

En la Villa de Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil once.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley y precepto constitucional, interpuestos por los procesados Alexander representado por la Procuradora D^a Isabel Herrada Martínez y por Macguive representado por el Procurador D. Leonardo Ruíz Benito, contra la sentencia dictada por la Sección vigésimo-novena de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 14 de marzo de 2011 que les condenó por delitos de tenencia de armas prohibidas, asesinato alevoso intentado, lesiones y maltrato. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como partes recurridas Carlos Alberto, representado por la Procuradora D^a Pilar Pérez González y Valentín representado por la Procuradora D^a Susana Escudero Gómez. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alcobendas, instruyó sumario núm. 2/2009 contra MacGuive, Alexander, Guiler, Luis Alberto y Carlos Alberto, dos delitos de asociación ilícita, dos delitos de tentativa de homicidio, un delito de lesiones y una falta de malos tratos de obra, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 14 de marzo de 2011 en el rollo núm. 15/2010, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

“Ha resultado probado y así se declara que:

Uno.- Según informes policiales, desde el 23 de diciembre de 2004, opera en España una banda latina, grupo urbano formado por jóvenes de origen dominicano, que actúa bajo la denominación de Dominican Don't Play, sus siglas DDP o la pronunciación de éstas en fonética sajona (didipí), y lo hace con una estructura compleja y jerarquizada, organizada en “Coros” o agrupaciones locales, estando la banda liderada por el “Suprema” o jefe de los coros y cada coro, por el jefe de coro o “Soberano”, existiendo otras categorías intermedias en la pirámide de mando creada, con control de los superiores sobre los miembros inferiores de cada célula, no constando probado en el proceso que su objetivo organizado más definido sea el hostigamiento de otras bandas rivales de semejante naturaleza en defensa del territorio que consideran propio. No ha resultado acreditada tampoco la existencia, en mayo de 2009, de un “Coro de Alcobendas City” que formara parte de los DDP, ni que al mismo o a dicha banda pertenecieran MacGuive, Guiler, Luis Alberto y Carlos Alberto, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales. Tampoco se ha acreditado que existiera en tal fecha un “Coro” de la banda DDP en Móstoles ni que a él, o a la banda, perteneciera Alexander mayor de edad y sin antecedentes penales.

Dos.- Minutos después de las 06:00 horas de la mañana del día 17 de mayo de 2009, en la calle Capitán Francisco Sánchez, de Alcobendas, a la salida de la discoteca Sucre, un grupo de al menos diez personas, entre las que se encontraban MacGuive y Alexander, puestos previamente de acuerdo en su acción y en el empleo en la misma de un arma de fuego y varias armas blancas, abordó violentamente, cuando salían del local, a Valentín, Heiser Lizandro, César Raúl, Joel Francisco, Johency, Anderson y otros no identificados, propinándoles golpes a todos ellos, sacando de una mochila que portaba uno de los agresores, cuya concreta identidad no consta, varias armas blancas en número y de características no determinadas, y un arma de fuego, siendo ésta una pistola semiautomática detonadora marca Blow, modelo F 06, que había sido modificada para disparar munición real, mediante retirada del tornillo roscado al extremo de su cañón, que cierra éste, y cargada con cartuchos en origen de fogueo, detonantes,

alterados al suprimirles el opérculo de plástico color verde que los cierra e introducir en los mismos proyectiles esféricos metálicos de pequeño tamaño.

Tras haberla tenido en sus manos Alexander y pedir McGuive el arma de fuego a quien en ese momento la portaba, se aproximó a Valentín y le efectuó un disparo, a cañón tocante, a la altura del tórax en la zona lateral de la espalda para, a continuación y tras apuntarle a la cabeza, realizar un nuevo disparo a Heiser Lizandro, acción que se vio afectada por el hecho de que César Raúl se abalanzara sobre MacGuive en el momento de disparar, variando la trayectoria del disparo, que acabó hiriendo a Heiser Lizandro en el glúteo izquierdo. Ante ello, McGuive se revolió y efectuó un nuevo disparo, dirigido a César Raúl, al que alcanzó en la mano derecha, que le atravesó. A continuación, el arma cayó al suelo y se desmontó.

Mientras los agresores continuaban propinando golpes, Valentín abandonó el lugar acompañado por Johency y Anderson quienes le acompañaron, a pie, a un centro médico cercano donde le dejaron, sin identificarse.

Al tiempo, McGuive y sus acompañantes, continuaban agrediendo a sus víctimas, y así, aquél derribó de un puñetazo en el rostro a César Raúl, quien cuando yacía en tierra siguió siendo golpeado por varios sujetos, al menos cuatro, uno de los cuales usando un arma blanca no identificada le produjo tres cortes en la espalda, de los que uno le alcanzó la zona posterior del brazo izquierdo. Esta última agresión de Bienvenido fue observada por el agente de Policía Nacional con carnet profesional núm. ...405, que había acudido al lugar alertado por los disparos, y a cuya presencia huyeron los agresores.- Como consecuencia de estos hechos, Valentín sufrió herida por arma de fuego con orificio de entrada en hemitórax posterior izquierdo, zona subescapular, lo que le causó contusión pulmonar, hemotórax, perforación de colon, contusión esplénica con dos laceraciones y tres perforaciones puntiformes en hemidiafragma izquierdo, lesiones que precisaron para su sanidad de tratamiento médico quirúrgico urgente, que de no haber sido recibido le hubieran producido la muerte, consistente en laparotomía exploradora, resección segmentaria del colon, frenorrafia, colocación de tachoseal en bazo, extracción de bala, tratamiento sintomático, ventilación mecánica y drenajes, por lo que estuvo quince días hospitalizado y otros ciento cincuenta y dos días impedido para sus ocupaciones habituales, restándole como secuelas una colectomía parcial y perjuicio estético cicatricial.

Heiser Lizandro resultó con tres heridas puntiformes a nivel del cuadrante superoexterno del glúteo izquierdo, que precisaron para su curación de una primera asistencia facultativa consistente en exploración de sus lesiones, vacunación, antibioterapia y analgesia, sin tratamiento médico adicional, sanando en treinta días, de los que estuvo quince incapacitado para sus ocupaciones habituales, restándole secuelas consistentes en tres cicatrices redondeadas de aproximadamente un centímetro de diámetro en glúteo izquierdo y molestias en el mismo dada la presumible permanencia de perdigones.

César Raúl resultó con lesiones consistentes en tres heridas lineales en la espalda y otra en zona posterior del brazo izquierdo, hematomas e inflamación en párpados, erosiones y escoriaciones en mejilla, región malar, región frontal y área de la articulación temporomandibular derecha, dos lesiones redondeadas de un centímetro de diámetro en mano derecha, una de ellas en la región dorsal de cuarto y quinto metacarpiano y la otra en región hipotecar, con inflamación importante, lesiones que hubieran precisado para su sanidad de tratamiento médico, pero que sanaron tras una cura inicial al no acudir el lesionado a servicio médico alguno, estimándose el período de sanidad en treinta días con quince de incapacidad para sus ocupaciones habituales y secuelas consistentes en perjuicio estético.

Anderson, pese a recibir varios golpes, no resultó lesionado.- No consta acreditado que en estos hechos intervinieran Guiler, Luis Alberto y Carlos Alberto.

Tres.- Tras estos hechos y en el lugar de autos se hallaron la corredera de la pistola semiautomática detonadora descrita, la varilla guía y el muelle recuperador de la misma, así como cuatro cartuchos de fogeo modificados con tres proyectiles esféricos metálicos en su interior y tres vainas percutidas.

Horas después de los hechos, Marta acudió al lugar de los hechos, donde tenía estacionado su vehículo Renault Clio matrícula ...CGK asegurado por Mutua Madrileña Automovilista en el que apreció daños que han sido reparados a cargo de su aseguradora con un coste de 688,17 euros, no constando el origen de tales daños.

Cuatro.- MacGuive se encuentra privado de libertad por esta causa desde el día 18 de mayo de 2009 y Julián, desde el 20 de mayo de 2009.

Guiler estuvo privado de libertad desde el 20 de mayo hasta el 20 de noviembre de 2009, en que fue puesto en libertad bajo fianza de 7.500 euros.

Luis Alberto permaneció privado de libertad desde el 19 de mayo de 2009 hasta el 24 de febrero de 2011, y Cornelio, los días 23 y 24 de julio de 2009.” (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento: “Que debemos condenar y condenamos a MacGuive y a Alexander como autores penalmente responsables de un delito de tenencia de armas prohibidas, dos delitos de asesinato alevoso intentado, un delito de lesiones causadas con arma e instrumento peligroso y una falta de maltrato de obra, ya definidos, sin que quepa apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a las penas siguientes:

A) A MacGuive:

- Por el delito de tenencia de armas prohibidas, un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Por cada uno de los dos delitos de asesinato alevoso en grado de tentativa, ocho años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de acercarse a menos de 500 metros, respectivamente, de Valentín y Heiser Lizandro por tiempo cinco años superior a la condena de prisión impuesta.

- Por el delito de lesiones, dos años y ocho meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de acercarse a menos de 500 metros de César Raúl por tiempo dos años y seis meses superior a la condena de prisión impuesta.

- Por la falta de maltrato de obra, quince días de multa con una cuota diaria de dos euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejare de satisfacer y prohibición de acercarse a menos de 500 metros de Anderson por tiempo tres meses.

B) A Alexander:

- Por el delito de tenencia de armas prohibidas, un año y dos meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Por cada uno de los dos delitos de asesinato alevoso intentado, ocho años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de acercarse a menos de 500 metros, respectivamente, de Valentín y Heiser Lizandro por tiempo tres años superior a la condena de prisión impuesta.

- Por el delito de lesiones, dos años y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de acercarse a menos de 500 metros de César Raúl por tiempo un año y seis meses superior a la condena de prisión impuesta.

-Por la falta de maltrato de obra, quince días de multa con una cuota diaria de dos euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejare de satisfacer y prohibición de acercarse a menos de 500 metros de Anderson por tiempo dos meses.

Y a que ambos indemnicen, conjunta y solidariamente, a Valentín en la suma de 29.247,08 euros; a Heiser Lizandro en 2.850 euros y a César Raúl en 2.550 euros; y a que abone cada uno de ellos una sexta parte (5/30) de las costas procesales causadas, incluidas las de la Acusación Particular en idéntica proporción y excluidas las causadas por el Actor Civil.

Se decreta el comiso de las piezas del arma de fuego intervenidas. Se decreta su destrucción, así como la de la munición alterada intervenida.

Y que debemos absolver y absolvemos a la totalidad de los inicialmente acusados del delito de asociación ilícita que se les imputaba, y a Guiler, Luis Alberto y Carlos Alberto, del delito de tenencia de armas prohibidas, de los dos delitos de asesinato alevoso en grado de tentativa, el delito de lesiones y la falta de maltrato de obra que se les imputaban, declarándose de oficio las restantes dos terceras partes de las costas procesales causadas (20/30).

Se aprueban los autos de insolvencia dictados por el instructor.- No ha lugar a deducir testimonio de la denuncia obrante a los folios uno al seis de la causa.

Para el cumplimiento de la pena impuesta se abonará a los condenados el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa si no se les hubiere aplicado a otra." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por los condenados que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso de Alexander

1º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim. por vulneración del art. 24.2 de la CE (presunción de inocencia).

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim. por error en la valoración de la prueba derivado de documentos.

3º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por aplicación indebida de los arts. 563, 139.1, 16, 62, 22, 147 y 148 del CP.

Recurso de MacGuive

1º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por aplicación indebida del art. 563 del CP.

2º.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim. por aplicación indebida de los arts. 139 y 148 del CP e indebida inaplicación de los arts. 138 y 617 del mismo Cuerpo Legal.

3º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 17 de noviembre de 2011. En el acto de la votación se acordó comunicar el acuerdo alcanzado a la Audiencia de instancia, lo que se efectuó mediante remisión de fax, cuya copia figura unida al rollo de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Alexander

PRIMERO.- Invocando el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siquiera hubiera sido más atinado hacerlo al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, este penado denuncia que la sentencia de instancia vulnera su derecho a la presunción de inocencia.

Justifica la impugnación reprochando a la sentencia tanto falta de razonabilidad en la valoración probatoria, cuanto la aceptación del testimonio aportado por las víctimas, no obstante incurrir en contradicciones. En definitiva la condena no cuenta, según el recurrente, con "prueba de cargo bastante".

Tras una amplia exposición del contenido de la garantía y alcance de su control en casación, es sorprendentemente parco en el examen de la sentencia desde tal perspectiva. En lo atinente al caso, el motivo poco dice que no sea la que parece protesta por no haber sido "llamadas" como testigos oculares la ex novia Alejandra y las Sras. C. y F.

Ocurre que, tan defectuosa técnica en la articulación del motivo puede entenderse enmendada con la articulación de los otros dos motivos. Ciertamente formulados con no más acierto procesal. Porque, en el segundo, lo que el penado invoca es el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el fundamento del motivo no es otro que la protesta de que la investigación policial adolece de "carencia de investigación científica" (sic), sin que se invoque ni un solo documento que merezca tal calificación a efectos casacionales, ni siquiera invocada nada que constituya documento en ningún sentido. Y, en el tercero, se reitera el mismo cauce procesal (artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y se dice que se hace "por infracción de precepto legal", con olvido de que ese motivo debe ampararse en el ordinal 1º de dicho artículo. Y que, si tal fuera la invocación, el motivo sería rechazable, porque lo que hace es cuestionar la declaración de hechos probados, algo vetado en doctrina conocida hasta la saciedad, cuando ese es el cauce de la impugnación.

La tesis, de la que parten los tres motivos, es que el acusado, tras haber entrado en la discoteca bajo control que hubiera detectado el porte de cualquier arma, estaba en unión de tres chicas, salió de aquella encontrando a la banda que les esperaba, admitiendo únicamente haber realizado el acto penado como falta del artículo 617.2 del Código Penal (maltrato de obra sin causar lesión).

Ahora bien, en la medida que esos dos motivos no hacen sino profundizar en la tesis del primero -ausencia de prueba suficiente de cargo- atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva del ciudadano recurrente, procede entrar a examinar si tal protesta aparece o no justificada y si ha sido o no vulnerada la garantía a que se refiere la denuncia. Ello como si se tratase de un único motivo.

SEGUNDO.- La sentencia parte de un hecho esencial que declara probado: que este recurrente acordó con el otro penado llevar a cabo las acciones que indica a continuación y el empleo para su comisión de las armas de fuego y blancas a que se alude en tal descripción.

Entre esos actos estaría el haber tenido en sus manos el arma de fuego que pide y utiliza el otro penado para usarla en la forma que se describe: realizar dos disparos con propósito homicida y un tercero con fines de lesionar.

Y el acto, que admite el recurrente, de haber golpeado a Anderson que no resultó lesionado.

Fuera de los hechos probados, cuando en sede de fundamentación jurídica justifica la imputación, la sentencia estima acreditado que, además, golpeó a Valentín (según declara Anderson como testigo) y que fue el recurrente el que sacó la pistola con la que se hirió a Valentín (según testimonio de Valentín), incluso (aceptando el testimonio de Heiser Lizandro), se le imputa haber sido uno de los agresores en la pelea y también que era quien portaba un arma blanca "en algún momento".

TERCERO.- Respecto a la garantía constitucional de presunción de inocencia tenemos dicho en nuestras recientes Sentencias núms. 1198/11 y 1192/2011 de 16 de noviembre, 1270/2011 de 10 de noviembre, 1159/11 de 7 de noviembre, 1131/11 de 20 de octubre, 1110/2011 de 13 de octubre de 2011, 999/11 de 30 de septiembre, 988/11 de 29 de septiembre, 1109/2011, 719/11 de 1 de julio, 691/11 y 692/11 de 22 de junio, 576/2011 de 25 de mayo, 351/11 de 6 de mayo, 321/11 de 26 de abril, 255/11 de 6 de abril, 89/11 de 18 de febrero, 21/11 de 26 de enero, 22/11 de 26 de enero y 1161/2010 de 30 de diciembre y en las en ella citadas que: para determinar si esa garantía ha sido desconocida, lo que ha de constatarse en primer lugar son las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena. Esto exige

que se examine si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de contradicción y publicidad.

En segundo lugar, como también indicábamos en aquellas resoluciones, y como contenido específico de este derecho fundamental a la presunción de inocencia, deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia lógica, se justifique esa conclusión, partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas.

Para constatar el cumplimiento de este específico presupuesto de enervación de la presunción constitucionalmente garantizada han de verificarse dos exclusiones:

La primera que la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- no parte del vacío probatorio, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.

El vacío habrá sido colmado cuando, más allá del convencimiento subjetivo que el Juez, al valorar los medios de prueba, adquiera sobre la veracidad de la acusación, pueda estimarse, en trance de revisión, que no sustitución, de la valoración del Juez, que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación o, si se quiere, a excluir la mendacidad de la acusación.

La segunda la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.

Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.

Puede pues decirse, finalmente, que cuando existe una duda objetiva debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado. Sin que aquella duda sea parangonable a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

CUARTO.- Sobre la validez del material probatorio que suministró los fundamentos de la condena el recurrente nada alega. Lo que cuestiona es el no recurso a los testimonios que pudieran haber prestado las tres mujeres que dice que le acompañaban. La sentencia reprocha, y el recurrente no desmiente, que tales testimonios ni fueron propuestos por su defensa ni el acusado suministró datos que permitieran su llamada al proceso.

En cuanto a las conclusiones probatorias cuestionadas cabe distinguir lo que concierne a las afirmaciones que se dicen en la sentencia que son reportadas por la prueba testifical directa de lo atinente a las inferencias que, partiendo de las afirmaciones sobre hechos base, que se dan por acreditados, son extraídas por el Tribunal de instancia. Porque respecto de cada una de tales fuentes ha de realizarse el examen de las condiciones que la garantía constitucional invocada exige, conforme a la doctrina que acabamos de exponer.

En cuanto a los medios de prueba directa nada relevante, a los efectos del recurso, deriva de la admisión por el propio acusado respecto a su presencia en el lugar de los hechos. Tal admisión no abarca ninguna otra circunstancia que permita vincular directamente tal presencia con los hechos delictivos que se imputan. Tampoco el testimonio de Anderson. Este solamente imputa al recurrente ser uno de los dos que le golpean. Pero tal testimonio ni siquiera le atribuye la autoría de un puñetazo, sino que le identifica como persona que se abalanza sobre él.

La sentencia recoge de tal testigo la afirmación de que este recurrente portaba una mochila. Este dato podría ser base para inferir que disponía de armas ya que se declara probado que éstas se sacaron de una mochila. Pero el hecho base mismo no resulta del todo acreditado porque ese testimonio no se compadece con el prestado por Heiser Lizandro que indica que quien portaba la mochila era Guiler, sin que la sentencia argumente en absoluto la opción de prioridad de un testimonio sobre el otro. Es más en la declaración de hechos probados afirma que no consta la identidad de quien portaba la mochila de la que se sacó el arma.

Y la inferencia resulta también debilitada en cuanto que el testigo Anderson advierte que no vio al recurrente sacar arma alguna de la indicada mochila.

También parte la sentencia de un hecho que considera probado por prueba directa: el acusado fue quien “sacó” la pistola usada inmediatamente por McGuive. El medio de prueba que acreditaría ese dato es, según la fundamentación jurídica de la sentencia, el testimonio de Valentín. No obstante en sede de declaración de hechos probados lo que se dice es bien distinto ya que lo único que se imputa a Alexander en cuanto al arma es “haberla tenido en sus manos” pero se añade inmediatamente que McGuive se la pidió a “quien en ese momento la portaba”, sin identificar ese alguien con Alexander. Por lo que la fundamentación jurídica afirma lo que la sentencia no declara probado. Pero es que, además, examinada el acta del juicio en lo que atañe a la declaración de este testigo se observa que el mismo, pese a identificar a Alexander como uno de los que “estaba” sin atribuirle acto alguno, no le atribuye posesión de ningún arma. No obstante conocer al recurrente, cuando habla de quien poseía el arma de fuego, habla de “uno” sin identificarlo con el recurrente.

También afirma la sentencia en sede de fundamentación jurídica que Alexander era portador “en algún momento de un arma blanca” y justifica ese aserto en la declaración de Heiser Lizandro. Pero, además de que esa circunstancia no se incluye específicamente como hecho probado, tampoco la prueba directa invocada dice categóricamente tal dato. Examinada el acta, conforme nos autoriza el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, comprobamos que el fedatario da cuenta de que ese testigo lo que dice es que quien llevaba la mochila era Guiler, que era también quien repartía las armas que iban en la mochila y que fue Guiler quien entrega el arma a McGuive. Si bien se cuida de expresar que duda. Y añade que vio portar un machete y que quien lo portaba era, literalmente según el acta, “Alexander, Guiler”. Con lo que la duda que expresa el testigo existe también respecto a que es lo que realmente dice. Ya que ese texto del acta no nos permite saber si la atribución de portar el machete se realiza o no respecto del recurrente.

Así pues la prueba directa no permite afirmar como hechos base, y en gran medida, pese a la fundamentación jurídica, tampoco lo dice la sentencia como hecho probado:

- a) Que el acusado portase mochila conteniendo armas;
- b) Que el mismo portase en momento alguno un arma, ni
- c) Que fuera quien se la facilitó a MacGuive.

Por lo anterior debemos tener por depurada la relación de hechos base, mediante esas exclusiones, como carentes de la veracidad objetiva que requiere la presunción de inocencia.

Debemos ahora entrar ya en el examen de las inferencias, también siguiendo los cánones que dicha garantía constitucional exige. La conclusión de la sentencia es que el recurrente Alexander acudió al lugar de los hechos “puesto previamente de acuerdo en su acción y en el empleo en la misma de un arma de fuego y varias armas blancas”. En ausencia del más mínimo atisbo de prueba directa de tal acuerdo y programa delictivo del recurrente, la sentencia solamente puede llegar a tal conclusión desde la afirmación de los hechos base que acabamos de desautorizar como probados: portar mochila, sacar armas de la misma, pasar esa arma al coacusado, portar armas blancas, etc...

Excluida la aceptación de esas premisas, la conclusión se queda muy debilitada. En efecto solamente restarían como hechos base para la inferencia la intervención del acusado en lo que la sentencia denomina “incidentes verbales previos” y la presencia en el escenario de los hechos, en cuya ocasión golpeó a Anderson, por lo demás, sin ni siquiera causarle lesión alguna.

Pues bien, una tal inferencia, llevando desde datos tan poco relevantes, en relación a la gravedad de los hechos luego ocurridos, a la conclusión del pacto criminal para estos últimos entre el recurrente y el coacusado, resulta poco acorde a pautas lógicas por incoherente y, por otra parte, excesivamente abierta o débil, pues con tal punto de partida la tesis del recurrente puede encontrar, cuando menos, la misma justificación.

Por todo ello concluimos que, si pudiera admitirse como razonable la veracidad atribuida a la imputación de ese pactum scaeleris o convenio criminal entre los coacusados, es razonable también que la presencia del acusado en el lugar no se acompañara de ninguna participación en los delitos de homicidio y lesiones graves que allí se cometieron. Así pues, las objeciones formuladas frente a la imputación justifican como razonable la duda sobre su veracidad, y por ello la garantía constitucional de presunción de inocencia constituye un veto para la condena impuesta que, con estimación del motivo, lleva a la casación de la sentencia condenatoria.

Lo que hace innecesario el examen de los demás motivos alegados por este recurrente.

Recurso de MacGuive

SEGUNDO.- En el primero de los motivos denuncia vulneración del artículo 563 del Código Penal por considerar que no ha sido acreditado que se habían “alterado sustancialmente los mecanismos de funcionamiento” del arma supuestamente de fuego.

Sin embargo la sentencia parte del informe pericial ratificado en juicio oral que realiza las afirmaciones que se recogen en la declaración de hechos probados. Examinado el acta del juicio oral, como nos autoriza el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, consta que tras dicho informe la defensa Letrada no consideró necesario hacer ninguna pregunta. La puesta en cuestión que ahora hace esa parte en el recurso es absolutamente gratuita. En efecto, si lo que se pretende es que aquellas conclusiones eran inviables sin contar con la parte de arma de la que no se dispuso, debió aprovechar la práctica de la prueba para cuestionar su dictamen y así avalar con algo más que su subjetivo parecer la inútil objeción que tan tardíamente formula.

El motivo se rechaza.

TERCERO.- En el segundo de los motivos acumula la denuncia de las siguientes vulneraciones de precepto legal:

a) Del artículo 139 del Código Penal porque estima que en uno de los casos -el que tiene a Heisser como víctima- no se intentó delito de asesinato sino solamente de homicidio en ausencia de la agravante de alevosía como cualificadora;

b) Que se infringe el artículo 148 del Código Penal al aplicarlo a las lesiones ocasionadas a César Raúl, ya que éste solamente necesitó una asistencia facultativa inicial, tras la cual curó sin más asistencias, por lo que el hecho debió considerarse constitutivo de una simple falta de lesiones.

Aún cuando el motivo se formula sin invocación del precepto procesal que lo autoriza, es claro por su contenido que tal cauce es el del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el mismo, debemos recordar, no autoriza a cuestionar la declaración del hecho probado de la resolución recurrida. Y eso es lo que el recurrente hace al exponer la argumentación del motivo.

Por otra parte resulta evidente que la alevosía concurre no solamente, como se admite, en el intento de asesinato de Valentín, sino también en relación a la agresión de la que es víctima Heisser Lizandro.

La alevosía, como circunstancia que tiene trascendencia de cualificar el homicidio dando lugar al tipo de asesinato, existe cuando el autor emplea en su ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido (art. 22-1 del Código Penal).

Al respecto se ha venido distinguiendo tres hipótesis en los que concurre ese aseguramiento de ejecución sin riesgo:

1ª) La alevosía proditoria o traicionera, como trampa, celada, emboscada o traición. Aquí el sujeto pasivo no teme una agresión como la efectuada y el agresor se aprovecha de tal confianza.

2ª) La alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina o fulgurante. En tal caso, la celeridad con que actúa el autor no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque.

Y 3ª) La alevosía por desvalimiento, caracterizada porque la especial situación en que se encuentra la víctima, muy disminuida en sus posibilidades de defensa (niños, ancianos,

inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc...) es procurada y aprovechada para ejecutar el delito de manera tan fácil como a salvo de cualquier defensa de la víctima.

Lo que el recurrente dice que estaría excluido, en cuanto a la víctima Heisser Lizandro es el factor sorpresa. La razón sería que, en la secuencia de actuaciones del acusado penado, ese ataque estaba pospuesto a los anteriores y, por ello, la víctima sobreavisada. Dos son las razones para rechazar ese alegato. La primera que la sorpresa cualificadora del modo de actuar como alevosos es la inicial de la total acción que se despliega sin solución de continuidad y mientras no quepa diferenciar fases separadas en el tiempo, siendo irrelevante cual de las plurales víctimas fue la primera en soportar el ataque que es en su totalidad sorpresivo sin que las víctimas pudiera articular estrategia defensiva de ningún tipo. La segunda que, aún en el caso de que se excluyera esa modalidad sorpresiva de la agravante, restaría la modalidad proditoria y la de desvalimiento pues resulta evidente que el uso de un arma no era esperable y, además, coloca a la víctima en una situación de absoluta indefensión cuando ni siquiera la posibilidad de huir queda a su alcance por la eficacia del arma de fuego.

Como señalaban las Sentencias de este Tribunal Supremo núm. 1265/2004 de 2 de noviembre y núm. 1890/2001 de 19 de octubre, el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS núm. 178/2001 de 13 de febrero).

Eso es lo que hace que se aprecie la agravante en las plurales agresiones sucesivas contra varias víctimas en casos como el presente, en los que la sorpresa inicial no desaparece ante la rápida secuencia de esas plurales agresiones en todas las cuales se usa un arma de fuego que hace estéril cualquier intento de defensa. Así se hizo en el resuelto en la Sentencia de este Tribunal Supremo núm. 252/2007 de 8 de marzo.

En cuanto a las lesiones inferidas a César Raúl basta advertir que lo que las caracteriza como delictivas y no mera falta es la necesidad objetiva del tratamiento. Se haya dispensado el mismo o no. La declaración de hechos probados proclama que hubiera necesitado tal tratamiento más allá de la primera asistencia, por más que no conste más que la asistencia inicial sin ningún otro antes de la sanidad.

CUARTO.- Pese a la invocación de la garantía constitucional de presunción de inocencia, en el tercero de los motivos reconoce el recurrente que existe "una prueba inicialmente válida" pero que hay una "duda razonable sobre lo verdaderamente acaecido" y que la actividad probatoria "llevada a cabopor la Sala de instancia no ha sido la más correcta".

Nada más añade el discurso del motivo para justificar esa tacha de incorrección e insuficiencia ni cual sea la razón que objete la justificación probatoria de la sentencia recurrida. Por lo que no es posible, ante esa falta de argumentación del motivo valorar si es o no estimable. Desde luego en nada se cuestiona la existencia de prueba ni cual sea la tacha que pueda formularse en cuanto a su valoración y a las conclusiones de la misma.

El motivo se rechaza.

QUINTO.- Las costas del recurso deben imponerse a quien formula el rechazado y debe declararse de oficio las que derivan del estimado, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Alexander contra la sentencia dictada por la Sección vigésimo-novena de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 14 de marzo de 2011, sentencia que se casa y se anula parcialmente, para ser sustituida por la que se dicta a continuación. Declarando de oficio de las costas derivadas de este recurso.

Asimismo debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Macguive contra la misma sentencia, confirmando la sentencia recurrida en lo que a este penado concierne con imposición al mismo de las costas derivadas de su recurso.

Comuníquese dicha sentencia y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil once.

En la causa rollo núm. 15/2010 seguida por la Sección vigesimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid dimanante del Sumario núm. 2/2009, incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alcobendas, por dos delitos de asociación ilícita, dos delitos de tentativa de homicidio, un delito de lesiones y una falta de malos tratos de obra, contra Alexander, nacido el 10 de enero de 1989, hijo de Milquíades y Sonia, en Santo Domingo (República Dominicana), con NIE núm. X-...-T, Macguive nacido el 20 de octubre de 1989, hijo de Nolasco y Martiza, en Santo Domingo (República Dominicana), con DNI núm. ...-L, Guiler, nacido el 15 de enero de 1990, hijo de Guillermo y Leída, en Azua (República Dominicana), con DNI núm. ...6-N. Luis Alberto, nacido el 16 de agosto de 1990, hijo de Bibiana, en Santo Domingo (República Dominicana) con NIE X-...-D y Carlos Alberto nacido el 19 de julio de 1988, hijo de Quintín y de Mari, en Tabara Arriba (República Dominicana) con DNI núm. ..., en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 14 de marzo de 2011 que ha sido recurrida en casación y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia con la salvedad de no estimar probado que el acusado Alexander se pusiera previamente de acuerdo con el coacusado McGuive, ni que portase o facilitase arma alguna al mismo o a otras personas que interviniera en la pelea origen de las actuaciones. Se admite y declara probado que el acusado Alexander propinó un golpe a Anderson al que no le causó lesión alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1 El hecho declarado probado en cuanto al acusado Alexander constituye la falta de maltrato por la que ya venía condenado en la instancia. No obstante del mismo no deriva por

las razones expuestas en la sentencia de casación, responsabilidad penal alguna por ninguno de los dos delitos intentados de asesinato ni por el delito de lesiones.

2.- En consecuencia corresponde imponer al acusado Alexander las costas propias de un juicio de faltas.

3.- En lo demás se da por reproducido lo que expusimos en la sentencia de casación y en lo con ello compatible en la sentencia de instancia.

FALLO

Debemos absolver y absolvemos a Alexander de los dos delitos de asesinato alevoso intentado, de tenencia de armas prohibidas y del de lesiones por los que venía acusado, dejando sin efecto las responsabilidades civiles que se le impusieron por razón de los citados delitos, y le condenamos como autor de una falta de maltrato a la pena de quince días de multa con una cuota diaria de dos euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejare de satisfacer y prohibición de acercarse a menos de 500 metros de Anderson por tiempo de dos meses, debiendo pagar las costas de la instancia propias de un juicio de faltas.

En lo demás, que no concierne a dicho acusado, confirmamos en su totalidad lo decidido en la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.