de actividad probatoria bastante, practicada con las debidas formalidades y garantías para el afectado, sino que, contrariamente, lo que efectúa es un ataque frontal a la valoración llevada a cabo por el Tribunal de instancia de las pruebas existentes.

Con ello, se efectúa en la sentencia del TSJ que resuelve el recurso de apelación un desglose analítico de la prueba practicada en dos apartados suficientemente explicativos: 1.- Criterios de enjuiciamiento y 2.- Aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial expuesta.

El recurrente incide en su recurso que:

- a.- Se produjo un forcejeo entre los policías y mi cliente en el andén de la estación, y, desgraciadamente, cuando el convoy hizo su entrada en la estación, mi cliente y el policía que finalmente resultó fallecido se precipitaron a la vía.
- b.- Hubo un exceso policial a la hora de identificarla, y una negligencia, puesto que si realmente dio motivo para detener a mi cliente, debió haberlo sido mucho antes. Le deberían haber detenido en el pasillo lejos de la estación.
- c.- Apunta que la testigo Rosaura manifestó que fue inmotivada o desproporcionadamente la identificación al acusado.
- d.- Cuestiona que no se aportaran las grabaciones previas en los pasillos.

Sin embargo, no es esto lo que el Tribunal del Jurado considera probado, ni lo que es apreciado en la sentencia del TSJ al resolver el recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Audiencia, ya que en base al principio de inmediación lo que consta es lo contrario; es decir, que no es que hubiera una "precipitación" sobre la vía del tren del agente y el recurrente cuando forcejearon, sino que existe una acción absolutamente intencional del recurrente de agarrar al agente y de arrojarlo con él a las vías arrastrándole , sin importarle que él mismo pudiera fallecer.

Ante ello, la sentencia del TSJ, resolviendo el recurso de apelación, explicita con acierto que buena parte de los alegatos del recurso en este punto entrañan una evidente discrepancia con la valoración de la prueba efectuada con detalle, razonada y razonablemente, por el Jurado y la Sentencia, que es lo que ahora se reitera en este primer motivo del recurso de casación, mostrando su discrepancia con el resultado de hechos probados, y con el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal, lo que queda alejado de las opciones del recurso de casación, ya que pretende sustituir la prueba practicada y su valoración con el proceso valorativo que el recurrente expone en su recurso. Es más, algunos de esos alegatos se sustentan, más allá de la discrepancia con la valoración probatoria, en una exposición parcial y sesgada, en un análisis que no se corresponde con el que verdaderamente realizan el Jurado y la Magistrada-Presidenta, pues desmenuza y valora separadamente, uno a uno, los elementos de prueba -directa o indirecta- que integran el acervo probatorio.

Se menciona en la sentencia del TSJ que los tres primeros párrafos de los hechos son declarados probados por el Jurado por unanimidad con apoyo en los testimonios del agente NUM000 -que acompañaba a la víctima- y del propio acusado, que confirman haber estado en la hora, día y lugar de los hechos señalados y la secuencia de los mismos hasta la llegada al andén; también apela el Jurado a "lo que evidencian visualmente" las imágenes del vídeo de las cámaras de seguridad aportado por el operador de trenes y el vídeo grabado por un viajero y subido a las redes sociales, para decir expresamente que "el Jurado observa cómo el acusado

agarra a la víctima y tira de él arrastrándolo a las vías en el momento preciso en que el convoy está a su altura, siendo consciente de la probabilidad de que ese atropello sería mortal".

En la sentencia del TSJ se incide en que el cuarto párrafo del resultado de hechos probados se relata que "Luis Enrique se arrojó a las vías arrastrando con él al agente de Policía Nacional sin importarle que él mismo pudiera fallecer". Este extremo fue aprobado por el Jurado por mayoría de 7 votos: de nuevo el Jurado apela a las grabaciones aportadas, para decir que aprecia que "el acusado se arroja a las vías sin importarle lo que le pudiera suceder por las siguientes causas: – la posición del acusado de espaldas a las vías; – el hecho de utilizar su propio peso para arrastrar al policía y poner las piernas en posición firme para arrojarlo a las vías llevándose al policía con él; – la trayectoria que sufren los cuerpos durante la caída es incompatible con una pérdida de equilibrio". También menciona el Jurado el acta de inspección ocular técnico policial del 7.01.2015, en la que consta el contenido de la llamada al 091, del 2.01.2015, a las 12:17, donde los funcionarios informantes comunican que "la persona a la que iba a identificar se ha arrojado a las vías cogiendo al funcionario y arrojándole con él".

En este aspecto radica el punto que antes hemos referenciado con la letra "a", en cuanto al alegato defensivo del recurrente, lo que, al decir de la sentencia del TSJ, centra su argumento defensivo, ya que se afirma que lo que implícita, pero inequívocamente, discute el apelante es la suficiencia de elementos de prueba y la racionalidad de la valoración probatoria a la hora de entender que su acción en el devenir de los hechos fue dolosa, y no un mero intento de zafarse del agente de la autoridad con el accidental resultado del homicidio.

Pero la Magistrada- Presidenta del Tribunal del Jurado ante quien se practicó la prueba, y privilegiada por su inmediación, explicó con detalle en su sentencia recurrida ante el TSJ que el material probatorio con el que contó y que se centró en:

1.- Testigo directo de los hechos fue el agente de Policía Nacional nº NUM000, compañero del agente fallecido quien relató la actitud agresiva que mostraba el acusado, que les insultó con palabras como "cabrones"; que bajó las escaleras, que se le pidió la documentación, que se negó hasta que llegó al andén y ellos detrás, que entró el tren, **que agarró a su compañero y lo arrojó y que cayeron los dos.**

2.- El testigo, Oscar, vigilante de seguridad que prestaba sus servicios en el andén de la estación, fue testigo de lo que él denominó "discusión entre dos policías y un sujeto" por lo que se acercó, y cuando estaba a unos dos metros **vio cómo el sujeto cogió al policía cuando venía el convoy y le tiró, sin poder hacer nada para evitarlo.** Explicó a preguntas de la Fiscal que la actuación policial estaba dentro de lo normal y que el acusado miraba en todo momento en la dirección en que venía el convoy, intentando que los agentes fueran al borde, echándose hacia atrás.

3.- Su compañero, el también vigilante de seguridad Luis Miguel, explicó que al final del andén "oímos jaleo, voces y **conforme nos acercamos agarra al policía y le tira**"; que **los policías no le empujaban hacia allí, que él iba hacia atrás y que la actuación policial fue correcta según su experiencia.**

4.- La testigo Edurne, trabajadora de limpieza del metro, dijo que *se encontraba justo en el andén enfrente*, que escuchó voces, por lo que miró, viendo a los policías que le pedían la documentación y les llamaba "racistas" y se iba hacia atrás, que **entró el tren, el acusado podía verlo y "le echó" dijo literalmente.**

5.- Braulio, maquinista del convoy que hacía entrada en la estación, relató que al entrar en la estación vio un tumulto, que colocó el regulador en 0, que a seis o siete metros **vio a una persona de raza negra que tiró a un policía a las vías del tren, que miraba en la dirección en que venía el convoy, que estaba de frente y lo vio perfectamente cómo cogía al policía y lo tiraba a la vía.**

6.- Con respecto a la declaración de la testigo Rosaura, a la que apela el recurrente en la sentencia, se hace constar que "A solicitud de la defensa testificó Rosaura, quien afirmó haberse encontrado en el lugar y observado una situación tensa, porque le pidieron la documentación al acusado. Y frente a lo expuesto por todos los testigos dijo que en el andén el acusado consiguió soltarse de los agentes y que al intentar irse, le agarran y al soltarse cayeron los dos; que era el policía el que lo agarraba. Pero **con independencia de la posible acción de agarrar, lo que es evidente, tras observar las grabaciones, es que el acusado tira del agente hacia las vías, por lo que su testimonio no goza de verosimilitud.**"

Es decir, que esta declaración de la testigo sobre la que el recurrente construye su alegato para alterar la valoración de la prueba y los hechos probados es valorada en conjunto con el resto de la prueba y en concreto con la grabación del vídeo, reflejando la sentencia recurrida que "contamos con la **grabación de la cámara del andén y la grabación de un viajero desconocido que transmitió la grabación a través de las redes sociales, observándose el momento nuclear de los hechos, esto es, cómo el acusado agarra al agente de policía lo arrastra hasta el borde y lo empuja hacia el foso, cayendo él también.**"



La conclusión que explicita el Tribunal ante estas pruebas es la de que Luis Enrique ocasionó la muerte al agente de Policía Nacional D. Leonardo arrojándolo al foso justo en el momento en que la cabecera del convoy llegaba a la altura en que se encontraban, lo que se corresponde con lo que los testigos declararon en cuanto a la actitud del recurrente de "agarrar" al agente para arrastrarlo a la vía, lo que ocasionó la muerte, **no que en razón a un forcejeo la caída en la vía fuera algo no querido por el condenado**, ya que los testigos exponen claramente una actitud dolosa de arrastrar al agente a la vía justo cuando pasaba el tren.

El argumento del recurrente, no aceptado en modo alguno ni en la sentencia del Tribunal del Jurado, ni en la del TSJ, es que hubo un forcejeo, y que sin intención alguna es cuando se produce la caída a la vía, lo que está desconectado ante la grabación y la testifical practicada, aunque el recurrente pretenda dar valor como prueba de descargo a la única testigo que sostiene una versión de los hechos distinta.

Por ello, en la sentencia se llega a la conclusión de que el Tribunal del Jurado y la Sentencia han establecido **la intención de matar con una detallada justificación sobre los distintos elementos de convicción que han llevado a declarar probado tal extremo**. Elementos de convicción que se recogen, sin sombra alguna de arbitrariedad o irracionalidad en su valoración y en los juicios de inferencia que de ellos se siguen.

Con ello, ha existido prueba directa: -testimonios y grabaciones-, en buena parte de índole personal y practicada a presencia de la Magistrada-Presidenta que concluye en una sentencia condenatoria, no apreciando la versión del ahora recurrente acerca del forcejeo, versión que tan solo sustenta el acusado y la testigo antes citada.

Junto con las declaraciones de los testigos que son contundentes, en cuanto a la conducta del recurrente de "agarrar y tirar a la vía", el Tribunal se afirma en una prueba clave relativa al visionado de la grabación de la Estación de Embajadores y del vídeo de Youtube, las cuales no evidencian el menor error -y mucho menos patente- por parte del Tribunal del Jurado, ni de la Sentencia en la determinación de su contenido objetivo. Se señala en la sentencia que las apreciaciones en contra del apelante no son sino una mera discrepancia con lo que es cabalmente deducible del visionado que el Jurado ha valorado y ponderado conjuntamente con el resto de los testimonios que cita, y que corroboran lo que sucede en el "momento nuclear de los hechos". Y frente al alegato del recurrente de que, más allá del posible agarre entre el acusado y su víctima, aquél tira del agente hacia las vías, lanzándolo al foso justo en el momento en que el acusado veía que la cabecera del convoy que estaba entrando en el andén se hallaba a su altura, se infiere su actuación dolosa, al menos a título de dolo eventual, "siendo imposible que no se representara el fatal desenlace que finalmente se evidenció" (FJ 2º de la Sentencia apelada).

Frente a ello, el recurrente otorga relevancia a las grabaciones previas que se tuvieron que realizar por los pasillos, lo que se refiere a momentos ajenos a los hechos, así como que se alega que hubo negligencia, ya que se le tuvo que detener antes, lo que si se hubiera realizado, obviamente, no hubiera dado lugar a lo ocurrido. Pero hay que sostener que ello es una mera hipótesis, ya que no puede trasladarse a los agentes la culpa de que, finalmente, la identificación se produjera cerca del andén, puesto que en ningún escenario los agentes pudieron imaginarse que esa acción de la identificación cerca del andén hubiera dado lugar a la reacción total y absolutamente sorpresiva del condenado de agarrar a uno de los agentes y arrojarlo a la vía del tren, justo cuando este pasaba, y sin tratarse de un mero forcejeo que, fortuitamente, acaba con ambos en la vía del tren, sino que fue una reacción instantánea y sorpresiva del condenado que agarra al agente y lo arrastra consigo, asumiendo lo que luego pudo ocurrir, ya que existe conexidad entre el acto de agarrar y tirar con el momento en el que pasaba el tren, por lo que fue buscado ese instante de propósito para el desenlace final producido.

Por ello, las grabaciones previas son irrelevantes, así como la discusión acerca de por qué no se le detiene antes, en lugar de hacerlo más tarde, ya que estos son datos que no degradan la gravedad de la conducta del condenado y su clara intención dolosa de acabar con la vida del agente. En consecuencia, no puede achacarse a los agentes que su conducta de no practicar la detención antes fuera un acto negligente, al modo de tener que asumir un actuar del condenado como el que finalmente se produjo, con una reproche a los agentes de que realizar la identificación cerca de la vía del tren era un riesgo que "tuviera que asumir el agente", ya que en ningún caso se trató de un tropiezo, o un acto fortuito por un forcejeo, sino de un acto consciente, voluntario y deliberado de arrastra consigo al agente y planteándose como posible que ello conllevara el resultado que finalmente provocó, como es la muerte del agente.

Y en cuanto a la declaración de Rosaura, el Tribunal no la considera para otorgar a esta plena credibilidad frente a la abundante prueba explicitada por el Tribunal en sentido radicalmente contrario, por lo que en la sentencia se explican las razones por las que no se atribuye verosimilitud a su testimonio, por lo que en nada lesiona el derecho a la presunción de inocencia del ahora recurrente, sino que se rechaza esa valoración que éste propone. Y el hecho de que el jurado "solamente por mayoría de siete votos a dos han declarado probado que el acusado se arrojó a las vías arrastrando al agente de policía sin importarle que él mismo pudiera fallecer", y que cita el recurrente para arrojar las dudas sobre el proceso de convicción del Tribunal,

no supone una alteración del proceso valorativo, ya que fue un quorum suficiente para declarar la condena y declarar probado esa forma de ocurrir los hechos, basado todo ello en la prueba de la que el recurrente discrepa, pero que en esta sede debe respetarse la intangibilidad del hecho probado sometido a la decisión del jurado y correctamente fundamentado en la sentencia del Tribunal del Jurado y en la del TSJ desestimando el recurso ante ella formulado.

También se analiza con detalle que no hubieran sido relacionadas o identificadas todas las personas que allí se encontraban, ya que ello no altera el proceso valorativo, por cuanto no se pueden reseñar a todos los testigos que perciben un hecho, ni ello implica un defecto de construcción en el proceso de formación de la convicción por no haberse filiado a "todos" los que lo presenciaron, ya que no se trata de una exigencia de un "plus" en el número de testigos, sino que los que declaran lleguen a formar la convicción del Tribunal acerca de cómo ocurrieron los hechos.

En la valoración probatoria no se trata de cuántos testigos declaran, o que lo hagan todos los que vieron los hechos, sino que los que son llevados al plenario declaren y el Tribunal valore esas declaraciones, debiendo ser la defensa quien proponga a sus testigos de "descargo", no pudiendo quedar en el "debe probatorio" de la acusación que pudo proponer más testigos, o que a la hora de redactar un atestado no se tome la filiación de todas, absolutamente todas, las personas que están presentes en unos hechos, ya que ello no merma la validez y corrección de la prueba testifical que se practique y que el proceso valorativo del Tribunal no se forma con "los testigos que pudieron ser", sino con los que lo fueron, y, en consecuencia, los que declararon en el plenario, que es lo que aquí acontece. Y, además, hay un dato objetivable y claro, en cuanto se cotejan las declaraciones con la prueba de cargo practicada, ya que se apunta en la sentencia recurrida que dos fueron las grabaciones visionadas y aportadas durante el juicio: una de ellas correspondiente al propio servicio de RENFE en vista recta sobre el andén, y otra tomada por persona no identificada con su teléfono móvil y después difundida a través de la red social YOUTUBE, ambas reflejando la misma realidad aunque desde distinto plano.

En definitiva, vista la prueba que se ha practicado, y pese a la discrepancia valorativa del recurrente que apuesta por una distinta construcción de los hechos, apostando por un forcejeo, más que por el acto doloso de agarrar al agente y arrojarlo a la vía del tren, con el dolo eventual de que le causaría la muerte al entrar en ese instante el tren, se entiende que existe prueba bastante para fundar la condena, y que ello ha sido debidamente analizado en la sentencia del Tribunal del Jurado y en el análisis detallado de la sentencia del TSJ. Y así debemos recordar que cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que es lo que hace el recurrente, ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.-En primer lugar **debe analizar el "juicio sobre la prueba"**, es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.-En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"**, es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.-En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"**, es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

¿Dónde está el límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba?

Como establece esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia 1507/2005 de 9.12 :

" El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral .

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el Tribunal.

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical** .

Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el Tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de **verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada**, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9.3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En definitiva, sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTs 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el Tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

¿Y qué es lo que puede comprobar y controlar el Tribunal Supremo?

1.- **Aspecto negativo:** No le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes.

2.- **Aspecto positivo:** Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009, si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoré autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables.

En este caso, las hipótesis sustentadas por el recurrente en relación a la declaración de Rosaura deben ponerse en relación con la abundante testifical que presencié los hechos y declaró sin la contradicción en sus declaraciones a la que apela el recurrente, ya que el Tribunal presencié esa prueba y la valoré, así como las grabaciones que fueron claras, y sin que las grabaciones previas tengan la trascendencia que plantea el recurrente, por referirse a momentos anteriores que son inocuos a lo que finalmente ocurrió, ya que no se juzga la actuación previa en otro punto, sino lo ocurrido en las inmediaciones de la vía del tren.

No existe ni en la sentencia del Tribunal del Jurado, ni en la del TSJ, duda alguna, y, ante ello, nos preguntamos ¿Cuándo existirá "justificación" de la duda?

Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga **evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva**.

¿Qué dos cuestiones son claves en la apreciación del Tribunal de Instancia?

1.- Es necesario que concurra **prueba de cargo lícita y válida**.

2.- Es preciso también que **el Tribunal de la instancia haya obtenido la certeza**.

- a.- Sin lo primero (prueba de cargo y válida) es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia.
- b.- Si falta lo segundo (convencimiento y certeza), porque el Tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo".
- c.- Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que **entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al Tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.**

Alcance del control casacional respecto a la presunción de inocencia :

Se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador es, en si norma considera, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC 68/9, 117/2000, SSTs 1171/2001 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1333/2009).

Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional –últimamente en la STC 68/2010 –: "... no le corresponde revisar (al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3º de la C.E ., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta...".

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas – SSTs de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio, entre otras–, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

La decisión adoptada en cuanto al proceso valorativo es acertada y, por ello, el motivo se desestima.

TERCERO.- Con respecto al segundo motivo de casación hay que señalar que se alega infracción de infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 139.1ª e inaplicación indebida del art. 138 CP .

Postula el recurrente la indebida aplicación de la alevosía al supuesto de autos, en la medida -entre otras afirmaciones relativas a la falta de previsión de lo acontecido por parte de la víctima, dada su condición de agente de la autoridad y el lugar en que prestaba el servicio- en que el ataque no fue sorpresivo. Así, apunta que "no es un ataque sorpresivo, puesto que evidentemente en una estación de tren lo que es previsible es que por el túnel entre a la estación un tren. Y, evidentemente, el tren no entra silenciosamente, sino que hace ruido, que es amplificado por el propio túnel que direcciona el sonido amplificándolo hacia la estación". Al hacerlo de forma subsidiaria se pretende anular la concurrencia de la alevosía y con ello, en el motivo tercero del recurso de casación acudir a una minoración de la pena, ya que sostiene el recurrente que si se estima el motivo segundo de este recurso, se elimina la alevosía y simplemente estamos ante un homicidio del artículo 137, la pena de 12 años y seis meses, según el recurrente.

El motivo se desestima.

Con total acierto se recoge en la sentencia recurrida que "ni las circunstancias personales de la víctima, ni el que el convoy pudiera ser oído, obstan a la naturaleza sorpresiva del ataque, puesto que **lo imprevisible era el hecho de que el atacante fuera a arrojarlo a la vía poniéndose además en peligro con tal de lograr su objetivo.** La dinámica comisiva acredita la imposibilidad de defensa: de un lado, por la sorpresa del ataque; de otro, por el medio empleado para agredir: ninguna defensa cabe -más allá del resultado que se produzca- frente a la acometida inminente e inevitable de un tren en movimiento . Enfatiza el Ministerio Público que **no es previsible -sí, por tanto, sorpresivo- "que un ciudadano al que simplemente se está reclamando la documentación -por más que proteste por ello- agarre a un policía al que de nada conoce y lo empuje al paso de un convoy con toda la fuerza de su cuerpo". El carácter inopinado del ataque también vendría corroborado por el hecho de que el compañero de la víctima, que estaba a su lado, nada pudo hacer para evitarlo".**

Bajo estos elementos se debe rechazar el motivo del recurso, por cuanto:

- 1.- Era imprevisible la reacción del condenado.

2.- Existe imposibilidad de defensa del agente ante la rapidez de la acción.

3.- Es una acción sorpresiva agarrar al agente cuando le ha pedido la identificación y lo arroja consigo a la vía cuando llega el tren.

4.- El medio empleado de agarrar y arrojar a la vía de forma rápida es imprevisible y alevoso, por ello. Nada pudo hacer el agente.

5.- La rapidez y ausencia de defensa se corrobora porque el compañero que declaró como testigo nada pudo hacer para evitarlo.

Según consta con acierto en la sentencia del TSJ a juicio del Jurado este hecho del acto alevoso "se sustenta en dos evidencias:

1.- **Las grabaciones aportadas** (el vídeo oficial de las cámaras de seguridad del andén y el vídeo grabado por un viajero y subido a las redes sociales), en las cuales el Jurado observa que la discusión ocurre estando los policías cerca de la pared y en el momento en que el convoy entra en la estación, el acusado agarra a la víctima arrastrándola hacia la vía en un lapso de tiempo ínfimo.

2.- El testimonio del agente NUM000, compañero de la víctima, quien en sus declaraciones del acto del juicio con fecha 18 de abril de 2017, afirma "(...) que a él no le dio tiempo de sujetar a su compañero. Que al soltarse el acusado, como había hecho unos momentos antes, pensó que se marchaba, pero que no pensó que hiciera lo que hizo (...)".

Y hace mención al resultado probatorio del propio Tribunal del Jurado, en cuya sentencia se recoge que: *"En el caso de autos, la prueba ha llevado a concluir que los hechos deben calificarse de asesinato alevoso, caracterizado en este caso por la sorpresa, en tanto constitutivo de un ataque inopinado que Luis Enrique ha buscado para la ejecución del hecho, la falta de prevención de la víctima, si no el descuido de ésta, a quien de forma súbita, inesperada y apresurada agarra y tira de él con toda la fuerza de su cuerpo, ya sin ninguna posibilidad de defensa, lanzándolo hacia el foso justo en el momento en que la cabecera del tren llegaba a la altura en que se encontraban forcejeando inicialmente".* Así lo ha declarado el Jurado en base a la grabación existente que refleja la realidad de lo ocurrido, corroborada por el testimonio del compañero de la víctima, los vigilantes de seguridad que se encontraban en el mismo andén, la trabajadora de la limpieza que se hallaba enfrente y el maquinista del convoy que hacía entrada.

No puede excluirse que un acometimiento brusco, repentino o insospechado, realizado con toda la fuerza de su cuerpo al tirar de él, frente a la víctima que se encontraba indefensa y que nada pudo hacer para evitar caer, debe calificarse de alevoso.

En el lugar donde se produjeron los hechos había otras personas, el agente de policía compañero del fallecido y uno de los dos vigilantes de seguridad entre otros, pero dado lo inesperado, sorpresivo y rapidez del ataque, nada pudieron hacer para evitar el fatal desenlace. Y es que Luis Enrique esperó justo al momento en que la cabecera del tren llegó a su altura para perpetrar el ataque, ni antes ni después, **justo en ese momento es cuando agarra al agente de policía y tira de él con tanta fuerza que fue imposible separarse de él.** Y ello con independencia de la confrontación previa que se produjo entre los agentes y el acusado, pues aunque pudo existir un forcejeo e incluso un agarre de los agentes al acusado, en un momento determinado que ya hemos precisado, se produjo un inesperado cambio sustancial y cualitativo de las circunstancias, y fue el momento del ataque, que la víctima ni su compañero pudieron prever y que impidió la defensa de aquellos ante el cambio brusco, inopinado y letal de las condiciones en que se encontraban, tirando del agente con tal fuerza y virulencia que aquel no pudo hacer nada para evitar caer al foso justo en el momento en que pasaba la cabecera del tren".

Y a esta conclusión llega por:

1.- La grabación existente que refleja la realidad de lo ocurrido.

2.- La corroboración por el testimonio del compañero de la víctima.

3.- Los vigilantes de seguridad que se encontraban en el mismo andén.

4.- La trabajadora de la limpieza que se hallaba enfrente y

5.- El maquinista del convoy que hacía entrada.

No puede bajo ningún concepto aceptarse el alegato del recurrente de la necesaria "previsibilidad" del agente de lo que pudo ocurrir, ya que, como bien señala la sentencia del TSJ, "ningún delito cometido contra la persona de un miembro de las fuerzas de seguridad cuando actúa en el ejercicio de sus funciones podría ser alevoso, porque debería estar perfecta y plenamente prevenido frente a cualquier contingencia".

Y ello, porque la propia esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y, correlativamente, a la suspensión de eventuales riesgos para su aporte procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los **medios, modos o formas empleados**, que en este caso son evidentes para asegurar el resultado y las nulas posibilidades de defensa, dado lo sorpresivo del acto del condenado ahora recurrente.

Así, el autor empleó medios y modos tendentes a asegurar lo que finalmente ocurrió, ya que agarrar al agente y arrojarlo con él a la vía del tren conllevaba un aseguramiento del fatal desenlace, o debió plantearse como totalmente previsible, al hacerlo justo cuando el tren llegaba, no minutos antes, lo que hubiera dado lugar a una mínima opción de evadir el agente la colisión. Pero no lo hizo así, sino que el acto de agarrar y tirar coincide con la entrada del tren en la vía, por lo que ello implica que se acepte por el sujeto que, subjetivamente, se caracteriza la alevosía por el conocimiento por parte del autor del significado de los medios, modos o formas empleados en la ejecución, **en cuanto tendentes a asegurar el resultado**, impidiendo la defensa del atacado, y suprimiendo los riesgos que de ella pudieran derivarse para el agresor.

Sobre la apreciación de la alevosía se ha pronunciado este Tribunal Supremo (entre otras en Sentencia 775/2017 de 30 Nov. 2017, Rec. 10425/2017) señalando que "conviene recordar que el art. 22.1ª del C. Penal dispone que la alevosía concurre «cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

Partiendo de esa definición legal, la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo los siguientes elementos para apreciar la alevosía:

1. En primer lugar, un **elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas**.
2. En segundo lugar, como requisito objetivo que **el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa**, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
3. En tercer lugar, en el **ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido**, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y
4. En cuarto lugar, que se aprecie una **mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi**, conscientemente orientado a aquellas finalidades (SSTS 907/2008, de 18-12 ; 25/2009, de 22-1 ; 37/2009, de 22-1 ; 172/2009, de 24-2 ; 371/2009, de 18-3 ; 541/2012, de 26-6 ; y 66/2013 , de 25- 1)".

En la sentencia 467/2015, de 20 de julio se estableció, al tratar sobre la naturaleza de la alevosía, que si bien esta Sala unas veces ha destacado su **carácter subjetivo**, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su **carácter objetivo**, lo que implica mayor antijuridicidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha resaltado su aspecto predominante objetivo, pero exigiendo un plus de culpabilidad, al precisar una previa excogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido, y queriendo el agente obrar de modo consecuente a lo proyectado y representado (SSTS 632/2011, de 28-6 ; 599/2012, de 11-7 ; y 314/2015, de 4-5).

Por último, en lo concerniente a las modalidades de alevosía, esta Sala distingue en las sentencias que se acaban de reseñar tres supuestos de asesinato alevoso:

- a.- **La llamada alevosía proditoria o traicionera**, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha.
- b.- **La alevosía sorpresiva**, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto; y
- c.- **La alevosía por desvalimiento**, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente".

En el presente caso es el factor sorpresa, y/o el ataque inesperado del recurrente hacia el agente lo que provoca que fuera factible el desenlace final, al no poder esperarse esta conducta del agente, por mucho que el recurrente sostenga que se debió actuar en la detención antes, o que "se trata de un policía en el ejercicio de sus funciones y realizando una identificación o detención de una persona en un sitio objetivamente peligroso como es una estación de tren". Ya que realizar una identificación en la zona donde se hizo no puede nunca llevar la previsión

de que la reacción del identificado va a ser agarrar al agente que interroga y arrastrarlo hacia la vía del tren en el justo instante en el que está llegando propiciando el resultado que finalmente se produjo, cual la muerte del agente.

No puede exigirse a los agentes de policía que tengan que esperar una reacción como la que en este caso ocurrió, justo ante un acto tan habitual, como es el de interesar la identificación de una persona, y que tengan que asumir en su "debe" que una reacción sorpresiva y que anule las posibilidades de defensa corra en contra de la víctima, bajo el alegato de que tuviera que esperar el agente una reacción de ataque, y que ello impida la concurrencia de la alevosía, o que las actuaciones policiales deban llevarse a cabo en lugares donde no exista riesgo alguno de que una reacción del sujeto pueda acabar con la vida del agente.

Y, como se contempla en la sentencia del TSJ, "nada hay de ilógico o de irracional en entender **como ataque sorpresivo e inesperado** el de quien, en una situación de un cierto forcejeo ante la solicitud policial de identificación, de modo súbito convierte la resistencia a la autoridad en una agresión fulgurante y muy violenta -por la fuerza desmesurada que manifiesta- para arrojar a la vía al agente justo cuando pasa el tren, y ello con desprecio de su propia vida, lo que incrementa aún más si cabe la imprevisibilidad del ataque de quien sobrepone el actuar homicida al natural instinto de conservación; sin que, por otra parte, quepa la menor duda -nada se objeta al respecto- de la imposibilidad de defenderse del arrollamiento inexorable de un tren".

Por todo ello, el motivo se desestima también.

CUARTO.- Con respecto al tercer motivo de casación hay que señalar que se alega infracción de infracción de ley por aplicación indebida del art. 66 CP en la determinación de la pena.

El motivo se desestima.

El recurrente cuestiona la pena impuesta y realiza la siguiente alternativa en defecto de los dos primeros motivos:

a) Si se estima el motivo segundo de este recurso (no hubo alevosía), se elimina la alevosía y simplemente estamos ante un homicidio del artículo 137, la pena de 12 años y seis meses.

b) Si no se estima el motivo segundo de este recurso, la pena de 17 años y seis meses.

Hemos declarado (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo 1408/2000 de 13 Sep. 2000, Rec. 4987/1998) que " **la individualización judicial de la pena, actuando el arbitrio judicial en función de los presupuestos que lo regulan, ha sido denominada <<a tercera función autónoma del Juez, representando el cenit de su actuación>>** ". El Juez, tras la valoración de la prueba y la subsunción del hecho probado en las normas penales, declara qué calidad y cantidad de pena impone dentro del marco legal ejercitando una función jurisdiccional en la que ha de observar, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE), además de los preceptos penales específicos que la regulan.

A través de la necesaria motivación no solo se va a satisfacer la necesaria tutela judicial efectiva, objeto de la actual impugnación casacional, explicando las razones que lleva al Tribunal sentenciador a la imposición de una concreta penalidad, sino que va a permitir que esta Sala en virtud de la impugnación sobre el ejercicio de la individualización, pueda comprobar la lógica y la racionalidad de ese apartado de la función jurisdiccional. Además, a través de la motivación, el propio Tribunal de instancia podrá comprobar, a manera de autocontrol jurisdiccional, si la penalidad concretamente impuesta responde a los presupuestos legales por su acomodación a la culpabilidad del autor y a las necesidades de prevención general y especial, pues la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la individualización judicial.

Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, iniciada en la STS de 25 Feb. 1989 , señaló que una ausencia de fundamentación deviene absolutamente recusable y añadía "sería ha de ser la individualización judicial y no reducible a simples espacios de recusables prácticas estereotipadas.

La motivación de la individualización de la pena requiere, desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar 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 casacional de la corrección de la pena aplicada se limita a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta las circunstancias que le hayan permitido imponer una pena acorde a la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones

preventivas. Este control no se extenderá, sin embargo, a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria".

Pues bien, la fundamentación jurídica de la sentencia de la Audiencia Provincial recoge en el FD nº sexto que: "En orden a la pena concreta a imponer, se tiene en cuenta, de conformidad con los arts. 139 , 552.1 y 77 Código Penal , concurriendo una circunstancia agravante para el delito de atentado, los siguientes criterios:

El hecho delictivo enjuiciado en esta causa fue muy grave, desde el momento en que se arrebató la vida a una persona: la vida es el valor constitucional supremo para el ser humano, art. 15 CE .

Por todo ello, dentro del respeto a la franja legal de imposición de la pena (art. 66 CP) se considera ajustada a derecho la pena solicitada tanto por la acusación pública como privada de **20 años de privación de la libertad para el acusado**, en quien no concurre circunstancia atenuante alguna y por el contrario le consta no solo la condena que se ha valorado para aplicar la agravante de reincidencia, sino también otra condena por hechos ocurridos el 21 de octubre de 2014 condenado por un delito continuado de atentado a los agentes de la autoridad a 22 meses de prisión, accesorias legales y responsabilidad civil. Declarada firme por Sentencia de la AP de 3 de abril de 2017 que estimó el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular en el sentido de dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión acordada, pero manteniendo la pena privativa de libertad impuesta. Además, en los antecedentes policiales le constan diez reseñas policiales por diversos delitos, habiendo sido detenido el 29/06/13 por amenazas y robo con violencia e intimidación, el 23/03/14 por robo con violencia y el 21 de octubre de 2014 por delito de atentado.

Es por ello que, dentro del margen penológico en el que nos podemos mover (mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave, art. 77 CP), de diecisiete años y seis meses de prisión a veinte años de prisión, esta Juzgadora considere ajustada a las circunstancias concretas del hecho y del autor imponer la pena máxima de veinte años de prisión, pues **su actuación revela una peligrosidad y crueldad dignas de dicha pena**".

Por su parte, en la sentencia del TSJ resolviendo el recurso de apelación se recoge que <<Los hechos de 21.10.2014 -dos meses antes el acusado había intentado hacer lo mismo a otro policía en el mismo lugar-: cierto que tales hechos no han sido objeto de acusación ni de condena, pero serían "de necesaria referencia para comprender el dolo del autor"; por añadidura, la mención de la Sentencia al carácter inexplicable, cruel y de extrema violencia de los hechos, así como a la peligrosidad del condenado, se corresponde con los parámetros de motivación previstos en el apartado 1.6 del art. 66 CP , en tanto que criterios moduladores de la pena a imponer. En esta línea de pensamiento concluye el Ministerio Público "que difícilmente puede comprenderse otro reproche que no sea el máximo en un acto de barbarie sin sentido, cometido del modo más cruel, en las instalaciones de un medio de transporte con afluencia de abundante público (niños incluidos)", y máxime "en el caso de quien ha evidenciado un patrón de conducta reiterado de atentados de máxima gravedad">>.

Y dentro del deber de motivación de la sentencia en el terreno de la individualización judicial de la pena se realiza un esfuerzo motivador a la hora de fijar los parámetros a tener en cuenta en este proceso, y que se centran en los siguientes, que constan en el FD 3º de la sentencia del TSJ:

Valoración del hecho: Para determinar esa mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto *la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuridicidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca)* . Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

- a. En primer lugar, de la **intensidad del dolo** , -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.
- b. En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las **circunstancias concurrentes en el mismo** , que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.
- c. En tercer lugar, habrá que atender a la **mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento** (conocimiento de la antijuridicidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.

d. Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta **la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito**, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

En la sentencia dictada por el TSJ resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra la del Tribunal del Jurado puntualiza en torno al deber de motivación en la individualización judicial de la pena que "La Sentencia, en perfecta sintonía con la doctrina de la Sala Segunda, repara también en la intrínseca gravedad del hecho -que no en la gravedad del delito-, y constata algunos extremos sobre el particular verdaderamente innegables y que aumentan el desvalor de la acción: su extremada crueldad y violencia; nada hay de arbitrario o ilegal, antes al contrario, en ponderar el medio que se elige para matar, aun no apreciando enseñamiento, para determinar la medida de la extensión de la pena dentro del margen que la Ley otorga al Juzgador.

En suma: la Sentencia impone pena en su máxima extensión justificando debidamente esa exacerbadón y sin sombra alguna de arbitrariedad o sinrazón: es proporcionada a la extrema gravedad de los hechos, congruente con la personalidad del delincuente -de gran peligrosidad- y está ajustada a las reglas dosimétricas legales y jurisprudenciales".

Por ello, la motivación de la sentencia es ajustada, ante un hecho cruel y gravísimo, como lo es el acto de arrastrar consigo al agente de policía y arrojarlo a las vías del vagón del Metro con la más alta previsibilidad de causarle la muerte, ya que se ha expuesto para llegar a la pena de 20 años de prisión que dentro del margen penológico en el que nos podemos mover (mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave, art. 77 CP) **de diecisiete años y seis meses de prisión a veinte años de prisión** (aplicable en la pena al momento de los hechos de 2 de Enero de 2015), se ha considerado ajustada a las circunstancias concretas del hecho y del autor imponer la pena máxima de veinte años de prisión, pues su actuación revela una peligrosidad y crueldad dignas de dicha pena, y ello se puede comprobar en el relato de hechos probados, en la concurrencia de una acción sorpresiva y cruel, como es la de agarrar a un agente de la autoridad al momento de una identificación y, con absoluta frialdad, incluso a expensas hasta de perder también la vida, arrojarlo a la vía del tren en el momento en el que este llegaba sin dar opción al conductor a evitarlo, ni al agente hacer lo posible para no ser arrollado, ya que lo sorpresivo del hecho anula por completo cualquier tipo de respuesta alternativa, y ello determina el aseguramiento del hecho y de acabar con la vida del agente, como así ocurrió.

Nótese, además, que la condena del recurrente lo es como responsable de un delito de asesinato previsto y penado en los arts. 139.1 ° y 3 ° y 140 Código Penal en concurso ideal con un delito de atentado con medio peligroso del art. 550 , 551 y 552.1° del Código Penal (vigente en el momento en que ocurrieron los hechos), concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia para el delito de atentado, por lo que se estima adecuada y motivada la pena impuesta de 20 años de prisión.

El recurso debe ser, por ello, desestimado.

QUINTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **D. Luis Enrique** contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 28 de septiembre de 2017 , en el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por indicado acusado contra sentencia de fecha 8 de mayo de 2017 de la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29^a. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución 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.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet