



Roj: **STS 9001/2012 - ECLI:ES:TS:2012:9001**

Id Cendoj: **28079120012012101060**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/11/2012**

Nº de Recurso: **913/2012**

Nº de Resolución: **1066/2012**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 4198/2011,**  
**STSJ CAT 598/2012,**  
**STS 9001/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Noviembre de dos mil doce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Eulogio**, contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que anuló el veredicto dictado por el Jurado por el que se absolvía al recurrente de un delito de homicidio; los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Briones Mendez; Siendo parte recurrida Covadonga representado por el Procurador Sr. Juanas Blanco. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

## **I. ANTECEDENTES**

1. - Seguido por la Audiencia Provincial de Barcelona (Oficina del Jurado) el procedimiento de La Ley del Jurado nº 2/2006, procedente del Juzgado de Instrucción nº Cuatro de Manresa, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente se dictó Sentencia, con fecha veintiuno de junio de dos mil nueve que recogen los siguientes **Hechos Probados** :

<< *Son Hechos Probados, y así se declara, de conformidad con el veredicto del Jurado los siguientes:*

*PRIMERO.- El acusado Eulogio, nacido el NUM000 de 1961, y sin antecedentes penales, desde enero de 2006, se hallaba habilitado como Director de Seguridad con TIP nº NUM001, sin ejercer oficialmente actividad profesional de seguridad privada.*

*SEGUNDO.- El acusado actuaba a modo de coordinador de seguridad privada de la familia Sabino.*

*TERCERO.- En la fecha de los hechos, el acusado era socio y administrador único de la sociedad " CES 21, SL", desarrollando la mencionada actividad de manera vinculada a esta empresa.*

*CUARTO.- Alrededor de las 19 horas del día 9 de diciembre de 2006, el acusado recibió una llamada telefónica de uno de los auxiliares de control encargados del control del servicio de videovigilancia de las viviendas de la familia Sabino, sitas principalmente de la URBANIZACIÓN000 de la localidad de San Fruitós de Bages en la que le comunicaba que, a través de las cámaras de seguridad, había observado la presencia de intrusos dentro de la finca del matrimonio Sabino (suegros del acusado), y que ha había avisado a los Mossos d'Esquadra.*

*QUINTO.- En esos momentos, no se encontraba en el interior del domicilio Don. Sabino ninguno de sus moradores.*



SEXTO.- El acusado, pasados unos minutos de las 19 horas del día 9 de diciembre de 2006, se dirigió hacia la Avenida Pirineus con calle Cardona de dicha Urbanización, y paró el vehículo Mercedes con matrícula .... CVZ que conducía delante de la puerta principal del domicilio de sus suegros portando consigo la pistola semiautomática de la marca Glock de su propiedad, cargada con siete cartuchos ordinarios de calibre 9 mm parabellum y con un cartucho del calibre 9 mm parabellum que montaba una bala expansiva de punta perforada, siendo esta última considerada munición prohibida.

SÉPTIMO.- Una vez hubo llegado a la Avenida Pirineus, y hallándose fuera del vehículo, el acusado se percató de la presencia de un vehículo aparcado en la calle Pastor de la misma urbanización.

OCTAVO.- Al sospechar que podía estar relacionado con los intrusos, el acusado decidió subir de nuevo al vehículo y dirigirse hacia donde se hallaba dicho automóvil, tratándose de un Renault Megane con matrícula ....-NKQ , percatándose, al llegar a su altura, de que en su interior había dos personas ocupando el asiento del conductor y del copiloto, y deteniendo allí su vehículo.

NOVENO.- Los ocupantes del Renault Megane, Eliseo y Federico , formaban parte de un grupo de personas que estaban intentando cometer un robo en la mencionada finca.

DÉCIMO.- En el momento en que el acusado detuvo su vehículo a la altura del Renault Megane, el conductor de este último inició su marcha.

UNDÉCIMO.- El acusado, utilizando la pistola semiautomática que portaba, efectuó dos disparos al vehículo.

DECIMOSEGUNDO.- Ambos proyectiles penetraron en el habitáculo delantero del vehículo a través del cristal de la ventanilla delantera izquierda, alojándose uno de ellos en la parte interior de la puerta delantera derecha del vehículo, mientras que el otro proyectil penetró por la parte posterior izquierda del cráneo de Eliseo , quien ocupaba el lugar del conductor, y salió por la parte delantera frontal del cráneo hasta impactar contra la parte inferior derecha del parabrisas.

DECIMOTERCERO.- El proyectil que alcanzó el cráneo de Eliseo causó de forma irremediable su muerte, al provocarle una lesión cerebral global con necrosis del tronco encefálico con encefalopatía mecánica, produciéndose su desconexión de los medios instrumentales médicos a las 10,30 horas del día 11 de diciembre de 2006.

DECIMOCUARTO.- Inmediatamente después de efectuar los disparos, el acusado bajó de su vehículo, y mantuvo encañonado al copiloto, identificado como Federico , mientras esperaba la llegada de los Mossos d'Esquadra.

DECIMOQUINTO.- En el momento en que el acusado se acercó al vehículo Renault Megane, los ocupantes Eliseo y Federico hicieron un movimiento brusco.

DECIMOSEXTO.- Ese movimiento brusco hizo creer al acusado que iban a dispararle.

DECIMOSÉPTIMO.- El acusado disparó su arma para defenderse del ataque del que creyó erróneamente que estaba siendo objeto.

DECIMOOCUARTO.- Los disparos efectuados eran necesarios para responder al ataque que el acusado se representó como procedente de los ocupantes del Renault Megane.

DECIMONOVENO.- Los disparos efectuados eran proporcionados al ataque que el acusado se representó como procedente de los ocupantes del Renault Megane.

VIGÉSIMO.- Inmediatamente antes de que el acusado se dirigiera al Renault Megane, el vigilante de seguridad le informó de que los dos asaltantes que estaban en la casa bajaban hacia la puerta de salida donde el acusado se encontraba, advirtiéndole de que parecían ir armados, y de que los Mossos d'Esquadra aún no habían llegado; información que, unida al conocimiento del asalto de días previos, le provocó un temor a sufrir algún mal sobre su persona.

VIGESIMOPRIMERO.- El miedo que sintió el acusado procedía de una amenaza real, seria e inminente para su persona.

VIGÉSIMOSEGUNDO.- El acusado disparó con su arma determinado por el miedo que sentía.

VIGÉSIMOTERCERO.- Después de efectuar los disparos, el acusado realizó una llamada a los Mossos d'Esquadra, reclamando el envío de una ambulancia, y permaneciendo en el lugar de los hechos.

VIGESIMOCUARTO.- El día 15 de diciembre de 2006, el acusado pagó a través del Juzgado la cantidad de 150.000 euros en concepto de indemnización por la muerte de Eliseo .

VIGÉSIMOQUINTO.- Eliseo estaba casado con Covadonga y tenían un hijo común menor de edad llamado Moises .



VIGÉSIMOSEXTO.- Los padres de Eliseo , Teodosio y Otilia , le han sobrevivido.

VIGÉSIMOSÉPTIMO.- El vehículo Renault Megane, matrícula ....NKQ , propiedad de la empresa "Julio Sánchez 4 por 4, SL", resultó con daños cuya cuantía asciende a 617 euros>>.

2. - Oído el veredicto de culpabilidad emitido por el Tribunal del Jurado, por la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente se emitió el siguiente pronunciamiento:

<< **FALLO** .- Que, por concurrir la circunstancia eximente completa de legítima defensa putativa, debo absolver y absuelvo a Eulogio del delito de homicidio que se le imputaba, con los pronunciamientos favorables inherentes, declarando de oficio el pago de las costas procesales causadas. Alcense cuantas fianzas, embargos u otras medidas de naturaleza cautelar se hubieran adoptado en el procedimiento a salvo de las dirigidas a garantizar el abono de la responsabilidad civil.

Se impone a Eulogio , en calidad de responsable civil directo, y a empresa "CES 21, SL" como responsable civil subsidiaria, la obligación de indemnizar a Covadonga en la cantidad de 100.000 euros, a Moises , en la persona de su legal representante, en la cantidad de 150.000 euros, a Teodosio , y a Otilia en la cantidad de 30.000 euros para cada uno de ellos, y a la empresa "Julio Sánchez 4 por 4, SL", en la persona de su legal representante, en la cantidad de 617 euros. Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

Así por esta sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, y se notificará personalmente al acusado y demás partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme, y que contra ella cabe recurso de apelación en el término de diez días siguientes a la última notificación, ante este Magistrado, y para ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo>>.

3. - Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por el acusado Eulogio , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que dictó Sentencia nº 8/12, con fecha diecinueve de marzo de dos mil doce , conteniendo la siguiente **Parte Dispositiva** :

<<LA SALA CIVIL y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, ha decidido:

ESTIMAR el primer motivo del recurso interpuesto por la acusación particular representada por la procuradora de los Tribunales Sra. D<sup>a</sup> Begoña Sáez Pérez, en nombre de D<sup>a</sup> Covadonga , contra la sentencia dictada en fecha veintiuno de junio de dos mil once por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona , recaída en el Procedimiento núm. 29/09 del indicado Tribunal del Jurado, derivado de la Causa de Jurado núm. 2/2006 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Manresa; y, en su consecuencia, ANULAR el veredicto dictado por el Jurado así como la sentencia recurrida, devolviendo la causa a la Oficina del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona para que se proceda a la celebración de juicio oral ante un nuevo Jurado y un nuevo Magistrado-Presidente, todo ello sin hacer especial pronunciamiento en materia de las costas de los recursos.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, a las partes personadas y el acusado, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Excma. Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la LECriminal >>.

4.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley y precepto constitucional, interpuesto por el recurrente, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Eulogio .

**Motivo primero.**- Al amparo del art. 852 de la LECriminal , por infracción del art. 24.1 de la CE (derecho a la tutela judicial efectiva). **Motivo segundo.**- Al amparo del art. 852 de la LECriminal por infracción del art. 24.2 de la CE (derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia) . **Motivo tercero.**- Al amparo del art. 852 de la LECriminal por infracción del art. 24 de la CE (derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías). **Motivo cuarto.**- Al amparo del art. 852 de la LECriminal por infracción del art. 9.3 y 24 de la CE (prohibición de la arbitrariedad, derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia). **Motivo quinto.**- Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por infracción del art. 138 del CP y del art. 70 del CP .

5. - El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando la inadmisión de los motivos aducidos y la subsidiaria desestimación del mismo; la representación legal de Covadonga igualmente los impugnó; La Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6. - Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día veinte de noviembre de dos mil doce.



## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En un extenso, minucioso y bien cimentado argumentativamente escrito, el recurrente abre cinco frentes de ataque a la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que anulaba la sentencia absolutoria del Tribunal del Jurado. Aunque entre los cinco motivos hay conexiones, todos y cada uno gozan de autonomía propia. Han de ser analizados separadamente, tal y como propone el recurrente. No obstante se hace imprescindible previamente definir el marco de debate que permite la casación. No pueden fiscalizarse todas y cada una de las decisiones y argumentos del Tribunal Superior de Justicia sin limitaciones; ni todas y cada una de las discrepancias que la parte enarbola respecto de ellas. Acotar el espacio de las tareas de control que la Ley asigna a esta Sala Segunda se presenta como presupuesto indispensable para abordar el fondo del recurso, eludiendo descender, a lo que en algunos pasajes invita el recurrente, a cuestiones o puntos ajenos a la casación.

Los cuatro primeros motivos buscan cobijo en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . En todos se invocan derechos fundamentales proclamados por el art. 24 CE para canalizar cada una de las quejas. El quinto y último se adecua al cauce del art. 849.1º y denuncia la indebida aplicación del art. 138 CP (en relación con el art. 70 LOTJ).

Conviene dejar constancia resumidamente, aunque ya se deduce de los más extensos antecedentes de esta resolución, de la secuencia procesal que ha desembocado en este recurso de casación. Por seis votos a tres el Jurado emitió veredicto de no culpabilidad del acusado Eulogio por la muerte de Eliseo . La sentencia, acogiendo esa decisión, confirió (o trato de conferir, según se sostenga que guardaba o no fidelidad al criterio del Jurado) formato jurídico-penal al veredicto. Consideró la Magistrado-Presidente que la absolución suscrita por el Jurado descansaba en la apreciación de una eximente putativa de legítima defensa ( arts. 14.3 , 20.4 y 6 y 118.2 CP ). La sentencia sería recurrida en apelación por la acusación particular, el Ministerio Fiscal, el acusado, absuelto penalmente pero condenado a satisfacer una indemnización, así como la entidad tercera responsable civil. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó el primer motivo de la apelación de la acusación particular lo que determinaba la anulación del veredicto y de la sentencia impugnada y la necesidad de repetir el juicio oral. La estimación de ese primer motivo tornaba innecesario el examen de los restantes.

Esa es la sentencia contra la que ahora se acude en casación. Nuestra valoración ha de centrarse en ella. Solo indirectamente, y en cuanto sea necesario para decidir el recurso, podemos valorar, la primera sentencia y el veredicto del jurado, anulados por el Tribunal Superior de Justicia.

Se trata, así pues, de analizar la regularidad de una sentencia recaída en apelación; es decir, en una "teórica" segunda instancia, aunque como se ha destacado hasta la saciedad el recurso diseñado en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de Mayo frente a sentencias del Tribunal del Jurado es una impugnación con nombre de "segunda instancia" pero con armazón y sustancia de recurso "extraordinario". La intercalación de una sentencia de apelación entre la de instancia y la de esta Sala Segunda altera en buena medida el funcionamiento tradicional de la casación, particularmente cuando se somete a debate casacional una sentencia que no zanja definitivamente la cuestión penal -mediante la absolución o condena- como es consustancial a todas las sentencias dictadas en primera y única instancia ( arts. 141 , 142 y 144 LECrim ), sino que la deja abierta a resultados de la celebración de un nuevo juicio. El clásico recurso de casación a que responde la regulación de los arts. 847 y siguientes de la ley está diseñado para sentencias y autos definitivos y no para resoluciones como la que ahora se examina que han anulado un pronunciamiento anterior. En todo caso, las tradicionales limitaciones del recurso de casación rigen también en ese supuesto: la competencia de esta Sala no se extiende a una revisión global, al margen de los motivos tasados contemplados en los arts. 849 a 852, de la corrección de esa decisión. Solo desde la óptica de uno de esos motivos es planteable la casación de la sentencia de apelación. En lo que exceda de esa perspectiva, la Ley atribuye al Tribunal de apelación unas facultades decisorias que no pueden ser usurpadas por el Tribunal Supremo convirtiendo la casación en una "segunda apelación", aunque sea una apelación limitada como la regulada en el art. 846 bis c) LECrim . El ámbito de lo controlable en apelación no coincide con el de lo fiscalizable en casación. Aquél es más amplio. Ni siquiera si se identificase algún eventual desbordamiento de las facultades de control que el art. 846 bis c) LECrim confía a los Tribunales Superiores de Justicia podría corregirse siempre a través de un recurso extraordinario como es la casación; sólo cuando se hubiese incurrido en uno de los defectos enunciados en los arts. 849 a 852 con el carácter de *numerus clausus*. Los motivos de apelación del art. 846 bis c) no quedan convertidos automáticamente en motivos de casación. Aunque las vías establecidas en los arts. 849 a 852 han sido objeto de una generosa interpretación con el afán de minimizar las consecuencias de la ausencia de una doble instancia en nuestro ordenamiento procesal para gran parte de los delitos (lo que no sucede justamente con el proceso del Tribunal del Jurado) y, además, el art. 852 encierra una enorme potencialidad, la casación mantiene su naturaleza de recurso extraordinario. Su marco se ha ensanchado por vía jurisprudencial, pero



singularmente para facilitar el control de sentencias condenatorias sustraídas a la doble instancia (presunción de inocencia). No con el mismo alcance ni para la revisión de sentencias absolutorias (donde juegan además las limitaciones derivadas del principio de inmediación tan destacado por la jurisprudencia de los últimos años a impulsos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), ni para la revisión de sentencias como la aquí examinada que no deciden la cuestión criminal, sino que se limitan a retrotraer el procedimiento para nuevo enjuiciamiento.

Este excursus resulta imprescindible para destacar desde el pórtico de esa resolución que no puede esta Sala, so pena de traicionar la fisonomía de la casación y el reparto de competencias funcionales en materia penal entre el Tribunal Supremo y los Tribunales inferiores, reproducir íntegramente el debate llevado a cabo en apelación. La posición de este Tribunal es diferente. No debe entrar en muchos de los aspectos y matices que el recurrente trata de introducir, en lo que es una elogiada estrategia defensiva. Muchos de los perfiles del debate a los que el recurrente hábil y legítimamente intenta arrastrar a este Tribunal nos están vedados pues escapan a la casación. Esto arrastra consecuencias:

- a)** Como no existe pronunciamiento penal de fondo, es imposible apreciar una vulneración de una norma penal sustantiva canalizable por el art. 849.1º.
- b)** Como se ha anulado la sentencia de instancia, no existen hechos probados y no es planteable un error en la valoración de la prueba (art. 849.2º).
- c)** Como la sentencia combatida no contiene pronunciamiento condenatorio alguno -se limita a declarar una nulidad- tampoco es posible que vulnere la presunción de inocencia ni en su vertiente de regla de juicio, ni en su dimensión de regla probatoria. Solo un pronunciamiento que declare la culpabilidad de una persona puede violar la presunción de inocencia en esa faceta intraprocesal. Mientras no se produzca tal decisión rige plenamente la presunción de inocencia. La anulación del pronunciamiento absolutorio deja subsistente esa verdad provisional e interina que afirma la inocencia del inculpado mientras no exista prueba de cargo practicada con todas las garantías que acredite la culpabilidad y que sea valorada por el Tribunal competente. Al acusado ahora recurrente hay que presumirlo inocente. Ninguna merma en ese derecho se deriva de la resolución del Tribunal Superior de Justicia.
- d)** Sí que será factible revisar el pronunciamiento del Tribunal de apelación desde la perspectiva que brinda el art. 852 LECrim según la redacción resultante de la ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Disposición final 12ª, apartado 6º): "*en todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de un precepto constitucional*".

De aquí se deducen varias premisas que condicionan el examen y que justifican que este Tribunal no pueda entrar a discutir todas las cuestiones que con brillantez plantea el recurso, pero desbordando en muchas ocasiones los linderos de la casación:

- a)** Las referencias a la presunción de inocencia carecen de capacidad para extender el campo de discusión. Por definición (a salvo supuestos en que se maneje la presunción de inocencia como regla de tratamiento) una sentencia que deja sin zanjar la cuestión principal de la culpabilidad o inocencia de una persona, no puede lesionar la presunción de inocencia. La cuestión está imprejuzgada: si ha quedado pendiente de nuevo "juicio" no puede existir violación de una "regla de juicio".
- b)** La invocación de derechos fundamentales o normas constitucionales ha de proyectarse sobre la sentencia de apelación. Es ésta la que debe haber vulnerado esos derechos. Los principios de inmediación y contradicción, cuyo asidero constitucional se encuentra en el art. 24.1 (derecho a un proceso con todas las garantías) o incluso 120.2 (oralidad) no han sido afectados en términos no consentidos por la legislación procesal. Tales principios pueden considerarse abarcados por el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) pero con alguna matización. Su operatividad no es absoluta. Se insertan en un sistema procesal en el que no están sacralizados. El principio de inmediación cede siempre que por vía de recurso se revoca una sentencia condenatoria por razones probatorias: bien por aplicación de la presunción de inocencia; bien, en el marco de la apelación clásica, cuando el Tribunal *ad quem* no considera plenamente convincente la prueba de cargo practicada. La mera comprobación y examen de los motivos de apelación previstos en el art. 846 bis c) LECrim demuestra que el principio de inmediación ha de replegarse también cuando se aprecian determinadas deficiencias en la formación o exteriorización del criterio decisor.
- c)** No se trata de elegir entre la sentencia del jurado o la de apelación: aquí solo tenemos que revisar si la sentencia de apelación incurre en alguna de las infracciones a las que la legislación anuda como consecuencia la casación de la sentencia. En caso afirmativo nos enfrentaríamos al problema de si es dable recuperar ahora los numerosos motivos de apelación -tanto de acusaciones como de defensas- que quedaron sin solventar.



Sólo uno de ellos ha sido replanteado en casación. Pero como la decisión va a ser desestimatoria, lo que se anuncia ya, tal cuestión no va a surgir.

**SEGUNDO.-** El primero de los motivos alega indefensión a través del art. 852 LECrim en relación con el art. 24.1 inciso final CE . La afectación del derecho de defensa dimanaría de un supuesto desajuste entre el pronunciamiento de apelación y la pretensión de la parte apelante. El Tribunal Superior de Justicia al estimar el primero de los motivos de apelación de la acusación particular, habría "reformateado" ilegítimamente su pretensión, mudándola en forma no consentida por la legislación, incurriendo en una suerte de *mutatio libellis* en segunda instancia, prohibida por afectar al derecho de defensa de las partes recurridas que se habrían defendido de algo diferente a lo que finalmente cristalizó en la sentencia. Los argumentos blandidos para estimar el motivo, discurrirían por una senda muy distinta del discurso del apelante. Eso supondría que la parte apelada, ahora recurrente, no habría tenido ocasión de oponerse efectivamente o contra-argumentar.

Lo que el recurrente califica como "suplantación de la voluntad de la Acusación particular", se derivaría de la siguiente secuencia: **a)** La acusación particular en su primer motivo de apelación partía de la bondad de la actuación de la Magistrado Presidente que había considerado que la conducta era dolosa en contra de lo que resultaba formalmente del veredicto. El jurado por seis votos contra tres no declaró probada la proposición undécima, " *El acusado, siendo consciente del riesgo que para la vida de los ocupantes del Renault Megan implicaba su acción, y de las altas probabilidades de causar su muerte, utilizando la pistola semiautomática que portaba, efectuó dos disparos al vehículo*". Fue sustituida por otra aprobada por unanimidad: "*El acusado, utilizando la pistola semiautomática que portaba efectuó dos disparos al vehículo*"; **b)** El Tribunal de apelación basa su decisión anulatoria en la incorrecta forma de actuar de la Magistrado Presidente. Si consideraba irracional el rechazo por el jurado de aquélla proposición debería haber devuelto el veredicto. No era admisible "reinterpretar" la proposición introducida en términos no compatibles con la rechazada. Eso constituía el contenido nuclear del primer motivo del recurso de apelación del acusado absuelto; **c)** El motivo interpuesto por la acusación particular y estimado se refería a la irrazonabilidad y arbitrariedad de la apreciación de una eximente. No discutía el dolo eventual: ni la negativa del jurado a aceptarlo, ni la posición de la sentencia afirmándolo al deducirlo de las proposiciones sí aprobadas; **d)** El Tribunal Superior de Justicia ha fundado su estimación de ese motivo de apelación en los argumentos blandidos por la defensa, y no en los arbitrados por la acusación recurrente, con lo que ha subsanado los defectos estratégicos de ésta. Esta iniciativa podría ser admisible respecto de las partes pasivas del proceso, (voluntad impugnativa) pero no respecto de la acusación. De esa forma habría convertido la denuncia del acusado apelante (incorrecta forma de proceder del Magistrado Presidente: corregir el veredicto), en la pasarela por la que llega a concordar con la petición de la acusación apelante (irracionalidad del veredicto, pero apoyada en la arbitraria exclusión del dolo eventual).

El argumento está desarrollado con esmerada técnica discursiva pero no es apto para ser acogido por una pluralidad de razones que se confabulan para **determinar su rechazo** :

**a)** El primer motivo de apelación de la acusación particular denunciaba la arbitrariedad e irracionalidad del veredicto del jurado. Hacía reposar toda su argumentación en la que reputaba improcedente consideración como acreditadas de las bases fácticas - objetivas y subjetivas- de la exención apreciada. Comenzaba su discurso tachando también de arbitraria la exclusión del dolo eventual por el jurado. Pero no combatía ese punto. Carecía de legitimación para hacerlo: no había tenido repercusión en la parte dispositiva de la sentencia en la medida en que el defecto había sido enmendado por el Magistrado-Presidente. Cualquier motivo destinado a atacarlo estaba abocado al fracaso por falta de gravamen. No podía impugnar ese extremo, como no puede recurrir quien obtiene una sentencia conforme a sus pretensiones por habersele denegado improcedentemente una diligencia de prueba.

**b)** Al contestar al recurso del acusado la acusación insistió en la irracionalidad de esa exclusión del dolo eventual (vid. págs. 394 y siguientes del rollo), aunque consideraba que ese defecto había sido legítimamente subsanado por la Magistrado Presidente. Frente a tales argumentos, lógicamente el recurrente tenía que argumentar y así lo hizo que la decisión del Jurado era racional, y que la Magistrado Presidente no podía apartarse de ella.

**c)** La sentencia de apelación coincide con la acusación, y con la Magistrado- Presidente en la incompatibilidad con la lógica de la negación del dolo eventual. Pero considera que ese pronunciamiento (aunque aquí ha de puntualizarse que no se declaró no probada la aseveración, sino sencillamente no se alcanzó mayoría para tenerla por probada y se prescindió de ella; lo que es diferente de considerarla no acreditada), no podía corregirse por la sentencia, sustituyendo la conclusión (o, mejor, ausencia de conclusión) ilógica del Jurado, por otra lógica de la Magistrado-Presidente (y no contradictoria en sí con el objeto del veredicto tal y como fue aprobado, aunque es justo reconocer que introducía algo más). Suprimida la adición de la Magistrado Presidente, emergía con toda fuerza la *irracionalidad* de la conclusión del jurado, denunciada también por la acusación, aunque no atacada directamente por su falta de trascendencia.



**d)** Pero no se detuvo ahí el examen del Tribunal de Apelación para otorgar la razón a la acusación recurrente en contra de lo que parece sugerir el recurso al poner entre paréntesis varias páginas de la sentencia de apelación que enlazan de forma directa e inequívoca con la argumentación desplegada por la acusación particular en el recurso de apelación. En el fundamento de derecho quinto con el mismo rigor que caracteriza a toda la sentencia, se sumerge el Tribunal en el examen de los fundamentos de la exención aplicada en la sentencia de instancia. Concluye que también esa decisión era arbitraria e irracional, carente de apoyo. Conviene transcribir unos fragmentos de la sentencia de los que fluye esa clarísima conclusión: " *Resulta, por tanto, que el Jurado no solo desatendió las instrucciones de la Magistrado-presidente en cuanto a la forma de realizar el juicio de inferencia del hecho referido al animus necandi a partir de los hechos relativos a la conducta externa del acusado previamente declarados probados, incurriendo en una contradicción evidente entre aquél y éstos, sino que, además, para justificarlo tergiversó esencialmente la conclusión clara y fundada del informe pericial sobre la salud mental de aquél, sin explicar suficientemente las razones que le llevaron a obrar así a fin de permitir a un eventual observador imparcial que hubiera asistido al juicio entender el sentido del fallo adoptado.*

*Por otra parte, teniendo en cuenta que en el punto relativo a la concurrencia de las circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad criminal no rige la presunción de inocencia, de manera que la alegación del acusado de su concurrencia debe hallarse adecuadamente contrastada, con la única excusa de su tergiversada valoración del informe pericial en cuestión declaró probadas la insuperabilidad del miedo y la invencibilidad del error en la agresión que el acusado afirmó haber padecido, de manera que la motivación del veredicto en los extremos analizados es claramente insuficiente, además de arbitraria, y por ello vulneradora del derecho fundamental de la acusación particular recurrente a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a obtener una resolución debidamente motivada ( art. 24.1 CE ). Es patente que la decisión de anular sentencia y veredicto no se apoyó exclusivamente en las reflexiones sobre el dolo eventual (sólo implícitas en la petición de la apelante). También se basaba en la consideración de que la exención de responsabilidad penal era arbitraria y estaba huérfana de motivación lógica. De manera que si diésemos la razón ahora al recurrente, se suprimiría la argumentación sobre el dolo eventual, pero saldría a flote ese fundamento de derecho quinto de la sentencia de apelación frente al que el recurrente no puede alegar carácter sorpresivo o apartamiento de la pretensión impugnatoria estimada.*

**e)** Por lo demás, no sobra recordar que debe existir una correlación entre lo solicitado por la parte y la decisión jurisdiccional, pero esa correlación no abarca la argumentación. El apelante reclamaba la nulidad del veredicto por ser irracional. Eso es lo que acuerda la Sala de apelación aunque sus argumentos, sólo en una vertiente, no sean totalmente coincidentes con los del apelante. No puede aducir indefensión el apelado; máxime si se tiene en cuenta que su capacidad de defensa sigue abierta con todas sus posibilidades: el enjuiciamiento está pendiente.

**f)** En efecto, cuando de lo que se trata es de declarar una nulidad no puede hablarse tanto de congruencia entre las pretensiones de las partes y la decisión jurisdiccional, como de necesaria audiencia. La situación presenta relevantes asimetrías en relación a lo que supone un pronunciamiento de fondo donde rige sin fisuras la necesidad de congruencia entre pretensión y sentencia. Eso explica que el art. 240 LOPJ permita declarar de oficio la nulidad de determinadas actuaciones previa audiencia (que no petición: cabe también la nulidad aunque todos la rechacen) de las partes. Solo partiendo de esa premisa se entiende que, el legislador en fechas no lejanas quisiese cercenar la capacidad del Tribunal de acordar nulidades por vía de recurso (antes no existía limitación) e introdujera un párrafo 2º en el art. 240.2 LOPJ prohibiendo la anulación de nulidad de oficio al resolver recursos salvo algunos supuestos especiales. La lectura de ese precepto permite concluir: i) Que en los casos contemplados- v.gr., falta de competencia objetiva- el recurso puede ser resuelto con una declaración de nulidad que nadie ha solicitado, sin que eso suponga incongruencia o provoque indefensión; ii) que en todos los casos la petición de nulidad de una parte habilita al Tribunal *ad quem* a resolver de esa forma el recurso, aunque obviamente siempre que exista una identidad en lo esencial entre petición y decisión, lo que no implica identidad de argumentación. Tiene su lógica ese diseño legal y esas diferencias pues cuando la decisión no es definitiva, sino que retrotrae las actuaciones a un momento anterior (nulidad) la capacidad de defensa queda intacta. En el nuevo camino procesal a recorrer regirán plenamente los principios de defensa, contradicción, publicidad...

**g)** La evocación de alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional es de utilidad. Las SSTC 29/99 de 8 de marzo y 215/99, de 29 de noviembre, recuerdan que desde la perspectiva constitucional no es exigible " *que los órganos judiciales ajusten sus razonamientos a las alegaciones que sobre las normas realicen las partes* " ( STC 189/1995, fundamento jurídico 3º; en términos similares SSTC 112/1994, 172/1994 ) pues " *sólo viola el art. 24.1 C.E. aquella incongruencia que supone un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, en la medida en que puede significar una vulneración del principio dispositivo constitutivo de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial, siempre que la desviación sea de tal naturaleza que suponga una modificación sustancial del*



objeto del proceso con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio ( SSTC 168/1987 , 144/1991 , 183/1991 , 59/1992 , 88/1992 , 44/1993 , 369/1993". El Tribunal Superior de Justicia no se desvió del debate procesal ni de los términos en que se le planteaba la controversia: una parte reclamaba la nulidad por irracionalidad del veredicto. La decisión del Tribunal otorgándole la razón guarda plena correspondencia con el interés deducido.

La defensa ha podido, y efectivamente lo ha hecho, contradecir la apelación formalizada por la acusación particular conociendo su sentido y alcance. No se ha producido indefensión. La declaración de nulidad del Tribunal, además, se apoya en dos soportes. Uno es totalmente coincidente con la argumentación de la acusación. Aunque se llegase a la conclusión de que el Tribunal estaba inhabilitado para declarar la nulidad basándose en la falta de racionalidad de la exclusión del dolo, el motivo no podría prosperar porque no es ese el fundamento exclusivo de la decisión. El Tribunal Superior de Justicia ha considerado, en definitiva, de forma motivada, razonada y lógica que el veredicto del Jurado se presentaba más como un acto de voluntad, revestido de ropaje argumental, que como una decisión fruto de un proceso racional deliberativo. Lo que se pide a los tribunales de justicia en nuestro ordenamiento, también al Tribunal del Jurado, no es un puro acto de voluntad, una decisión intuitiva, ligada a la propia percepción de la justicia en el caso concreto; sino un proceso intelectual en el que mediante un discurso racional y por tanto compartible y exteriorizable, se llega a una decisión. Si hay razones para concluir que se han invertido los términos y que el proceso de decisión se ha desviado del curso querido por el ordenamiento -la valoración de la prueba de forma racional y argumentable conduce a unas conclusiones y a la correlativa decisión; frente a un proceso en que la decisión voluntarista es lo que ocupa el primer escalón del *iter*-, hay que repetir el proceso lo que en el ámbito del jurado desemboca ineludiblemente en la necesidad de constituir un nuevo colegio popular para repetir el plenario. No escapa a este Tribunal que esa repetición puede acarrear repercusiones negativas no solo en la agilidad del proceso, retrasos que todas las partes han de padecer; sino también en la posición procesal del acusado que ve borrado todo el camino ya recorrido, también en los puntos que podían serle beneficiosos y que se dieron por probados de una forma no atacable pues obedecía a criterios racionales (v. gr. y por ejemplificar con algún extremo con más significación, la proposición décimo quinta donde el jurado estimó acreditada la realización de un movimiento brusco por parte de los ocupantes del vehículo; o la decimosexta donde se sienta la conclusión de que el recurrente actuaba en la creencia errónea de ser objeto de un ataque). Pero esos "efectos colaterales" son de esencia de toda declaración de nulidad del juicio por vía de recurso. En el ámbito del jurado la composición del Tribunal provoca que la nulidad habitualmente y salvo supuestos muy excepcionales haya de extenderse a todo el juicio con la necesidad de constituir un nuevo Tribunal. La sentencia de instancia razona de forma cumplida y suscribible las diferencias que en este particular enfrentan los sistemas continentales y en especial el nuestro con los anglosajones, y singularmente el vigente en los Estados Unidos de América. La solución legal no puede ser otra que la ofrecida por el Tribunal de apelación que ha de ser refrendada ahora en casación.

**TERCERO.**- En el segundo motivo el recurrente hace una completa y detallada exposición con la que presenta las dos premisas en las que se basará su pretensión:

**a)** La valoración sobre elementos internos o subjetivos no es una pura cuestión jurídica, sino un tema fáctico. La clásica jurisprudencia que hablaba de "juicios de valor" para permitir su revisión por la puerta del art. 849.1º - *error iuris*- estaría superada. La natural secuela de esa evolución jurisprudencial es que esos elementos internos o subjetivos no escapen del manto protector de la presunción de inocencia.

**b)** Por eso no puede admitirse la revisión de esos elementos internos en contra del acusado por vía de recurso sin su audiencia personal de acuerdo con una conocida jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Las dos afirmaciones van rodeadas de eruditas, actualizadas y exhaustivas referencias jurisprudenciales. Aunque podrían introducirse matices, no se puede sino compartir en su consideración global tanto las dos afirmaciones genéricas como el documentado aparato jurisprudencial con que el recurrente adorna su argumento. Pero se da un salto a la hora de proyectar esa doctrina al supuesto ahora analizado que resulta acrobático y no puede asumirse. Lo que se prohíbe es que se dicte una primera sentencia condenatoria por parte de un Tribunal que no ha presenciado la prueba personal de cargo, o que no ha oído directamente al acusado, modificando la valoración efectuada por otro Tribunal. Pero cuando lo que realiza el Tribunal al conocer de un recurso es anular el previo pronunciamiento absolutorio el paisaje es radicalmente diferente. Ningún obstáculo se interpone para adoptar una decisión no condenatoria, sino procesal.

Si el Tribunal de apelación hubiese dado por probado sin oír al acusado que actuó con ánimo homicida, que tenía dolo de matar, o que no excluía la alta probabilidad de causar la muerte efectuando esos disparos y a partir de ahí hubiese dictado sentencia condenatoria, entraría en colisión con esa doctrina jurisprudencial. Pero aquí están presentes varias realidades que privan de base al aparentemente sólido razonamiento del recurrente:





a) Quien por primera vez ha sostenido que concurrió dolo eventual, no ha sido el Tribunal de apelación, de espaldas a la percepción directa de la prueba y sin haber oído las explicaciones del acusado. Es más el Tribunal de apelación no lo sostiene directamente; sino que lo sugiere al afirmar que la forma en que ha sido negado no es racional. Sí lo hizo otro órgano judicial, el Tribunal del Jurado en la sentencia que redacta su Magistrado-Presidente. El Jurado popular no declaró probado que no existiese dolo eventual. Se limitó a dar como probado que el recurrente efectuó dos disparos contra el vehículo ocupado por dos personas con una pistola semiautomática; y no llegó a alcanzar un acuerdo (no consideró ni probada ni no probada) la proposición en la que se hubiese apoyado el dolo eventual. El Presidente del Tribunal, entendiendo que estaba habilitado para ello en virtud de las funciones que le concede la Ley, concluyó que concurría dolo eventual. Así lo reflejó en su sentencia: estimaba que no otra cosa se podía deducir de la acción que se había dado por acreditada. El Magistrado Presidente presencié íntegramente la prueba, oyó al acusado, y dictó la sentencia respetando en su opinión el objeto del veredicto e integrándolo en cuanto consideró necesario, en una interpretación más o menos discutible del art. 70 LOTJ . El Tribunal de apelación no afirma *ex novo* y por primera vez la concurrencia de ese dolo: se limita a respaldar la deducción de la Magistrado-Presidente y a considerar que la del Jurado no obedecía a unas elementales máximas de experiencia. A continuación argumenta que la Magistrado-Presidente no podía en este punto situar por encima de las consideraciones del jurado su propia percepción. Como se observa, estamos en un escenario radicalmente distinto: el Tribunal de apelación no extrae *ex novo* un propio criterio sin presenciar la prueba.

b) Pero además y sobre todo el Tribunal de apelación no ha emitido un pronunciamiento condenatorio. Se ciñe a anular sentencia y veredicto y a ordenar la repetición del juicio. Lo que la jurisprudencia traída a colación rechaza es una condena sin audiencia personal, o sin valoración directa de la prueba personal de cargo; pero no la anulación de una absolución previa, dando paso a un nuevo juicio donde otro Tribunal -ya sí: con percepción directa de toda la prueba- habrá de decidir nuevamente.

c) Por fin en lo atinente a la exención de responsabilidad penal vía art. 14 CP también se limita el Tribunal de apelación a un examen de la argumentación que entiende se aparta de criterios racionales. No hay valoraciones probatorias que puedan condicionar a ningún nuevo Tribunal que habrá de juzgar en atención exclusivamente a las pruebas practicadas en el plenario sin atadura alguna y sin vinculación a las consideraciones que se vierten en la sentencia de apelación referidas a otras pruebas y a un veredicto al que se achaca motivación no racional.

El elenco de sentencias esgrimidas por el recurrente es tan rico que sobran adiciones. Baste aquí consignar el último de los pronunciamientos, tan abundantes y preñados de matices, de nuestro Tribunal Constitucional, en el que se destacarán tipográficamente los pasajes que ponen de relieve la inconsistencia de las conclusiones que el recurrente quiere extraer de esa doctrina. Las premisas de que arranca el motivo son compartibles; no las consecuencias que se quieren anudar a aquéllas.

La STC 201/2012, de 12 de noviembre (posterior por tanto al escrito de formalización del recurso) reiterando mucha doctrina anterior, dice así:

*"...el núcleo de la controversia planteada en la presente demanda de amparo radica en que la Audiencia Provincial ha desestimado el recurso de apelación interpuesto sin dar respuesta a la pretensión del recurrente de que se revisara la valoración de la prueba y la calificación jurídica asumida por el órgano judicial de primera instancia y que había dado lugar a un pronunciamiento absolutorio. La Sala funda la imposibilidad de conocer del fondo del recurso en que, según la doctrina constitucional desarrollada a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre , para pronunciarse sobre la revocación de una Sentencia absolutoria es precisa la celebración de vista oral con audiencia al acusado; sin embargo, la legislación procesal sobre el recurso de apelación impide la admisión de pruebas que ya fueron practicadas en primera instancia, circunscribiendo el art. 790.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal la práctica de prueba en apelación a aquellas que no pudieron proponerse en la primera instancia, a las propuestas que fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva, y a las admitidas que no fueron practicadas por causas que no sean imputables al apelante..."*

*...Como afirmaba la STC 141/2006, de 8 de mayo , FJ 3, el derecho a la presunción de inocencia constituye la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada. Este derecho "sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura ( STC 56/1982, de 26 de julio ), constituyendo 'uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal' ( SSTC 138/1992, de 13 de octubre ; 133/1995, de 25 de septiembre ), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso" ( STC 41/1997, de 10 de marzo , FJ 5). Por ello, también en la segunda instancia "cuando se trate de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado será necesario que la conducta delictiva que se le atribuya venga sólidamente sustentada por pruebas de cargo que hayan sido practicadas con las necesarias garantías de 'defensa efectiva' y de 'corrección de la valoración' ( STC 112/2005, de 9 de mayo , FJ 2)" ( STC 141/2006 , FJ 3), garantías que sólo admiten la titularidad del acusado y que, por tanto, no pueden*



ser invocadas por la parte acusadora para solicitar la celebración de vista ante el órgano ad quem, o para con posterioridad denunciar su denegación. En definitiva, ningún derecho fundamental del recurrente se ha visto afectado por la decisión de la Audiencia Provincial de Albacete de no celebrar vista oral, teniendo en cuenta, además, que la denegación de vista se ha motivado a partir de una interpretación no arbitraria ni irrazonable de la legalidad vigente.

Como ya se ha puesto de relieve, es en relación con esta controversia donde el recurrente hace especial hincapié en su demanda, centrando su denuncia en que el órgano judicial podía y debía haber entrado en el fondo de sus alegaciones aun sin celebración de vista oral. Se proyecta, así, la misma sobre el contenido y alcance de las garantías de la apelación penal, por lo que será bueno enunciar con cierto grado de detalle la doctrina constitucional establecida al efecto.

a) Según la consolidada doctrina de este Tribunal sobre las garantías de la segunda instancia penal, desarrollada a partir de la citada STC 167/2002, de 18 de septiembre, **"resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora ...** Por ello, no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, esta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales" (por todas, SSTC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 3).

b) Junto al respeto a la garantía de inmediación en la valoración de las pruebas personales por el órgano de segunda instancia, hemos introducido también, a partir de las recientes SSTC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, y 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, la exigencia de audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE). Tal como hemos afirmado en dichos pronunciamientos, tal garantía de audiencia del acusado en fase de recurso dependerá de las características del proceso en su conjunto. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31). De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, será indispensable contar con una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación "no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas" (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 36; en igual sentido, STEDH de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 32). De donde, sensu contrario, se extrae la conclusión de que dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal ad quem se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la mencionada STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, se consideró inexistente la vulneración del art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos, en la medida en que "los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados" (§ 36).

En definitiva, "la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído. De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas



ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte" ( STC 153/2011, de 17 de octubre , FJ 6).

6. A tenor de lo acabado de exponer, debemos rechazar la exégesis que la Sala realiza de nuestra doctrina constitucional y, con ello, de los límites de enjuiciamiento del recurso de apelación. Como ha sido enfatizado, a partir de las citadas SSTC 184/2009 y 45/2011, y a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos , hemos trazado una delimitación, nítida al menos en el plano teórico, entre el ámbito de decisión relativo a la valoración de la prueba y fijación de los hechos probados, para el que resultará insoslayable la audiencia personal del acusado y, en su caso, de otros testigos, y aquellos pronunciamientos que quedan circunscritos a la calificación jurídica del hecho, que pueden ser resueltos por el órgano ad quem sin necesidad de celebrar vista oral. Atendiendo ahora a los concretos motivos de apelación formulados por el demandante de amparo, si bien el primero de ellos presuponía una revisión de la prueba -para lo que sí hubiera sido precisa la audiencia al acusado-, el segundo estaba fundado en un error en la calificación jurídica de los hechos, considerando el apelante que, con independencia de lo alegado en el motivo anterior, los hechos que habían sido declarados probados debían, en todo caso, ser calificados al menos como una imprudencia simple, derivándose de ello la condena del acusado por delito de homicidio imprudente.

De lo anterior se deriva que la Audiencia Provincial de Albacete omitió dar respuesta a una pretensión impugnatoria cuyo enjuiciamiento, en la medida en que estaba restringido a revisar la calificación jurídica de los hechos probados, no precisaba de audiencia personal al acusado ni de celebración de vista oral, y que tal omisión vino fundada en una interpretación errónea de la doctrina constitucional y de los preceptos que regulan el recurso de apelación penal; error que trasciende el plano de la irrelevancia constitucional y que debe calificarse como manifiestamente irrazonable y lesivo, por ello, del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), **por cuanto dicha interpretación -tal como la propia Audiencia Provincial de Albacete manifiesta en la Sentencia impugnada- conlleva la completa abrogación de las posibilidades de recurrir en apelación por las partes acusadoras, opción que no puede considerarse acorde con el sistema de recursos vigente en la actualidad.**

Viene bien reproducir también un fragmento de una de las abundantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pone de manifiesto que ese dato no es en absoluto baladí: " **el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él ( STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania , §§ 58 y 59)**". No cabría una primera condena en casación o apelación pero sí rescatar una condena anulada o anular una absolución. ( STS 1385/2011, de 22 de diciembre :

**... la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia de apelación, no es la resolución que, por primera vez y como fruto de la valoración de la prueba, impone la condena a los acusados que permanecían hasta ahora absueltos por razón de la apelación. La reposición a la condición de penados deriva de la inicial sentencia y de la consideración como incorrecta de su revocación en apelación. Por ello tal hipótesis cae al margen del ámbito en el que la doctrina constitucional y la del TEDH exige la directa audiencia del así penado).**

El Tribunal de apelación rechazó la práctica de la prueba que se le había solicitado para la segunda instancia por parte de las acusaciones que desplegaron un enorme pero estéril esfuerzo argumental para superar las barreras de esa jurisprudencia. Al resolver la apelación el Tribunal no se adentró en ningún espacio que exigiese esa práctica de prueba y desde luego no ha llegado a un pronunciamiento de culpabilidad.

Un Tribunal de apelación puede declarar la nulidad de una sentencia absolutoria por considerar arbitraria o insuficientemente motivada la valoración de la prueba efectuada, sin necesidad de oír al acusado ( STC 169/2004, de 6 de octubre ). Lo que le está vedado es dictar sentencia condenatoria al margen de los principios de inmediación y audiencia que imponen escuchar directa y personalmente al acusado según la exégesis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No es cierto como afirma el recurrente que lo decisivo es que se empeore la posición del recurrido absuelto siendo indiferente que la apelación derive en una sentencia de condena, o en otra anulando el veredicto de inculpabilidad. No es indiferente: ambos supuestos son esencialmente distintos.

**Tampoco este segundo motivo puede prosperar.**



**CUARTO.-** En el tercero de los motivos, también anclado en el art. 852 LECrim , con los referentes constitucionales de la tutela judicial efectiva (art. 24.1) y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2) se considera que la Sala de apelación se ha excedido de sus facultades al proceder a un nuevo proceso de valoración de la prueba al margen del principio de inmediación. Esa revisión probatoria en apelación de espaldas a la inmediación erosionaría el derecho a un proceso con todas las garantías. Se arguye que el Tribunal ha valorado la prueba pericial psiquiátrica y psicológica, la pericial forense y videográfica, la testifical y las declaraciones del propio acusado. Tampoco sería factible la valoración de la prueba documental en este caso concreto por su estrecha ligazón con el resto de pruebas personales.

**No puede alcanzar su objetivo este tercer motivo.**

a) En primer lugar, porque aunque se pudiesen compartir las apreciaciones del recurrente -lo que como se verá no sucede en términos globales-, no estaríamos ante la afectación de un derecho fundamental que permita el acceso a casación de esas divergencias con la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. El derecho a la tutela judicial efectiva tal y como viene siendo perfilado en la jurisprudencia constitucional permite anular aquellas decisiones judiciales basadas en criterios no racionales, o apartados de toda lógica o ajenas a cualquier parámetro de interpretación sostenible en derecho; pero no habilita para corregir toda supuesta deficiencia en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba. Otorgar al derecho a la tutela judicial efectiva mayores dimensiones significaría convertir el recurso de casación y, lo que todavía sería más perverso desde la perspectiva del reparto de funciones constitucionales, también el recurso de amparo en un medio ordinario de impugnación. El derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto en la decisión judicial, aunque sí repele aquellas respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de "razonabilidad". De esa manera el enunciado enfático y cuasi-sacramental de ese derecho no se queda en una mera proclamación retórica, sino que cobra perfiles concretos y adquiere un definible contenido esencial del que pueden extraerse consecuencias específicas en relación con asuntos singulares. Pero no se degenera en elefantiásicas dimensiones que transformen cualquier error o divergencia en la interpretación del ordenamiento en una lesión del derecho a la tutela judicial. Tal derecho queda satisfecho con la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho, aunque se desestime la pretensión que se reclamaba del Tribunal. No cualquier respuesta judicial colma las exigencias de ese derecho: sólo aquéllas motivadas que se muevan dentro de ciertos cánones elementales de razonabilidad y que se funden en una interpretación de la norma jurídica no extravagante, sino defendible, aunque se aparte de otras igualmente sostenibles. La desviación frente a otras eventuales interpretaciones incluso más correctas o defendibles es un tema de legalidad. Cuando tal apartamiento desborda lo "razonable" o lo "defendible" desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, el atentado a la legalidad adquiere una dimensión nueva, se transforma en algo más: la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Desde esa óptica el Tribunal Constitucional en su función no de intérprete de la legalidad, que no lo es, sino de máximo intérprete de la Constitución y valedor de la eficacia de los derechos fundamentales es desde la que puede corregir sin invadir la legalidad ordinaria esas desviadas aplicaciones del derecho por infringir el art. 24.1 de la Constitución .

Aunque este Tribunal de casación está situado dentro del panorama institucional deseado por la Constitución en la esfera de la jurisdicción ordinaria, lo que le confiere una mayor holgura y espacios más amplios, no mucho más allá puede llegar su perspectiva para el enjuiciamiento en casación de supuestos que acceden a ella de la mano del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración de un derecho fundamental. El derecho fundamental no puede ser amoldable o extensible según sea examinado por la jurisdicción ordinaria o por la constitucional. Sus exigencias son igual de fuertes, e igual de limitadas, en uno y otro ámbito. También este Tribunal Supremo, aunque ha de recalcarse que su ubicación en la pirámide de la jurisdicción ordinaria y por tanto defensor no solo de la legalidad constitucional sino también de la ordinaria, le confiere una mayor capacidad fiscalizadora, ha de respetar el ámbito funcional de los Tribunales inferiores sin invadir los territorios reservados a ellos por la legislación. Los contornos del derecho a la tutela judicial efectiva tal y como vienen siendo perfilados por este Tribunal y en último término por el Tribunal Constitucional ( art. 123 CE ) impiden convertir ese derecho fundamental en una especie de "comodín" cuya simple mención facultaría para revisar todas y cada unas de las cuestiones probatorias, jurídicas o procedimentales, o sustantivas implicadas en un asunto judicial.

Si no partiésemos de esa delimitación, la tutela judicial efectiva degeneraría en una ancha puerta por la que accederían a la casación (y por ende al recurso de amparo) todas aquellas cuestiones que no habrían podido ser introducidas por las más estrechas ventanas de los arts. 849 a 851 LECrim , demoliendo la tradicional arquitectura y fisonomía del recurso de casación.

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido proteico. De él emanan diferentes vertientes con secuelas diversas. Abarca el derecho a acceder a la jurisdicción y, en los términos establecidos en la ley, a los correspondientes recursos; el derecho a obtener una respuesta motivada fundada en derecho; el derecho a que



la misma no sea variada fuera de los cauces legales y a que se culmine su ejecución... Aquí interesa el derecho a obtener una respuesta judicial razonable, que no se aparte del sistema ordinario de fuentes. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha anulado la sentencia del Tribunal del Jurado por virtud de lo establecido en los arts. 9.3 , 24.1 , 117.1 , y 120.3 CE y 61.1 d) de la LOTJ . Ahora, en casación, desde la perspectiva del art. 24 CE no se trata de dilucidar si esa decisión fue la más correcta o no, desde el punto de vista de la total legalidad; ni si fue la más acertada de las posibles; sino exclusivamente si la misma puede considerarse **contraria a la Constitución** o, en concreto, **lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o, en su caso, a un proceso con todas las garantías**. Hipotéticamente -aunque en eso no se va entrar pues rebasaríamos el ámbito de lo controlable en casación- podría estimarse que la sentencia de apelación se excedió al requerir un nivel de motivación por encima de lo exigible, v.gr., y al mismo tiempo desestimar el recurso de casación por no ser tal cuestión controlable a través de ese recurso. No todo lo debatible en apelación lo es en casación. El espacio funcional de la casación es más reducido y algunos motivos -en especial todos los que versan sobre derechos fundamentales- no son "reversibles" por así decir. El Tribunal de apelación puede llegar a la conclusión de que un veredicto no está suficientemente motivado. El de casación ha de respetar tal estimación, ajena al ámbito más restringido de este recurso, salvo que lesione el derecho a la tutela judicial efectiva concebido en la forma que se ha expuesto. Lo que se ventila en casación desde el prisma de la tutela judicial efectiva no es el pleno acierto de la sentencia de apelación, sino si en la decisión interfieren factores irracionales, ajenos a la lógica o desviados de lo que es una interpretación razonable de las normas. Lo que se revisa ahora no es de nuevo la sentencia del jurado y su ajustamiento a las normas legales, sino la sentencia de apelación. No estamos ante una "segunda vuelta" de la apelación, sino ante un recurso de casación frente a la sentencia de apelación.

Tampoco el derecho a un proceso con todas las garantías ha supuesto según recalca insistentemente el Tribunal Constitucional la constitucionalización de todas las normas procesales. No puede decirse que el Tribunal de apelación haya vulnerado los principios de inmediación o contradicción por anular un veredicto dictado bajo esas premisas. Eso llevaría a la ilógica consecuencia de que siempre que se anula un veredicto por insuficiencia de la motivación o insuficiencia de la prueba se estarían violando esos principios. Sobre esto ya se razonó en el preámbulo volcado en el primero de los fundamentos de derecho.

La Sala de apelación ha estimado que el veredicto del jurado se apartaba de normas de lógica. Tras un razonamiento extenso, minucioso, detallado, y riguroso llega a esa conclusión. El recurrente no la comparte. Pero desde luego no puede ser tildada de irracional o extravagante. Eso excluye todo atisbo de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva o a un proceso con todas las garantías que es lo que habilitaría para anular en casación la sentencia atacada. Dice la sentencia en lo que es el núcleo de su argumentación: "*Como hemos adelantado, con fundamento en el apartado a) del art. 846 bis c) LECrim , el primer motivo del recurso de apelación interpuesto por la acusación particular -integrado con una "alegación previa" a la que se remite expresamente- denuncia la infracción de los arts. 9.3 , 24.1 , 117.1 y 120.3 CE y del art. 61.1.d) LOTJ por la manifiesta **arbitrariedad de la motivación del veredicto**, así como por su **insuficiencia**, para justificar la declaración como probados de los juicios de inferencia o elementos subjetivos en que se ha basado la apreciación de la eximente completa de miedo insuperable y, a la postre, la de la eximente igualmente completa de legítima defensa putativa.*

2. Partiendo del reflejo que tales juicios de inferencia declarados probados por el Jurado (hechos del veredicto 19° a 26°) han tenido en el relato de hechos contenido en la sentencia recurrida (hechos probados 17° a 22°), bajo el común denominador del miedo a sufrir algún mal sobre su persona, como factor determinante de la conducta del acusado, hasta el punto de hacerle creer -erróneamente- que era víctima de un ataque frente al cual no tenía otra posibilidad de defensa que la de disparar su arma, la acusación particular apelante considera que:

A) *La secuencia de elementos subjetivos entra en **contradicción lógica** con el conjunto de elementos objetivos que el propio Jurado estimó probados (hechos del veredicto 1o, 2o, 4o al 8o, 10°, 13°, 15°, 28° y 29°) y que la sentencia recurrida recoge también como tales (hechos probados 1o, 2o, 4o a 8o, 10°, 12°, 14° y 23°), que tienen que ver con la formación y la experiencia del acusado en materia de seguridad privada; con la posesión y el uso en el momento de los hechos de un arma de fuego cargada en parte con munición prohibida; con el oportuno aviso dado a la Policía por el vigilante que controlaba las cámaras de video de la presencia de intrusos en la propiedad de los suegros del acusado, en la que en esos momentos no había nadie que pudiera necesitar auxilio; con la decisión del acusado de dirigirse, sin esperar la llegada de la Policía, al encuentro del vehículo ocupado por la víctima y por otra persona, mientras estaba estacionado en la vía pública, cerca de aquella propiedad, conociendo que tenía relación con el asalto que se estaba produciendo en esos momentos; con la decisión de detener su propio vehículo a la altura del ocupado por la víctima y su compañero y de dispararles a través de la ventanilla, hasta en dos ocasiones consecutivas, en el mismo instante en que éstos pretendían emprender la marcha, alcanzado a uno de ellos en la cabeza y matándolo, para salir inmediatamente después del vehículo y*



encañonar y retener al acompañante hasta la llegada de la Policía, manteniendo la presencia de ánimo necesaria para requerir al propio tiempo la presencia de una ambulancia.

En este sentido, la recurrente llama la atención también sobre la decisión del Jurado de no dar por probado ni tan siquiera el dolo eventual de homicidio (hecho 11° del veredicto), hasta el punto de que la Magistrada-presidente hubo de corregir, por absurda, dicha inferencia en su sentencia (pág. 16).

B) Ninguno de los elementos probatorios a los que el Jurado se remite en su motivación del veredicto, y sobre los que hace gravitar su arbitraria valoración respecto a la concurrencia del miedo insuperable, la justifican en buena lógica y según las **reglas de la experiencia racional**, porque:

a) en cuanto a la declaración del acusado, el propio Jurado consideró probado (hecho del veredicto 29°) que incurrió en "varias contradicciones" entre la declaración prestada ante el juez instructor y la ofrecida en el plenario sobre cuestiones esenciales, lo que le convierte en una fuente probatoria no fiable según las reglas de la experiencia humana;

b) en cuanto a la testifical del vigilante auxiliar, al margen de lo que pudiera haber dicho en el juicio oral, no se puede obviar lo que resulta de la grabación de su conversación telefónica con el acusado el día de los hechos, de la que el Jurado solo tuvo en cuenta "un pequeño extracto descontextualizado, marginando por completo el resto de la declaración", que sugiere que el estado psicofísico del acusado era perfectamente normal, como se desprende del examen de la propia grabación -de imagen y sonido- de los hechos; y

c) en cuanto a la prueba pericial psiquiátrica y psicológica de los médicos-forenses, no es admisible fundar la concurrencia de la perturbación psicológica del acusado en una afirmación genérica y meramente teórica -que "en una situación de estrés o de miedo puede haber un estado de alerta, con una distorsión de la percepción sensorial o percepciones visuales o auditivas, aunque no existan o sean mal interpretadas" y que "el efecto túnel es ocasional normalmente por situaciones de estrés, perdiendo la percepción de lo que pasa alrededor de la situación"-, desconociendo que, respecto del caso en cuestión, los propios peritos afirmaron clara y contundentemente que un hombre temeroso no se hubiera dirigido voluntariamente al foco que le generara miedo ni le hubiera dado tiempo a planificar su conducta y a ejecutarla con la precisión, la "profesionalidad" y el dominio de la situación que demostró en todo momento el acusado, que era poseedor de una formación y de una experiencia en materia de seguridad privada y en el uso de armas de fuego que no está al alcance de un hombre medio, sino que hubiera huido y rehusado el contacto o, simplemente, hubiera quedado paralizado, entrando en un estado de shock cuya superación hubiera precisado de ayuda médica inmediata.

En última instancia, debe ponerse de manifiesto que tanto la acusación particular y el Ministerio Fiscal en sus respectivos recursos, como la Magistrada-presidente en su sentencia, han resaltado la indisoluble unidad que muestran las dos eximentes apreciadas, en la medida en que se dice que fue el miedo "insuperable" el que provocó en el acusado la creencia errónea e "invencible" de que los ocupantes del vehículo iban a dispararle, determinándole a él a disparar su arma para defenderse de la agresión de la que creía ser objeto, lo cual, por considerar el Jurado también que su reacción fue necesaria y proporcionada a esa agresión imaginaria y que no tenía otra alternativa de conducta, llevó a apreciarle una eximente de legítima defensa putativa, que, en la -fundada opinión de la Magistrada-presidente del Jurado, debía actuar como única causa eximente de responsabilidad criminal, al ser incompatible su apreciación conjunta con la del miedo insuperable por compartir ambas igual naturaleza como causas excluyentes de la culpabilidad (págs. 27-28 de la sentencia).

Por ello, la motivación del veredicto se considera insuficiente y/o arbitraria no solo por lo que atañe a la apreciación de la circunstancia de miedo insuperable, sino también en lo que respecta a la invencibilidad del error en la agresión imaginaria, como elemento necesario de la eximente completa de la legítima defensa putativa, de manera que, al dejar de estar amparado -al menos de forma plena- por ambas eximentes, el acusado debería verse enfrentado a la responsabilidad penal derivada del delito de homicidio cometido en el grado que correspondiera, de lo que resulta la trascendencia del defecto de motivación denunciado y se justifica adecuadamente la anulación del veredicto y de la sentencia, así como la celebración de un nuevo juicio oral ante un Tribunal del Jurado integrado por un Magistrado-presidente y unos miembros del Jurado distintos".

Atribuir a una decisión basada en esos razonamientos el carácter de ilógica carece de lógica. Nótese, además, que la absolución no venía fundada en ausencia de pruebas, sino en un hecho impeditivo o excluyente como es el error ( art. 14 CP ) que atrae una eximente putativa. Es un hecho que ha de tenerse por acreditado. Para una absolución por falta de pruebas el deber de motivación es menos intenso: basta con no tener motivos para suponer la comisión del hecho o la participación del acusado. Cuando se da por probado el hecho y la participación, pero se niega la responsabilidad por la presencia de hechos excluyentes, el deber de motivación aparece reforzado.



b) Además no es tan artificiosa como pretende el recurrente la diferenciación entre lo que es la valoración directa de la prueba y el análisis de la estructura y corrección formal del razonamiento por el que otro Tribunal ha valorado la prueba. En esta segunda vertiente el exámen se queda en lo externo. La Sala de apelación no declara probado que el recurrente actuase con dolo, ni que no existiese legítima defensa putativa o error. Se limita a decir que las bases sobre las que se han efectuado las deducciones por el jurado no son sólidas desde el punto de vista del análisis de la racionalidad del proceso discursivo. Por eso hay que repetir el enjuiciamiento que podría conducir a las mismas conclusiones que no son excluibles. Lo que será preciso es que esas conclusiones se asienten sobre un proceso racional de valoración de la prueba, y no puramente voluntarista y decisonal. El Tribunal de apelación no impone su criterio valorativo sobre el del Tribunal del Jurado. Se ciñe a constatar que el del jurado no se ajustaba a parámetros de racionalidad y lo anula reponiendo las actuaciones para celebración de un nuevo juicio en que todas las posibilidades valorativas de la prueba que se practique quedan abiertas, sin condicionante alguno. Ni el Tribunal de apelación puede suplantar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal del jurado imponiendo la propia y asumiendo las funciones de aquél; ni este Tribunal de casación puede arrebatarse al Tribunal de apelación sus competencias para valorar en un primer nivel la suficiencia y racionalidad de la motivación del jurado, imponiendo nuestro criterio salvo que la decisión de la Sala de apelación incurra en deficiencias atentatorias de la tutela judicial efectiva. Por eso no es dable en casación descender al minucioso recorrido que meritoriamente efectúa el recurrente sobre cada una de las pruebas practicadas tratando de demostrar que el Tribunal de apelación rebasó sus facultades o erró en determinados puntos. Es preciso reiterar que el escenario sería muy diferente si se estuviese analizando ahora una sentencia de fondo en que el Tribunal hubiese fijado hechos probados: el Tribunal de apelación no da nada por probado (pese a que en el recurso insistentemente se dice eso). Decide la repetición del juicio por entender irracionales algunos fundamentos esenciales del veredicto.

La sentencia del Tribunal de apelación atacada en casación es racional, atiende a parámetros de lógica. El esfuerzo argumental realizado por el recurrente tendría mayor espacio en otro marco procesal, pero en casación y sustentado por la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva está alentando a este Tribunal a hacer justamente lo que reprocha al Tribunal de apelación: adentrarse en la valoración de la prueba para llevarle a la convicción de que la decisión del Tribunal del Jurado tenía apoyo racional. Los límites de la casación no permiten echar abajo las bien fundadas argumentaciones de la sentencia de apelación: sobrepasan los contornos de lo argumentable de la mano de ese derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Si no se desciende al esmerado análisis de diversas pruebas al que invita el recurrente es por estimarse incompatible esa tarea con las limitaciones de un motivo basado en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Un pasaje de la ya citada STC 169/2004, de 6 de octubre puede servir de colofón a esta argumentación que conduce derechamente a la **desestimación de este motivo**. Se trataba también en ella de dilucidar si la anulación por insuficiencia de la motivación de un veredicto de inculpabilidad afectaba al derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. "... se debe destacar que el objeto inmediato de nuestro análisis desde el prisma constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que es desde el que el recurrente las impugna, lo han de ser la Sentencia del Tribunal Supremo desestimatoria del recurso de casación del demandante de amparo y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que anuló la del Tribunal del jurado; esto es, de lo que se trata, siguiendo estrictamente el planteamiento del demandante, es de examinar desde la clave conceptual del derecho de tutela judicial efectiva las razones referidas en dichas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Supremo para la anulación de la del Tribunal del Jurado; pero en el bien entendido de que no nos corresponde de modo directo decidir acerca de ésta, para afirmar o negar por nosotros mismos su corrección constitucional.

d) Habida cuenta de que la Sentencia anulada del Tribunal del Jurado fue absolutoria para el demandante de amparo, y aunque éste no lo plantee, debemos tener presente la singularidad especial que comportan las Sentencias penales absolutorias, cuestión que ya ha sido objeto de consideración por este Tribunal. Sin embargo de inmediato debe precisarse que, a diferencia de otros supuestos ( SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4 ; 116/1997, de 23 de junio, FJ 5 ; 138/1999, de 22 de junio, FJ 5 ; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1 ; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4 ; 115/2001, de 10 de mayo, FJ 11 ; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7 ; 178/2001, de 17 de septiembre , FJ 3), en este caso lo cuestionado ante este Tribunal no es una Sentencia penal absolutoria firme, o resolución de similar eficacia material, de la que se nos pida la anulación y la retroacción de actuaciones en tutela de algún determinado derecho fundamental. En este contexto no puede dejar de recordarse, como tiene declarado este Tribunal, que el haz de derechos y garantías cobijado en el art. 24 CE a la hora de configurar la efectividad de la tutela judicial efectiva no se agotan en el proceso penal con el mero respeto de las garantías allí establecidas a favor del imputado, procesado o acusado, según las distintas fases de aquél, pues dicho precepto constitucional incorpora también el interés público, cuya relevancia no es posible, y ni siquiera deseable, desconocer en un juicio justo donde queden intactas tales garantías para todos sus partícipes ( SSTC 168/2001, de 16 de julio, FJ 7 ; 178/2001, de 17 de septiembre , FJ 3, y doctrina citada). En este caso es necesario tener



en cuenta que el recurso de apelación que dio lugar a la Sentencia anulatoria del Tribunal Superior de Justicia, promovido, entre otras partes, por la acusación particular, se fundó en una infracción procesal y que se pedía en él la anulación de la Sentencia recurrida y la retroacción de actuaciones para la celebración de un nuevo juicio, siendo la ratio decidendi de la estimación del recurso la apreciación de un quebrantamiento de forma en la Sentencia del Tribunal del Jurado, de modo que la Sentencia anulada, ni había llegado a alcanzar firmeza cuando fue recurrida, ni la decisión anulatoria se debió a un enjuiciamiento de fondo, sino al control de la observación de los requisitos procesales del juicio.

e) Finalmente, dada la veda constitucional del bis in idem, ha de tenerse en cuenta que aun cuando la retroacción de actuaciones acordada en la vía judicial previa ha significado para el demandante de amparo la sumisión a un nuevo juicio, tal efecto no es cuestionable desde la perspectiva constitucional, pues aquella prohibición opera respecto de Sentencias firmes con efecto de cosa juzgada, y la recurrida en apelación en este caso carecía de ese carácter. Así pues no cabe hablar en rigor de doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado. El elemento de la firmeza de la Sentencia impeditiva de la celebración de un nuevo juicio se destaca en los textos internacionales que ex art. 10.2 CE deben operar como elemento interpretativo de los derechos fundamentales, como es el caso del art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966, y del art. 4.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, suscrito, aunque no ratificado por España. De modo que no existe impedimento constitucional de principio para que una Sentencia penal absolutoria, si la legalidad infraconstitucional lo permite, pueda ser objeto de recurso de apelación, para que por ello pueda ser anulada en la apelación y para que consecuentemente pueda celebrarse un segundo juicio penal respecto del acusado...

...En segundo lugar el demandante de amparo imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al entender que, tanto el Tribunal Superior de Justicia como el Tribunal Supremo, han aplicado indebidamente el art. 61.1 d) LOTJ, que dispone que el acta del veredicto contendrá, entre otros, un cuarto apartado "iniciado de la siguiente forma: 'Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes:...'. Este apartado contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados". En opinión del demandante de amparo, en este caso se extraía del acta, de una manera lógica y racional, una sucinta explicación de los motivos por los cuales el Jurado declaró o rechazó determinados hechos como probados y, en consecuencia, de por qué le habían absuelto del delito del que se le acusaba, por lo que no debía haberse anulado la Sentencia del Tribunal del Jurado.

El análisis de la queja del recurrente en amparo ha de partir de la previa consideración de que el art. 125 CE defiere al legislador la forma y la determinación de los procesos penales en que los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado. En virtud de la citada remisión se aprobó la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, cuyo art. 61.1 d), al regular el acta del veredicto, impone como contenido de la misma, en concreto en su apartado cuarto relativo a los elementos de convicción a los que han atendido los jurados, la exigencia de una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. Esta exigencia de sucinta explicación la ha referido el legislador, por tanto, según se desprende del propio tenor literal del precepto, no sólo a lo declarado probado, sino también al rechazo de declarar determinados hechos como probados.

La dificultad de que un órgano integrado por personas no técnicas motive sus decisiones, aun mediante la exigencia de una sucinta explicación, no ha pasado desapercibida al legislador, como lo revela la propia exposición de motivos de la Ley del Tribunal del Jurado. En ella se deja expresa constancia de la opción por un sistema en el que "el Jurado debe someterse inexorablemente al mandato del legislador. Y tal adecuación sólo es susceptible de control -se añade- en la medida en que el veredicto exterioriza el curso argumental que lo motivó". A la exteriorización del curso argumental que motiva el veredicto atiende la Ley -según se indica en la exposición de motivos-, al exigir del Jurado, entre otros extremos, "que su demostrada capacidad para decidirse por una u otra versión alcance el grado necesario para la exposición de sus motivos. Bien es cierto -se precisa al respecto- que la exposición de lo tenido por probado explicita la argumentación de la conclusión de culpabilidad o inculpabilidad. Pero hoy, la exigencia constitucional de motivación no se satisface con ello. También la motivación de estos argumentos es necesaria y -concluye en este aspecto la exposición de motivos- desde luego posible si se considera que en modo alguno requiere especial artificio y cuenta en todo caso el Jurado con la posibilidad de instar el asesoramiento necesario" [apartado V, el veredicto, núm. 1, del objeto].

De modo que, pese a la apuntada dificultad que puede suponer para un órgano integrado por personas no técnicas la motivación de sus decisiones, el legislador ha optado en nuestro sistema por imponer al Jurado, en lo que a los efectos de la resolución del presente recurso de amparo interesa, la exigencia de explicar sucintamente en el acta del veredicto "las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como





probados". Exigencia que, como es obvio, se conecta, como se pone de manifiesto en la exposición de motivos LOTJ, con la previsión constitucional de que "las sentencias serán siempre motivadas" ( art. 120.3 CE ), requisitos que mediante la exigencia de aquella "sucinta explicación" se proyecta a las decisiones del Jurado.

Ciertamente la motivación de las Sentencias es exigible ex art. 120.3 CE "siempre", esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante ha de señalarse que en las Sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales -y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal- la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello hemos reforzado el canon exigible ( SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2 ; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2 ; 157/1997, de 13 de julio, FJ 4 ; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4 ; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4 ; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2 ; 147/1997, de 4 de agosto, FJ 3 ; 109/2000, de 5 de mayo , FJ 2). Por el contrario las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el art. 120.3 CE , es requerida "siempre". No cabe por ello entender que una Sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del por qué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad.

En lo que aquí y ahora interesa hemos de concluir, pues, que la falta de la sucinta explicación a la que se refiere el art. 61.1 d) LOTJ constituye una falta de la exigencia de motivación, proyectada al Jurado, que impone el art. 120.3 CE y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, se integran en el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), en su vertiente de derecho a obtener una resolución razonablemente razonada y fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho ( art. 1 CE ) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante de la Ley, cuya finalidad última es la interdicción de la arbitrariedad, mediante la introducción de un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los Tribunales superiores mediante los recursos que legalmente procedan (por todas, STC 221/2001, de 31 de octubre , FJ 6).

7. Tras las precedentes consideraciones, la cuestión que hemos de afrontar es si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo al haber anulado el veredicto del Jurado, por no recogerse en el acta "una sucinta explicación de las razones por las que [los jurados] han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados" [ art. 61.1 d) LOTJ ].

Situada, pues, la queja del demandante de amparo en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, ha de traerse a colación la reiterada doctrina constitucional, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE integra, entre sus diversos contenidos, el derecho de acceso a la jurisdicción o, en su caso, a los recursos legalmente establecidos, para obtener una resolución sobre el fondo de la pretensión planteada congruente, motivada y fundada en Derecho. En este sentido, hemos declarado que el derecho a recibir una resolución fundada en Derecho respecto de la pretensión ejercitada es una garantía frente a la arbitrariedad y a la irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos ( SSTC 131/1990, de 16 de julio, FJ 1 ; 112/1996, de 24 de junio , FJ 2), por lo que esta exigencia constitucional no puede entenderse cumplida con cualquier fundamentación. Es preciso que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran aplicables al caso ( SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3 ; 154/1997, de 13 de julio, FJ 4 ; 147/1999, de 4 de agosto , FJ 3). No obstante la posibilidad de control de las resoluciones judiciales desde la perspectiva constitucional ha de limitarse a la comprobación de la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución exteriorizado en su argumentación jurídica ( SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2 ; 109/2000, de 5 de mayo , FJ 2). **Dicho de otra forma, el art. 24.1 CE no ampara el acierto de las resoluciones judiciales; la selección e interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales y el control del Tribunal Constitucional ha de limitarse a aquellos supuestos en los que la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, irrazonada o irrazonable o fruto de un error patente, supuestos éstos que hemos llegado a denominar de simple apariencia del ejercicio de la Justicia ( SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 2 ; 2/1997, de 22 de abril, FJ 2 ; 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3 ; 109/2000, de 5 de mayo , FJ 2).**

8. Pues bien, desde la perspectiva de control que a este Tribunal corresponde y, en concreto, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el demandante de amparo, la lectura de las Sentencias recurridas permite apreciar con absoluta nitidez, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, que en modo alguno cabe tildar de manifiestamente errónea, irrazonable, irrazonada o incurso en error patente la



**fundamentación e interpretación del art. 61.1 d) LOTJ en las que se basa la decisión de declarar la nulidad del juicio, del veredicto y de la Sentencia del Tribunal del Jurado, ordenado la celebración de un nuevo juicio ante un nuevo Jurado, por lo que ha de desestimarse la denunciada vulneración de aquel derecho fundamental...**

...La aplicación de la doctrina expuesta con carácter general lleva a la Sala a concluir que en el caso considerado "no existió siquiera una referencia a los hechos que estimaron probados los jurados, sino a parte de ellos", pues de los cuarenta y nueve hechos propuestos como objeto de veredicto sólo se explicitó la convicción alcanzada sobre siete cuestiones. Y si bien reconoce que éstas son básicas para determinar la autoría de los delitos por los que fueron condenados dos de los imputados, entiende que quedaron sin motivar decisiones de los Jurados acerca de hechos trascendentales, que se relatan y desmenuzan en la propia Sentencia, y que estima esenciales para la calificación jurídica de los hechos, la determinación y grado de intervención de los partícipes y la exclusión o concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las cuales debían de haber sido objeto de motivación. A ello añade, además, el hecho extraordinariamente significativo de que el contenido de las declaraciones prestadas por los dos condenados, a las que se alude en el veredicto del Jurado, no coinciden en su literalidad ni en su sentido con lo declarado probado por el Jurado, así como que la declaración de uno de ellos tampoco coincide con la que prestó en el acto del juicio, por lo que resultaba aun mucho más necesaria la motivación del veredicto. El defecto tan relevante de falta de motivación, concluye la Sala, ha impedido a las partes conocer cuáles han sido las razones que han llevado al Jurado a decidir como lo ha hecho, lo que ha de determinar la declaración de nulidad del veredicto, de la Sentencia y del juicio (fundamentos de Derecho segundo y tercero).

Por su parte el Tribunal Supremo, tras señalar que la necesidad de motivación de las decisiones del Jurado se hizo normativamente realidad en el art. 61.1 d) LOTJ, como se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la Ley, precisa que esta necesidad de motivación, aunque sea breve y sin expresar conceptos jurídicos que a personas legas no les deben ser exigibles, "no es más que la obligación, aunque más atenuada, que a toda Sentencia exige el artículo 120.3 de la Constitución, por muchas diferencias que puedan hallarse entre las judiciales-técnicas y populares". En relación con el caso concreto enjuiciado llega a la conclusión de que esa falta de motivación exigible "se hace evidente en cuanto los problemas planteados carecen de la sencillez necesaria y son complejos en su origen y en su ejecución como para entender fundamentada la sentencia haciendo una referencia global a las pruebas practicadas sin concreción alguna", habiendo debido de explicarse, siquiera de manera elemental, por qué se aceptan unas declaraciones y se rechazan otras, por qué se atribuye mayor credibilidad a unos que a otros, por qué se prefieren unas declaraciones prestadas ante la policía a otra prestadas ante el Juez de instrucción y en el juicio oral, etc. En este sentido, concluye afirmando que "el veredicto adolece, no ya sólo de auténtica concreción, sino de una mínima motivación, tratándose sobre todo de un supuesto complejo cuando en su comisión han podido participar una pluralidad de personas con un posible reparto de papeles, cuando las declaraciones de las mismas no son coincidentes entre sí ni tampoco las de cada persona a lo largo del proceso, e incluso habida cuenta que las pruebas de cargo no son directas, sino circunstanciales" (fundamento de Derecho tercero).

Las Sentencias impugnadas, como permite constatar su argumentación, interpretan el alcance de la exigencia de la sucinta explicación que al acta del veredicto del Jurado impone el art. 61.1 d) LOTJ, y una vez determinado el mismo analizan pormenorizadamente las escasas seis líneas en las que se contiene la explicación proporcionada por el Jurado a su veredicto, relacionándolas con los extremos que eran objeto del mismo y con la complejidad del asunto, llegando en este caso a la conclusión de la notoria insuficiencia de la explicación contenida en el acta del veredicto. **La interpretación que las Sentencias impugnadas han efectuado de la exigencia de la sucinta explicación que impone aquel precepto, atendiendo al propio contenido de la previsión legislativa, a la voluntad del legislador expresada en la exposición de motivos de la Ley y, en fin, al requisito de motivación del art. 120.3 CE, se encuentra evidentemente razonada y fundada en Derecho, no pudiendo afirmarse en modo alguno que incurra en arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o en error patente. Tachas que tampoco cabe imputar a la conclusión alcanzada en este supuesto en atención a las circunstancias concurrentes en el mismo que detalladamente se explicitan en ambas Sentencias, aunque más detenidamente, como es lógico, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Ello así, desde la perspectiva de control que a este Tribunal Constitucional corresponde, no cabe considerar aquellas resoluciones judiciales contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva...".**

**QUINTO.-** El cuarto motivo del recurso, aunque en parte se solapa con los anteriores, busca abrigo también en el art. 852 LECrim detectando vulneraciones de los arts. 9.3 (prohibición de la arbitrariedad), 24.1 (tutela judicial efectiva) y 24.2 (presunción de inocencia) de la Constitución. En gran medida esos alegatos están contestados:

**a)** La valoración de la Sala de apelación sobre el estándar de racionalidad y suficiencia exigible a la motivación es razonable. No es arbitrario. No puede decirse que lesione el art. 9.3 de la Constitución, ni el derecho a la



tutela judicial efectiva. No se trata, además, de una sentencia absolutoria, sino de un veredicto de inculpabilidad basado en hechos impeditivos, es decir elementos fácticos que se erigen en obstáculo para que nazca responsabilidad penal. No es este momento adecuado para elucubrar sobre las relaciones entre presunción de inocencia y eximentes o causas de inculpabilidad. Es suficiente con resaltar que el nivel de exigencias de motivación será superior. No basta con señalar que no se ha acreditado un hecho, sino que es necesario explicar por qué se tiene por acreditado el hecho impeditivo o excluyente. El principio *in dubio* no opera, u opera de una forma diferente, en relación a esos hechos impeditivos.

**b)** El recurrente insiste en que la decisión del jurado ha de respetarse salvo que se presente como absurda, sorprendente y en definitiva arbitraria. Pero esos son justamente los cánones que han de guiar nuestra tarea en casación: respetar la decisión del Tribunal Superior de Justicia salvo que resulte absurda, sorprendente, o arbitraria. Esa consideración disculpa de adentrarse en temas propuestos por el recurrente como el de la valoración como alternativa al dolo eventual de una no identificada posible imprudencia que sería sugerida por el veredicto del Jurado, o las características del miedo insuperable o de la legítima defensa putativa. El recurrente se esfuerza por explorar y demostrar una interpretación razonable del veredicto del jurado. Pero lo que enjuicamos en casación es la aplicación del derecho realizada por el Tribunal de apelación: ahí sí que es fácil considerar razonable su decisión, aunque se pueda legítimamente discrepar de ella con argumentos jurídicos como hace el recurrente con solidez pero sin lograr demostrar, pese a lo extenso del recurso, que la decisión del Tribunal es errónea, irracional o arbitraria.

**c)** La presunción de inocencia no puede padecer de ninguna forma pues no se ha sustituido el veredicto de inculpabilidad por un pronunciamiento de condena. La presunción de inocencia sigue amparando al acusado. Solo desde posturas no acogidas por la jurisprudencia mayoritaria (vd. voto particular de la STC 169/2004) se puede sostener esa tesis.

**d)** Estamos analizando una sentencia anulatoria, y no una sentencia de fondo. El recurrente continuamente reprocha a la sentencia haber dado por probados o por no probados determinados puntos... y no es así. La sentencia de apelación anula la del jurado, pero ni declara probados o no probados hechos, ni de hacerlo esas declaraciones tendrían el más mínimo grado de vinculación para el Tribunal que deberá enjuiciar nuevamente los hechos.

#### **El motivo no es prosperable.**

**SEXTO.-** El último de los motivos rescata el primero de la previa apelación planteada por este recurrente. Está condicionado a la estimación de alguno de los motivos anteriores. En él se suscita la errónea aplicación del art. 138 del Código Penal. Aunque el recurrente fue absuelto en virtud de una exención canalizada por el art. 14 del Código Penal (error), se le condenaba al pago de una indemnización por virtud del art. 118.2 del mismo Cuerpo Legal. Es correcta la fórmula usada por el recurrente. Precisamente la peculiaridad del procedimiento del jurado en el que existe doble y sucesiva vía impugnativa, obliga en casos como éste a reproducir en casación los motivos que resultaron imprejuizados -al menos formalmente: el recurrente sostiene que en este supuesto materialmente sí se le otorgó la razón en la apelación-. Pero es obvio que el análisis del motivo solo procedería si se hubiese estimado uno de los motivos anteriores. No concurriendo ese presupuesto no puede abordarse este último motivo que estaba supeditado a la estimación de los previos. La sentencia de apelación no aplica el art. 138 del Código Penal por lo que mal puede incurrir en una aplicación indebida de tal norma sustantiva. Y la sentencia del Tribunal del Jurado que sí lo aplicaba ha sido dejada sin efecto.

#### **El motivo no ha llegado a adquirir contenido y por tanto ha de desestimarse.**

**SÉPTIMO.-** Desestimándose el recurso interpuesto procede condenar al recurrente al pago de las costas ( art. 901 LECrim ).

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Eulogio** contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y a la Oficina del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **Carlos Granados Perez Joaquin Gimenez Garcia Miguel Colmenero Menendez de Luarca** Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ