



SENTENCIA NÚM. 12

EXCMO SR. PRESIDENTE.....) En la ciudad de Granada, a trece
D. LORENZO JESÚS DEL RIO FERNÁNDEZ....) de junio de dos mil dieciséis.
ILTMOS SRES. MAGISTRADOS.....)
D. JUAN RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN.....)
D. MIGUEL PASQUAU LIAÑO.....)

Apelación penal 1/2016

Ponente: Sr. Pasquau Liaño

Vistos en audiencia pública y en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente rollo de apelación y autos originales de juicio penal seguidos ante el Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Audiencia Provincial de Málaga –Rollo nº 10/2015-, procedentes del Juzgado de Instrucción nº 4 de Marbella -causa núm. 1/2014-, por delito de homicidio contra **Sergio Alayn Hidalgo del Río**, mayor de edad, nacido en Cuba el 9 de septiembre de 1966, hijo de y de con domicilio en Marbella (Málaga), y con DNI nº , declarado insolvente y en situación de prisión provisional por esta causa, representado y defendido, respectivamente, en la instancia por la Procuradora Doña Nieves López Jiménez y por la Letrada Doña Pilar Rodríguez Hervella, y en esta apelación por el Procurador Don Fernando Aguilar Ros y por la misma Letrada.

Han sido parte el Ministerio Fiscal y como acusación particular Chaibia Mjarrad, representada tanto en la instancia como en esta apelación por el Procurador Don Carlos Serra Benítez bajo la dirección del Letrado Don David Otero Gracia. Ha sido ponente para sentencia Don Miguel Pasquau Liaño, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Incoada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Marbella por las normas de la Ley Orgánica 5/1995 la causa antes citada, previas las actuaciones correspondientes y como había solicitado el Ministerio Fiscal y la acusación particular, se acordó la apertura del juicio oral, elevando el correspondiente testimonio a la Audiencia Provincial de Málaga, que nombró como Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado al Ilmo. Sr. Don Pedro Molero Gómez por quien se señaló para la celebración del juicio oral, que, tras ser elegidos los miembros del Jurado, tuvo lugar en el día acordado, bajo la presidencia del mismo, y la asistencia de aquéllos, del Ministerio

Fiscal, del acusado y de la acusación particular, practicándose las pruebas propuestas y admitidas, tras lo cual, las partes formularon sus conclusiones definitivas del siguiente modo:

El Ministerio Fiscal consideró definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal, siendo responsable en concepto de autor el acusado Sergio Alayn Hidalgo del Río, concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa del artículo 21.1ª en relación con el artículo 20.4ª del Código Penal, solicitando la imposición de la pena de 9 años de prisión, accesorias legales y costas, y que indemnice a Chaibia Mjarrad, madre del fallecido, con la cantidad de 76.460,74 euros, con los intereses legales.

La acusación particular se adhirió a la calificación formulada por el Ministerio Fiscal.

La defensa del acusado solicitó la absolución de su patrocinado con todos los pronunciamientos favorables.

Segundo.- Formulado por el Magistrado Presidente el objeto del veredicto, con audiencia de las partes, se entregó el mismo al Jurado, previa la oportuna instrucción, emitiéndose por aquél, después de la correspondiente deliberación, veredicto de culpabilidad, que fue leído en presencia de las partes.

Tercero.- Con fecha 13 de noviembre de 2015, el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente dictó sentencia en la que, acogiendo el veredicto del Jurado, se hizo el siguiente pronunciamiento sobre los hechos, que transcribimos literalmente:

"De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio, apreciadas por el Jurado, resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos:

El acusado SERGIO ALAYN HIDALGO DEL RIO, el día 24 de Diciembre de 2.013, se encontraba en la vivienda que compartía con Mohammed Mzaouiki, nacido el 18/8/1.957, sita en el Camino Del Potril s/n de Marbella, existiendo entre ambos problemas de convivencia.

El acusado, SERGIO ALAYN HIDALGO DEL RIO, y Mohammed Mzaouiki, al mediodía de dicho día, con ocasión de una comida organizada por el primero y su mujer, y a la que estos habían invitado a Armando y a Manolo, habían llegado a discutir y a golpearse mutuamente, ya que a Mohammed le molestaba la presencia de Manolo, al cual llegó a insultar y empujar, hecho este que motivó la intervención de Sergio.

Sobre las 18,30 del referido día el acusado salió de la vivienda al camino rural en donde estaba Mohammed, para recriminarle su conducta anterior, portando el acusado unas tijeras de 21 centímetros, y se enzarzaron en una acalorada discusión, en la que Mohammed sacó un cuchillo de cocina de 18 centímetros de hoja monocortante que portaba, llegando a golpearse mutuamente y a caer al suelo, y estando Mohammed encima del acusado, este con ánimo de quitarle la vida, y de forma desproporcionada para quitárselo de encima, le clavó con gran fuerza a Mohammed las tijeras en el lado derecho del cuello, y Mohammed le pinchó levemente en el torax a Sergio.

A consecuencia de esta agresión, Mohammed sufrió una herida inciso-punzante en la cara anterior derecha del cuello, que comportó la sección completa de la arteria tiroidea superior, que le ocasionó una hemorragia masiva, falleciendo a las 16,30 horas del día 10 de Enero de 2.014, en el Hospital Costa del Sol de Marbella, por muerte cerebral por encefalopatía anóxica severa.

Por su parte, el acusado sufrió una herida inciso-punzante de 4-6 centímetros en el torax, base del esternón, que no comprometió en ningún momento su vida, pero su ubicación precordial, lo es en zona vital.

Mohammed no convivía con su madre Chaibia Mjarrad.

En el bolsillo derecho del pantalón de Mohammed también se encontró una navaja multiusos."

Cuarto.- La expresada sentencia, tras los pertinentes fundamentos de Derecho, contenía fallo del siguiente tenor literal:

"Que debo condenar y condeno a SERGIO ALAYN HIDALGO DEL RIO, como autor de un delito de homicidio, ya definido, a la pena de nueve (9) años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y abono de las costas procesales causadas, sin incluir las costas procesales causadas por la acusación particular.

Por vía de responsabilidad civil SERGIO ALAYN HIDALGO DEL RIO indemnizará en la cantidad de 76.460,74 euros a CHAIBIA MJARRAD.

Procede PRORROGAR LA PRISIÓN PREVENTIVA hasta que adquiera firmeza la presente sentencia. Situación que no podrá prolongarse más allá de la mitad de la pena de prisión en total impuesta, conforme a lo previsto en el artículo 504.2, párrafo segundo, de la L.E.Crim., debiendo comunicarse esta circunstancia al Centro Penitenciario y debiendo ser puesto en libertad por esta causa si transcurrida la mitad de la pena impuesta la presente sentencia aún no fuera firme.

Se decreta el comiso de las piezas de convicción intervenidas, a las que se dará el destino legal."

Quinto.- Contra dicha sentencia se ha interpuesto recurso principal de apelación por la representación procesal del acusado Sergio Alayn Hidalgo del Río que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal.

Sexto.- Elevadas las actuaciones a esta Sala se han personado ante ella el Ministerio Fiscal, el acusado Sergio Alayn Hidalgo del Río y la acusación particular, y se señaló para la vista de la apelación el día 8 de junio de 2016, siendo Ponente para sentencia Don Miguel Pasquau Liaño.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado condenó a Sergio Alayn Hidalgo del Río a la pena de 9 años de prisión como autor de un delito de homicidio con la concurrencia de una eximente incompleta de legítima defensa.

El planteamiento de la defensa a lo largo del procedimiento se ha centrado exclusivamente en negar la autoría, con la consiguiente absolución del acusado. Con todo, es el propio Fiscal quien en sus escritos de calificación ha propuesto la existencia de una eximente incompleta de legítima defensa que resultó vinculante para el Magistrado Presidente.

La defensa del acusado ha formulado recurso de apelación en el que de manera imprecisa ha esgrimido:

a) Vulneración de normas y garantías procesales, que habrían consistido en la denegación de pruebas sustanciales propuestas por la defensa y en la falta de motivación del veredicto por el Jurado;

b) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*, al no existir prueba que sustente la condena del acusado como autor de la muerte de la víctima.

Segundo.- Sobre la denegación de pruebas.

La diligencia de reconstrucción de hechos fue propuesta por la defensa en la fase de instrucción, y denegada por el Juez Instructor. Dicha decisión fue apelada y confirmada por la Audiencia Provincial mediante auto de 6 de febrero de 2015. Con posterioridad, en trámite de cuestiones previas, la defensa volvió a suscitar esta cuestión, ahora ante el Magistrado Presidente, quien la desestimó mediante auto de 22 de junio de 2015, que no consta fuese apelado.

La Sala entiende, en línea con lo razonado por el Magistrado Presidente en dicho auto, que la utilidad de la práctica de dicha diligencia es bien escasa dados los términos en los que quedó planteado el debate y las alternativas existentes (al acusado y a los testigos podría interrogárseles en el acto del juicio oral sobre los extremos del lugar y del suceso), y por tanto su denegación no transgrede los límites de la indefensión sino que es mero ejercicio por el Juez instructor (y después por el Magistrado Presidente) de su competencia para la valoración de la oportunidad de la prueba.

Tercero.- Sobre la falta de motivación del veredicto.

Esgrime en su recurso la defensa la falta total de motivación del veredicto en lo atinente a la autoría del delito de homicidio atribuida al acusado. A tal efecto afirma que esa motivación queda ceñida a dos elementos: primero, la alusión a las contradicciones entre los testigos presenciales; y segundo, una alusión al "sentido común y a la lógica".

Se trata de una desfiguración burda de la explicación que el Jurado dio en su veredicto, puesto que omite que el Jurado razona que sobre la base de la existencia de una pelea entre Sergio y la víctima y la aparición de un cuchillo con sangre de ambos y unas tijeras también ensangrentadas que se encontraron en el lugar de los hechos, y que

por tanto sitúan al acusado en el lugar y momento de la agresión sufrida por la víctima, excluyen la participación de una tercera persona porque *"no hay pruebas ni indicios ni testimonios de testigos que sostengan la teoría de una persona agredió a Mohamed"*, que fue la tesis exculpatoria sustentada por la defensa. Y por lo que se refiere a la alusión al "sentido común y la lógica", debe repararse que tal expresión se utiliza para descartar como probado el hecho quinto, que excluía la "necesidad real de defensa" del acusado, aspecto éste que queda sin relevancia por cuanto nadie esgrimió en el juicio la existencia de una legítima defensa como eximente completa, y la incompleta propuesta por el Ministerio Fiscal resultó vinculante para el Magistrado Presidente.

En definitiva, la motivación va mucho más allá de la existencia de contradicciones entre los testigos y del sentido común, y presenta un cuadro perfectamente comprensible, cual es la pelea con instrumentos inciso-cortantes entre acusado y víctima (hecho éste admitido por el propio acusado en su declaración) y la inexistencia de indicios sobre la presencia o intervención de tercera persona.

Cuarto.- Sobre la presunción de inocencia.-

Por último, el recurrente sostiene que "no existe prueba alguna" que sustente la condena del acusado como autor de delito alguno, sino sólo "meras conjeturas sin los requisitos de la prueba indiciaria".

La Sala entiende que no se trata de conjeturas, sino de prueba indiciaria suficiente.

El hecho base indiciario sería que en el momento y lugar de los hechos, acusado y víctima se enzarzaron en una pelea en la que intervinieron dos armas inciso cortantes (un cuchillo y unas tijeras), resultando ambos con heridas, una de las cuales determinó la muerte de Mohamed unas horas después. Tal hecho-base está probado por prueba directa: las declaraciones de los testigos y del propio acusado, el hallazgo por la policía de unas tijeras y un cuchillo ensangrentados, la prueba de ADN que identificó sangre mezclada del acusado y de la víctima en el cuchillo, y la autopsia que determinó que las heridas de Sergio se causaron con el cuchillo y las de Mohamed con las tijeras.

De este hecho surge de manera fortísima la convicción de que fue Sergio quien causó la herida en el cuello que determinó la muerte de Mohamed (hecho presunto), sin que en absoluto pueda entenderse que se trata de indicios poco significativos o susceptibles de versiones alternativas con semejante verosimilitud.

La defensa pretendió desvirtuar esta poderosa prueba indiciaria suscitando una tesis alternativa, consistente en que cuando Mohamed se enzarzó con Sergio ya había sido atacado por una tercera persona que se habría dado a la fuga. Pero obsérvese que dicha afirmación no tiene ni siquiera la consideración de *contraindicio*, porque no contiene ningún hecho base que haya resultado probado (algún testigo que lo haya referido, huellas en el lugar, etc.): es sólo una hipótesis que simplemente no ha podido ser aceptada por el Jurado porque, como explica en su veredicto, no viene apoyada en

ningún elemento probatorio, a lo que debe añadirse que, como explica el Magistrado Presidente, poca explicación tendría que después de haber sido tan brutalmente agredido por una tercera persona, la víctima, en vez de pedir ayuda, pretendiera agredir a Sergio, y que (según resulta de la declaración de varios testigos) insistiera en semejante animosidad contra Sergio aún después de que llegase la policía y lo introdujeran en la ambulancia.

Es claro, pues, que la condena tiene "base probatoria suficiente", y que por tanto la presunción de inocencia ha sido desvirtuada con prueba suficiente y válida. Sin que pueda invocarse en este momento procesal el principio *in dubio pro reo*, pues la duda que puede justificar la decisión más favorable al reo no es la que tenga o pueda tener la Sala de apelación, sino la del órgano competente para valorar las pruebas, siendo así que al haber decidido por unanimidad, la atribución al mismo de una "duda" que debiera forzarle a la absolución es puro voluntarismo.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal, dicta el siguiente

FALLO

Que **desestimando** el recurso formulado por la representación procesal de Sergio Alayn Hidalgo del Río contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, en causa seguida por delito de homicidio, la confirmamos íntegramente. Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales al Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la Sentencia recurrida, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.