

Roj: **STS 9831/2001 - ECLI:ES:TS:2001:9831**Id Cendoj: **28079120012001104919**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/12/2001**Nº de Recurso: **736/2000**Nº de Resolución: **2389/2001**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JOSE APARICIO CALVO-RUBIO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Diciembre de dos mil uno.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del procesado Sebastián, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León.- Burgos en el recurso de apelación de la Ley del Jurado 8/2000, dimanante del procedimiento del tribunal del Jurado de Burgos nº 1/97 del Juzgado de Instrucción de Briviesca, rollo de la Audiencia Provincial 2/99, seguido contra el procesado por delito de asesinato, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando representado el recurrente por la Procuradora Sr. D^a Concepción del Rey Estévez.

I. ANTECEDENTES

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León.- Burgos, en el recurso de apelación de la Ley del Jurado 8/2000, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos en el procedimiento de la Ley del Jurado 1/1997 del Juzgado de Instrucción de Briviesca, dictó sentencia con fecha cuatro de julio de dos mil que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<Se declara probado: Se declaran expresamente probados los que como tales se han tenido en el Veredicto emitido por el Jurado.

El día 25 de agosto de 1997 sobre las 21,30 horas, Sebastián, de 23 años de edad, Cabo Primero profesional del Ejército de Tierra, se desplazó a bordo del vehículo su propiedad Ford-Fiesta, matrícula GE-....-G, a la localidad de Valgañón en Burgos, que en ese día se encontraba en fiestas, próxima al lugar de su residencia, Fresneda de la Sierra, llevando como acompañantes en el turismo a Jaime y Jose Pedro. En dicha localidad los tres indicados realizaron diversas consumiciones de bebidas alcohólicas.

Los tres quedaron, antes de desplazarse a la localidad de Valgañón, en un bar de Fresneda de la Sierra, realizando en él Sebastián una consumición consistente en una combinación de alcohol, ingiriendo durante su estancia en Valgañón tres copas de pacharán y una cantidad no determinada de zurracapote y participando con Jaime y Jose Pedro en la consumición de cuatro botellas de vino, sin precisar la cantidad que de las mismas Sebastián bebió. Así mismo éste fumó hachís.

La fiesta que se celebraba en Valgañón es conocida con el nombre de "La Patatada" y en ella el pueblo invita a cenar patatas y vino, pero en esa fecha dicha cena se suspendió por culpa de la lluvia, no cenando ninguno de los tres jóvenes indicados.

Sobre las 215, alguien avisó a Jose Pedro y a Sebastián que Jaime, quien se había separado de ellos, se encontraba en la acera y que estaba vomitando, yendo ambos en busca de aquel.



En un momento determinado, Jaime y Jose Pedro volvieron al lugar de su residencia, haciéndolo a bordo del vehículo de Sebastián, siendo conducido por éste y ocupando la posición de copiloto Jose Pedro, mientras Jaime se situaba en el asiento trasero, ello a pesar de que una señora de Valgañón, llamada María Rosa, le pidiese a que se quedara en la localidad porque no estaba en condiciones de conducir.

Durante el trayecto de vuelta no se cruzaron con ningún vehículo, parando Sebastián en dos ocasiones el turismo, una porque Jaime tenía ganas de vomitar, cosa que no hizo, y otra en la que se bajó Sebastián para bailar.

Los tres jóvenes llegaron a Fresneda de la Sierra sobre las 245 horas del día 26 de agosto de 1997. Al llegar al lugar de destino, el turismo fue aparcado por Sebastián en la calle Mayor, en el carril izquierdo, contrario a su sentido de marcha, y en las proximidades de la fuente pública allí existente. La fuente mencionada se encuentra en la misma acera en la que sitúa la vivienda de Encarna, núm. NUM000 de la calle DIRECCION000, y en la acera contraria a la de los domicilios de Sebastián, en el núm. NUM001, y de Jaime, en el núm. NUM002, propiedad de sus respectivos padres y que eran utilizados en periodos vacacionales y fines de semana.

Una vez detenido el vehículo, descendieron del mismo sus tres ocupantes, abandonando el lugar Jose Pedro para dirigirse a su vivienda y quedando juntos Sebastián y Jaime junto al Teleclub que allí existe y desde donde se observa la puerta del domicilio de Encarna. Poco después Jaime abandonó a Sebastián, dirigiéndose a su domicilio, penetrando en él, acostándose y durmiendo hasta el día siguiente.

Sebastián, una vez se quedó solo, se dirigió al domicilio de Encarna e irrumpió en el mismo a través de su puerta principal, subiendo por la escalera hasta su planta superior en donde se encontraba la habitación en la que pernoctaba la mujer. Para penetrar en la vivienda Sebastián forzó la puerta principal que en ese momento se encontraba cerrada. Encarna era una persona de costumbre arraigadas que se retiraba a su morada entre las 20 y 21 horas, cerrando la puerta de la misma con llave y corriendo el cerrojo correspondiente, dejando abierta la puerta interior que da acceso a las escaleras y al distribuidor de las habitaciones.

Ya en dicha planta de la vivienda, Sebastián fue agarrado por la mano de Encarna que en ese momento se encontraba en la puerta de su habitación, momento en el que Sebastián inició un acometimiento en el que golpeó reiteradamente a Encarna con puñetazos y patadas que impactaron en su cabeza, tórax y extremidades superiores e inferiores, causándose las lesiones recogidas en el informe de autopsia por los médicos forenses que la practicaron, siendo éstas:

"EXAMEN EXTERNO:

A.-CABEZA:

- 1.- hematoma de coloración morada en el ojo derecho con afectación de ambos párpados.
- 2.- fractura de los huesos propios nasales.
- 3.- En los labios superior e inferior laceraciones y equimosis de la mucosa oral.
- 4.- Herida contusa, en sentido vertical, situada en la mitad derecha del labio superior, de uno con cuatro centímetros de longitud, que penetra en profundidad y correspondiente a la zona del centro canino superior derecho; y otra herida confusa de las mismas características en la mitad izquierda del labio superior.
- 5.- Herida contusa en la mitad izquierda del mentón, de forma irregular, estrellada y de uno por tres milímetros de longitud.
- 6.- Herida contusa en el ángulo nasogeniano derecho, de dos con cinco centímetros de longitud que penetra en profundidad llegando hasta la mucosa oral donde se aprecia una pequeña equimosis.
- 7.- herida contusa, lineal, que penetra en profundidad, de bordes irregulares, de sentido horizontal y de un centímetro de longitud situada en el mentón y coincidente con el reborde óseo.
- 8.- Herida contusa en scalp, de bordes dentados e irregulares, en forma de Y (cuyo centro se encuentra en el reborde orbitario inferior izquierdo), desde el nivel frontal izquierdo, cerca de la sienta, y dirigiéndose hacia la mejilla tiene una longitud de doce centímetros; desde este punto superior el borde la herida se dirige hacia el párpado superior izquierdo, atravesando la mitad izquierda de la ceja, dejando un colgajo palpebral triangular; desde el arco orbitario inferior izquierdo el otro borde de la herida se dirige hacia el párpado inferior izquierdo, llegando hasta el ángulo interior del ojo y dejando igualmente un colgajo palpebral triangular, esta herida se caracteriza por presentar un despegamiento cutáneo y subcutáneo de toda la mejilla izquierda y sin afectación del globo ocular.

Todas las heridas anteriormente descritas presentan infiltrado hemorrágico perilesional.



9.- Herida contusa en scalp, en la cara posterior del pabellón auricular izquierdo, en forma de V invertida, cuyo vértice se encuentra en la parte superior y de unos tres centímetros de longitud aproximadamente, su sentido es oblicuo de arriba a abajo y de izquierda a derecha.

B.- TORAXANTERIOR:

1.- Desde la región supramamaria izquierda y dirigidas hacia el hombro y región del tórax se aprecian varias equimosis confluentes e irregulares.

2.- En el hemitorax izquierdo a la altura de la décima costilla, línea axilar, otra equimosis de dos por dos centímetros.

C.- TORAX POSTERIOR:

1.- En la espalda se observan manchas petequiales en la región medio dorsal correspondiente a la segunda a cuarta vértebras dorsales, confluentes entre sí, y otras en región del borde interno superior escapular derecho.

D.- EXTREMIDADES SUPERIORES

1.- En la extremidad superior derecha se aprecian cuatro equimosis una situada en el dorso de la mano y de dos por dos centímetros, otras de seis por dos centímetros en la cara dorsal del antebrazo y dos en la cara lateral externa del brazo de dos y un centímetro aproximadamente.

2.- En la extremidad superior izquierda se observan dos equimosis redondeadas de medio centímetro de diámetro situadas en la cara dorsal de la muñeca izquierda, ambas se corresponden con la situación del reloj. En la cara lateral de brazo se observan equimosis de forma irregular de aproximadamente nueve por seis centímetros.

E.- EXTREMIDADES INFERIORES:

1.- Equimosis de coloración morada y de aspecto vital, situada en la cara interna del tercio medio-superior del muslo izquierdo y de aproximadamente dos por cinco centímetros de longitud, teniendo un sentido vertical.

EXAMEN INTERNO:

CABEZA.

1.- Hemorragia subaracnoide de escasa cuantía en el lóbulo temporal izquierdo y en los lóbulos frontales, siendo más acusada en el izquierdo. Mínima contusión (piqueteado hemorrágico diseminado por la sustancia gris) en el lado lateral EXTERNO inferior del lóbulo frontal izquierdo.

TORAX:

1.- Fisura de la tercera costilla a dos centímetros de cartílago, con filtración hemática de los tejidos blandos circundantes.

2.- Fisura de la séptima costilla izquierda, en la línea medio clavicular.

3.- Fractura de las costillas octava, novena, décima y undécima izquierda, en línea axilar anterior".

Los hechos se produjeron ya en el interior de la habitación y estando su puerta cerrada, lo que provocó el salpicado de sangre en la parte interior de la misma y en la pared a ella adyacente, los golpes y patadas propinados hicieron que Encarna perdiera el sentido antes de ser penetrada vaginalmente con un objeto no determinado. Ninguno de los vecinos, y en especial Guadalupe, escuchó grito alguno de la fallecida.

A continuación, ya la mujer en el suelo y aún viva, Sebastián procedió a introducir un objeto no determinado, pero en todo caso romo y con rebordes o salientes en su parte superior, en la vagina de Encarna, en una profundidad de, al menos, veinticinco centímetros, que provocó el desgarro de la parte posterior de ésta, con rotura del saco vaginal posterior, con penetración en la actividad abdominal y desgarro del mesenterio en tres de sus repliegues al tirar con fuerza hacia el exterior sobre las asas intestinales. Ello ocasionó un shock hipovolémico que le causó la muerte a Encarna.

Tras ello Sebastián procedió a colocar a Encarna semidesnuda bajo la cama, en posición de cúbito prono, arrastrándola en el suelo de la habitación y dejando semicultos los miembros inferiores de la mujer.

En la habitación de Encarna quedaron abundantes manchas de sangre en techo paredes, enseres y parte exterior de las contraventanas, así como un gran charco de sangre en el lugar en que fue encontrado su cadáver. En la pared adyacente a la puerta y que se encuentra enfrente de la cama quedó impresa una huella de calzado empapada en sangre, incompleta por lo que no pudo ser identificada. Así mismo quedaron manchas de sangre de Encarna sobre la almohada y sábanas que llegaron a calar el colchón de la cama.



En la colcha de la cama de Encarna se dejaron impresas dos huellas palmares correspondientes a la mano izquierda de Sebastián, una de ellas con sangre de la mujer y la otra conteniendo material orgánico de la misma, sin poder precisarse si correspondían a heces de la fallecida.

En el pasillo descansillo y escaleras de la vivienda de Encarna se encontraron huellas de pisada perteneciente aun solo calzado que por sus señales primarias y secundarias coinciden con las botas "Charles Boots" que vestía Sebastián en el momento de los hechos, no presentando dichas huellas empastamientos, ni resbalamientos que indicasen que su usuario llevase un exceso de peso.

Ya en la calle, Sebastián volvió a la fuente pública en cuyas proximidades había dejado aparcado su vehículo y se lavó las manos en la misma, eliminando así la sangre que en ellas se encontraba, desplazándose a continuación a su domicilio que enfrente de la fuente citada se encontraba. Allí procedió a lavarse el rostro, que todavía presentaba gotas de sangre, y a poner la lavadora introduciendo en ella la ropa que vestía y posteriormente tendió. La utilización de la lavadora fue sobre las 3`15 horas, siendo oída por Guadalupe cuyo domicilio colinda con el de Sebastián y la pared de su dormitorio con la cocina de éste. Guadalupe había sido despertada sobre las 3 horas por un ruido seco y fuerte.

La ropa que el día de los hechos vestía Sebastián era un pantalón vaquero claro Lewis, una camiseta gris con la inscripción Nike y unas botas marrones "Charles Boots", modelo Rock, núm 40-41. Dichas botas fueron ocultadas por Sebastián tras lavarlas, en el armario existente en el dormitorio de sus padres, Luis Alberto y Paula, y encontradas por ésta última posteriormente, lavadas nuevamente y depositadas en una leñera ubicada como alacena en el interior de la cocina.

Los hechos indicados y el cadáver de Encarna fueron descubiertos el día 27 de agosto de 1997, cuando las amigas de la fallecida, Patricia, Frida y Antonieta, extrañadas de no haberla visto, como era habitual y de que la puerta de su vivienda se encontrase abierta, temerosas de que le hubiese pasado algo, despertaron al vecino Gaspar, padre de Jaime, subiendo éste a la vivienda de Encarna.

Iniciadas las correspondientes diligencias policiales por los gentes de la Guardia Civil y existiendo sospechas de autoría sobre Sebastián, se solicitó del Juzgado de Instrucción de Briviesca mandamiento de entrada y registro del domicilio de éste, lo que se practicó con asistencia de dicho Juzgado en fecha 30 de agosto de 1997, levantándose la correspondiente acta. En dicho registro se encontró y requisó el pantalón, la camiseta y las botas que vestía Sebastián en la madrugada del día 26 de agosto anterior. También en dicho registro fueron localizados en el garage de la vivienda los guantes amarillos con el nombre de Sebastián y con manchas que, inicialmente, parecían sangre, y se observó una mancha que aparentemente era de sangre en el cemento de la pila para lavar allí existente, extrayendo parte del mismo.

Analizados los guantes y el cemento por el Instituto Nacional de Toxicología dio reactivo negativo a sangre humana. Analizadas, igualmente, las botas, camiseta y pantalón vaquero se determinó que en las botas había manchas de sangre y en el perfil superior de la suela restos orgánicos todo perteneciente a Encarna.

SEGUNDO.- Encarna era una mujer de setenta y seis años de edad y de una altura de 1`40 metros, que vivía habitualmente sola en su domicilio y en concreto en el día de los hechos. El día 25 de agosto de 1997, su nieto de Encarna, Íñigo que estaba viviendo con su abuela ese verano, fue llevado por sus padres de Fresneda a su domicilio familiar, quedando sola Encarna.

Encarna tenía dos hijas María Cristina que residía en la localidad de Belorado y Antonio que lo hacía en la localidad de Miranda de Ebro.

TERCERO.- la vivienda de Encarna tiene acceso cerrado por puerta de dos hojas, permaneciendo siempre cerrada una de las mismas y siendo la de apertura la otra. Una vez traspasada dicha puerta existe un portal de planta rectangular y en él, en el ángulo formado por los tabiques derecho y frontal, hay una puerta de madera situada sobre un escalón de piedra que da acceso a una escalera de nueve peldaños y que conduce a un descansillo en el que se ubica una ventana que da a la DIRECCION000. A continuación girando a la izquierda hay otros dos peldaños que terminan en un pasillo distribuidor de habitaciones.

Todas las habitaciones tienen ventanas al exterior que permiten la entrada de luz natural o artificial a la vivienda. Así las habitaciones que dan a la DIRECCION000 reciben la luz natural o artificial allí existente, mientras que la cocina y baño que sobre la puerta principal de la casa se encuentran y las otras que dan a un callejón o plaza reciben la luz natural y la artificial de una farola ubicada a la mitad de la vivienda que frente a la puerta principal existe.

La noche aunque ocurrieron los hechos, las contraventanas de la habitación en la que dormía Encarna se encontraban abiertas, como abierta se encontraba la puerta de acceso a la escalera que lleva al distribuidor de habitaciones, permitiendo la entrada de luz artificial de la vía pública, tanto por la ventana de la habitación



indicada, como por la ventana del descansillo de la escalera, del cuarto de baño y de la cocina, habitáculo cerrado con puerta que en su mitad inferior es de madera y en su mitad superior de cristal.>>

2.- La citada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León.- Burgos, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado Sebastián , contra la sentencia dictada el día 27 de marzo de 2000, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el procedimiento a que este rollo se refiere. Y en consecuencia, se confirma íntegramente la expresada resolución, con imposición de costas al recurrente.

Así, por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, que podrá prepararse en esta misma sala, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, para su interposición ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo con arreglo a la Ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se unirá certificación al rollo de Sala, así como testimonio literal a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . >>

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparo recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación del procesado Sebastián , 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.

4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del procesado Sebastián , formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el derecho a un proceso con todas las garantías (arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.2 de la Constitución Española).

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.1 y 2 de la Constitución Española) por defectos en la elaboración del objeto del veredicto.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías en relación con el art. 846 bis c), apartado a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por defectos en la proposición del veredicto (arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.1 de la Constitución Española).

MOTIVO CUARTO.- Por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías en relación con el art. 846 bis c apartado a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quebrantamiento de normas y garantías procesales que han causado indefensión por parcialidad del Magistrado- Presidente en las instrucciones dadas al jurado arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.1 de la Constitución Española).

MOTIVO QUINTO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del art. 138 del Código Penal.

MOTIVO SEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del art. 139.1 del Código Penal.

MOTIVO SEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del art. 139.3 en relación con el art. 140 ambos del Código Penal.

MOTIVO OCTAVO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida de art. 21.1 en relación con el 20.2 del Código Penal.

5.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso, solicitando la desestimación de los motivos sexto y octavo del recurso y la inadmisión del resto de los motivos.

6.- Realizado el señalamiento para la Vista, se celebró la misma el día 4 de diciembre de 2001. Con la asistencia del Letrado recurrente D. D. Fernando Olano Moliner por Sebastián , que mantuvo su recurso. El Ministerio Fiscal, impugnó el recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por el cauce del art. 5.4 de la LOPJ se denuncia la infracción del art. 24.2 de la Constitución en relación con el art. 846 bis c) apartado a) de la LECr.



Se aduce que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías por no haberse admitido la prueba de reconstrucción de hechos solicitada al amparo del art. 729.2º de la LECr, dado el reenvío que el art. 42.1 de la LOTJ (Ley Orgánica del Tribunal del Jurado) hace a los arts 688 y siguientes de la LECr.

2.- La pretensión no puede prosperar porque la prueba no se propuso en tiempo y forma. El recurrente no utilizó ninguna de las oportunidades que la LOTJ le ofrecía para proponer pruebas en los arts. 29.1. y 4, 36.1 e) y 45, esto es, al calificar, al plantearse cuestiones previas y al comienzo de las sesiones del juicio oral. La interpretación del art. 729.2 es inaceptable entendida como obligación del juzgador y, además, se formuló intempestivamente.

3.- En efecto, el art. 729.2º de la LECr es cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad surge del curso de los debates. El Tribunal ejerció una facultad ordinaria (no una obligación) que la ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes.

La jurisprudencia de esta Sala ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo), o para desvirtuarla (prueba de descargo) que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. Como precisara la S. 1186/2000, de 28 de junio, la iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729.2º de la LECr puede ser considerada como "prueba sobre la prueba", que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del art. 641 de la LECr, por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación. Su compatibilidad con la imparcialidad del Tribunal ha sido reconocida por la STC 187/2000, de 10 de julio. Lo que no puede admitirse, como pretende el recurrente, es que esa iniciativa del Tribunal, excepcional y de su exclusiva competencia, se convierta en una obligación- imposición como se dice en el motivo, tanto más si la solicitud se hizo después de haber concluido su informe oral, incurriendo en evidente extemporaneidad como destaca el TSJ (Tribunal Superior de Justicia) al desestimar el primer motivo del recurso de apelación, añadiendo argumentos sólidos en los que se analizan las características complejas de la prueba sugerida de reconstrucción de los hechos, de resultados generalmente inciertos y desproporcionados a las dificultades inherentes a su práctica, la dificultad de los Jurados para valorarla y su innecesariedad e impertinencia por haberse practicado prueba pericial sobre la misma materia, pudiendo en el plenario solicitar la ampliación que hubiera considerado conveniente a su defensa.

El motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- 1 Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías reconocidos en el art. 24.1 y 2 de la Constitución por defectos en la elaboración del objeto del veredicto.

Se aduce que el Magistrado-Presidente infringió el art. 52 de la LOTJ al confundir erróneamente los hechos favorables con los desfavorables, modificando las mayorías, además de alterar el orden establecido impidiendo incluso que se hubiera podido apreciar una eximente alegada por la parte.

2.- La experiencia judicial y la doctrina han puesto de manifiesto la extraordinaria dificultad de precisar los diferentes objetos del veredicto y que la redacción del art. 52.1 de la LOTJ se presta en muchos casos, a confusión, como recordaba el TSJ al desestimar el segundo motivo de apelación y ha reiterado en su documentado informe el Ministerio Fiscal en esta sede citando jurisprudencia bajo la vigencia de la Ley del Jurado de 1888 en la que se insistía sobre la necesidad de excluir de las preguntas al Jurado las que no sean de influencia necesaria para calificar los hechos y las circunstancias. No es infrecuente que se incurra al redactar el objeto del veredicto en el defecto, como aquí ha sucedido, de incluir un relato excesivamente detallado con elementos irrelevantes y en algún caso, por contraste, demasiado parco, como luego se dirá.

El recurrente se queja, con razón, de que se calificaron como desfavorables los hechos que indebidamente eran favorables porque podrían servir de fundamento a una atenuación o exención de responsabilidad y hubieran podido modificar las mayorías de cinco o siete votos establecida en el art. 59 de la LOTJ, extremo este último que no se constata pues todos los hechos que se declararon probados lo fueron por mayorías cualificadas o por unanimidad. El error en el objeto del veredicto al calificar como desfavorables unos hechos que eran favorables no influyó en el resultado que hubiera sido el mismo de haberlas calificado correctamente sin que, en consecuencia, se le produjera indefensión.

3.- Lo mismo sucede con la queja basada en que se alteró el orden establecido en el art. 52 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. En principio hay que reconocer que el objeto del veredicto no se ajustó estrictamente a la secuencia legal pues el punto 59 relativo a si el acusado estaba afectado, en el momento de los hechos, de una intoxicación alcohólica plena que excluía totalmente en capacidad de querer y conocer, debió preceder



al punto 58 en que se pregunta lo mismo sobre si la intoxicación era relativa y disminuía, sin llegar a excluirlas, dichas capacidades de conocer y querer. La alteración secuencial no repercutió de forma relevante en el veredicto pues el Jurado ya había llegado a la conclusión en el punto 58 de que no estaban excluidas sus capacidades cognoscitivas y volitivas y no tenía sentido volver a deliberar sobre el mismo extremo al socaire del punto 59 pues su contenido, como señala el Ministerio Fiscal, era precisamente la afirmación de esa exclusión.

4.- Se trata en ambos casos de irregularidades que no merecieron, sin embargo, como era obligado, la menor protesta en el trámite de audiencia a las partes del art. 53 de la LOTJ, ni de la oportuna reclamación de subsanación para viabilizar el recurso de apelación por exigencia del art. 846 bis c) apartado a) de la LECr, ni de la protesta específicamente exigida en el apartado final de dicho artículo, sin que sea prescindible esta carga procesal cuando se trata de derechos constitucionales, de acuerdo con el mencionado apartado a) pues estos, para que puedan esgrimirse como motivos de casación, por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, han de alegarse previamente ante el Tribunal juzgador, salvo que la vulneración se haya producido en la misma sentencia, según el criterio establecido en el acuerdo plenario de esta Sala de 29 de abril de 1997.

La tutela judicial efectiva es de naturaleza prestacional y se cumple con el derecho a alegar y probar, bajo los principios de igualdad y contradicción y obtener una resolución fundada, generalmente de fondo, que no consiste, obviamente, en el éxito de la pretensión.

A pesar de las irregularidades señaladas no se produjo indefensión constitucionalmente relevante. El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- Con el mismo enunciado del motivo anterior se denuncia nuevamente la vulneración de la tutela judicial y de un procedimiento con todas las garantías, invocándose los art. 24 de la Constitución, 846 bis c) apartado a) de la LECr y 5.4 de la LOPJ.

La queja se funda en no haberse incluido en el objeto del veredicto ninguna pregunta sobre una prueba pericial favorable al acusado, que fue ya objeto del tercer motivo de apelación, desestimado por el TSJ, por no haberse solicitado nada al respecto en el acto de audiencia a las partes y no formularse tampoco la correspondiente protesta.

El motivo no puede prosperar por las mismas razones expuestas al analizar el anterior.

CUARTO.-1.- Residenciado, como los anteriores, en el art. 5.4 de la LOPJ se reitera vulneración del art. 24 de la Constitución -tutela judicial y procedimiento con todas las garantías- en relación con el art 846 bis c) apartado a) de la LOTJ.

Se aduce la actuación parcial del Magistrado-Presidente por las instrucciones adicionales que impartió a los Jurados, al devolver el acta del veredicto, sobre las formas de dolo (directo, sobrevenido o eventual). Tales indicaciones, a juicio del recurrente, determinaron a los Jurados a estimar que necesariamente existió dolo.

2.- Objeto del cuarto motivo de apelación fue desestimado por el TSJ y reconvertido ahora, como los procedentes, en motivo de casación. El Tribunal de 2ª instancia, tras la audición de la cinta que recoge el trámite correspondiente, estimó que las explicaciones del Magistrado-Presidente fueron pertinentes y ajustadas fundamentalmente por la conveniencia de aclarar el tipo de dolo, una vez que el Jurado había declarado, dentro del objeto del veredicto, que el acusado fue el causante de la muerte y que actuó con ánimo de matar (animus necandi). La argumentación es convincente para rechazar la tacha de parcialidad que se atribuye al Magistrado-Presidente y lo es también para desestimar el presunto motivo de casación. Las criticadas instrucciones se limitaron a indicar al Jurado que había que optar por alguna de las formas de dolo, lo que podría calificarse de superfluo pero nunca de parcial para influir en el ánimo de los Jurados pues la existencia del dolo resultaba evidente en el resto de las otras proposiciones. Los hechos que se narraban en el veredicto, antes de la devolución censurada, eran necesariamente dolosos.

El motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- En este motivo, como en los tres siguientes, se denuncia infracción de la ley penal sustantiva, por el cauce procesal del art. 849.1º de la LECr.

Se alega en éste concretamente, la infracción del art. 138 del CP por estimar que los hechos son constitutivos de un homicidio imprudente y no doloso, basándose en dos argumentos diferenciados. El primero consiste en que el Jurado apreció la existencia de dolo exclusivamente por "exigencia" del Magistrado-Presidente, viéndose en la necesidad de modificar su veredicto, argumento que no sólo es tributario del motivo anterior sino su pura y simple repetición y ha de correr su misma suerte.



El segundo porque el asesinato exige dolo directo y es incompatible con el dolo eventual, lo que supone desconocer la doctrina más reciente de esta Sala. El dolo eventual no se excluye en el asesinato y existirá dolo eventual, como sucede en el caso enjuiciado, si el sujeto conoce el peligro concreto jurídicamente desaprobado y, no obstante, continua su agresión contra la víctima.

La calificación de homicidio imprudente, como se pretende, sólo sería posible si se hubiera negado la imputabilidad, construyéndola por la vía de "las acciones liberae in causa". Afirmada la imputabilidad y el animus necandi, como se analizó en el motivo anterior, éste ha de ser desestimado.

SEXTO.- Al amparo del art. 849.1º se denuncia la infracción del art. 139 del CP por haberse apreciado erróneamente la existencia de la alevosía.

En la correspondiente pregunta el Magistrado-Presidente transcribió literalmente la definición legal de alevosía descrita en la circunstancia 1ª del art. 22 del CP.

No fue una formulación afortunada como dice el Ministerio Fiscal, y se alega con razón en el recurso, por utilizar estrictos términos técnico-jurídicos pero ello no podría impedir que el Magistrado-Presidente, precisamente por tratarse de una cuestión jurídica pudiera apreciar, la existencia de la alevosía por concurrir todos los requisitos de la misma en los hechos probados, cuya claridad al respecto y la sólida y racional argumentación del fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada evidencian la pertinente subsunción de los hechos en el delito de asesinato tipificado en el art. 139.1ª del CP.

Predominantemente objetiva la alevosía debe ser también abarcada por el dolo del autor. No es imprescindible que de antemano el sujeto busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución sino que es suficiente que se aproveche, en cualquier momento y de forma consciente, de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (S. 1290/2000, de 13 de julio).

En su modalidad de agresión súbita o inopinada consiste en el ataque imprevisto, fulgurante y repentino, como sucedió en el presente caso según los rigurosos trazos de la sentencia del Tribunal del Jurado que describen los brutales y repetidos golpes propinados con pies y manos a una mujer de 76 años y contextura física débil por un hombre joven y fuerte en horas de la noche, hechos intangibles por la vía elegida en la impugnación que, por todo lo expuesto, ha de ser desestimado.

SEPTIMO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECr por infracción del art. 39.3ª y por la indebida aplicación del art. 140, ambos del C.P.

Se reitera la crítica del planteamiento excesivamente técnico que el Magistrado-Presidente hizo al Jurado sobre la agravante de ensañamiento, aunque se reconoce que el Jurado contestó afirmativamente a la cuestión planteada en los términos literales del art. 22.5ª del CP.

Como en el supuesto de la alevosía, analizado en el motivo anterior, lo que se denuncia hubiera podido tener su cauce más adecuado en el marco impugnativo del quebrantamiento de forma por predeterminación del fallo, que en el de infracción de ley por error de derecho en el que hay que respetar los hechos probados. En ellos se perfilan, en este caso con claridad, los elementos subjetivos y objetivos de la agravante de ensañamiento como se explica con solidez argumental tanto en la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Justicia como en la del Tribunal del Jurado al analizar la escalofriante escena de la inhumana y atroz agresión expresiva de "lujo de males", caracterizador de la agravante que se materializa en la innecesariedad de los padecimientos de la víctima lo que es compatible, en este caso, como señala el Ministerio Fiscal, con la pérdida de sentido antes de la penetración vaginal con una profundidad de 25 cm. con un objeto con rebordes salientes que llegó a penetrar en la cavidad abdominal y, en definitiva, le causó la muerte.

La aplicación del art. 140 del CP, censurada también en este motivo, no es más que la consecuencia legal de lo dispuesto en el precepto novedosamente por el vigente Código de 1995, para incorporar la jurisprudencia que venía estableciendo que cuando concurren varias agravantes específicas una cualifica el asesinato y las otras actúan como agravantes genéricas.

El motivo ha de ser desestimado.

OCTAVO.- Se denuncia en el octavo motivo que no se ha aplicado la eximente incompleta o atenuante cualificada del art. 21.1º en relación con el art. 20.2, ambos del CP, por la vía casacional del art. 849.1º de la LECr.

En los puntos correspondientes del objeto del veredicto -números 57 y 58- el Jurado contestó afirmativamente que el acusado se encontraba afectado en el momento de la realización de los hechos por una intoxicación alcohólica y que había fumado hachís, lo que no excluía su capacidad de conocer y querer.



El objeto del veredicto fue parco en esta materia, como señala el Ministerio Fiscal, y habría sido deseable que hubiera incluido mayor y más detallada precisión sobre el grado de intensidad de la disminución apreciada, lo que ciertamente no fue instado por la parte y fue completado por el Magistrado-Presidente con fundada y racional argumentación basándose en hechos anteriores, concomitantes y posteriores, que se describen minuciosamente en su sentencia y en la dictada en apelación. En ésta, que es la recurrida en casación, se asume y completa con acierto la jurisprudencia de esta Sala sobre la cuestión planteada pues en la embriaguez sufrida por el acusado el día de autos "falta -por decirlo con palabras de la sentencia 834/2000, de 19 de mayo en caso próximo- la especial gravedad del efecto psicológico consistente en la anulación o la intensa disminución de las facultades intelectivas del sujeto, valorándose así la simple disminución de estas últimas como atenuante ordinaria, correctamente apreciada por la Sala".

Fue lo sucedido en el presente caso. No fue fortuito ni involuntario el origen de la embriaguez, ni sobre todo, fue semiplena con un alto grado de intensidad en el deterioro de las facultades intelectivas y volitivas, lo que excluía su valoración como eximente incompleta o su consideración de atenuante genérica como muy cualificada. No hay obstáculo dogmático para que las atenuantes puedan ser calificadas así, siempre que se acredite su mayor intensidad, superior a la normal, teniendo en cuenta todos los datos que prueben la menor antijuricidad o culpabilidad del agente que le haga merecedor de un trato más benévolo lo que equivale, en la práctica, a la eximente incompleta por sus mismas consecuencias punitivas y lo artificioso que resulta morfológicamente la distinción entre ambas (sentencia 1687/2001 de 24 de septiembre).

El motivo ha de ser desestimado.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del procesado Sebastián , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, de fecha cuatro de julio de dos mil, en el recurso de apelación de la Ley del Jurado 8 de 2000, dimanante del procedimiento del Tribunal del Jurado de Burgos nº 1/97 del Juzgado de Instrucción de Briviesca, seguido contra el procesado por delito de asesinato. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Fdo. Joaquín Delgado García Fdo. Joaquín Giménez García Fdo. Andrés Martínez Arrieta Fdo. Julián Sánchez Melgar Fdo. José Aparicio Calvo-Rubio

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Aparicio Calvo-Rubio , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.