

En la Villa de Madrid, a nueve de diciembre de dos mil once.

En el recurso de casación por infracción de Ley y Vulneración de Precepto Constitucional que ante Nos pende, interpuesto por David, contra sentencia número 131/2010 de fecha 7/12/2010, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª, en la causa Rollo número 10/2001, dimanante del Sumario 2/2010 y 3/2010 del Juzgado de Instrucción número 36 de los de Madrid, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de delitos de homicidio consumado, homicidio en grado de tentativa y tenencia ilícita de armas; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por el Procurador D. Miguel Torres Alvarez y defendido por la Letrado Dª María Dolores Márquez de Prado y de Noriega.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 36 de los de Madrid instruyó el Sumario con los números 2/2010 y 3/2010 por delitos de homicidio consumado, homicidio en grado de tentativa y tenencia ilícita de armas contra David y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección Séptima, con fecha 7/12/2010, dictó sentencia número 131/2010, que contiene los siguientes: Hechos probados:

Único.- Probado y así se declara expresamente que David, mayor de edad y sin antecedentes penales, junto con su amigo Alfonso y los hermanos Babak, Attabak y Siamak, habiendo sido éstos cuatro últimos ya condenados por estos hechos, los tres primeros en sentencia de 14 de enero de 2004 de esta Sala, confirmada por la de 18 de mayo de 2005 de la Sala de lo Penal del T.S. y Siamak por sentencia de 7 de abril de 2006, de este Tribunal, igualmente confirmada por la Sentencia de 18 de enero de 2007 de la Sala de lo Penal del T.S., se dedicaban, a principios de 1999 y con anterioridad a esta fecha, a llevar a cabo tareas de seguridad en diversas discotecas de esa ciudad, surgiendo, como consecuencia de ello y de su intención de realizar esa función en otros locales, incidentes con las personas que ejercían esta actividad en los mismos, como en la discoteca Amnesia, también denominada con anterioridad "Friendo" sita en la calle Toledo núm. 1 de esta Capital, propiedad de la entidad Kernashita S.L., y especialmente con Víctor Manuel, que trabajaba en el referido local en funciones de seguridad y de portero.

Así, a primeros de enero de 1.999 se produjo una discusión en la discoteca Amnesia entre Alfonso y el encargado de dicho local, Miguel Angel, a quien el primero propinó un puñetazo, siendo Alfonso expulsado del establecimiento, y, antes de abandonarlo, Alfonso efectuó con una pistola dos disparos hacia el techo.

Unos días después, y con la finalidad de exigir explicaciones a Alfonso sobre el incidente anterior, Víctor Manuel Pozo y otras personas que prestaba sus servicios en la discoteca "Amnesia", se personaron en la discoteca "Back Stage" sita la C/ J. núm. ...2 de esta ciudad, produciéndose una pelea entre Alfonso y Víctor.

Finalmente, algunas semanas antes del día 10 de mayo de 1999, los hermanos Babak, Attabak y Siamak y Alfonso se dirigieron a la discoteca "Macumba", en la que estaba trabajando Víctor, siendo expulsado de la misma Alfonso por tener prohibida la entrada en dicho local, ante lo cual, Siamak dirigió a Víctor Manuel veladas amenazas.

No ha resultado acreditado si David Martínez estuvo presente en estos incidentes previos, pero sí que, en todo caso, el día 10 de mayo de 1999, Siamak, Babak y Atabak, Alfonso y David decidieron dar un brutal escarmiento al personal de la discoteca "Amnesia", y especialmente a su portero Víctor, encontrándose trabajando en ese día en el citado local, además de éste, como porteros y personal de seguridad, Jorge, Juan José, conocido como "Carlos el Botas", Francisco Javier, Juan Emilio, Daniel, y también Faustino como Jefe de Seguridad y Miguel Ángel como Jefe de Sala.

A tal fin, sobre las 1:30 horas Alfonso y David se dirigieron con el vehículo BMV matrícula M-...-XH, que conducía el primero, a la discoteca Amnesia, acelerando fuertemente cuando pasó por la puerta del local, lo que les permitió comprobar qué personas se encontraban en el mismo, por lo que pudieron advertir la presencia de Juan José, Víctor, Jorge y Faustino.

Unos minutos después, tras estacionar el vehículo, se dirigieron todos juntos a la puerta de la discoteca Amnesia, llevando en la mano Alfonso y David bates de béisbol, Siamak una barra o un palo y una pistola, y tanto éste como sus hermanos Babak y Atabak sendas pistolas. Directamente, y tras intentar Alfonso agredir con el bate a varios de los presentes, Siamak, David y Alfonso se dirigieron a Víctor al que propinaron varios golpes en la cabeza y en la cara. Al mismo tiempo, Babak, después de mantener un forcejeo con Juan José, cayendo éste al suelo, desenfundó el arma de fuego y disparó por dos veces a Víctor, alcanzándole con uno de esos disparos. Attabak disparó también contra Víctor, alcanzándole, y Siamak aprovechando que Juan José se estaba levantando del forcejeo mantenido con Babak, desenfundó su arma y le disparó directamente. Por último, Attabak también disparó en dos ocasiones a Jorge.

El personal de la discoteca Amnesia intentó defenderse de la agresión, resultando herido por impacto de bala Babak, lo que motivó que el grupo agresor iniciara la huida. Alfonso y David introdujeron a Babak en el vehículo que conducía el primero y le trasladaron a un centro hospitalario para que fuera atendido.

A consecuencia de la agresión que se ha descrito, Víctor recibió dos impactos de bala, uno incidió en el hemitórax derecho, causándole una herida mortal de necesidad, al ocasionar una hemorragia fulminante al nivel del tórax que le provocó la muerte. Recibió además otro impacto en el brazo derecho y hasta 6 heridas inciso contusas en la cabeza y 3 contusiones en la cara a consecuencia de los golpes recibidos con los bates.

El fallecido Víctor, nacido el 31 de enero de 1970, estaba sentimentalmente unido a Liliana con la que tenía una hija en común nacida el 6 de abril de 1997.

Juan José resultó con una herida por arma de fuego en región infraclavicular derecha con sección de la arteria axilar derecha, y de no haber mediado una intervención terapéutica urgente hubiera podido sufrir un shock hemorrágico y la muerte. El lesionado tardó en curar 90 días, estando cuatro de ellos hospitalizado, quedándole como secuelas la presencia del proyectil en región supraclavicular derecha, cicatriz queleodea en región infraclavicular de unos 10 x 2 cm. y supraclavicular derecha de 10x0,5 cm., cicatriz en la región inguinal izquierda de unos 15x1 cm., sensación disestésica, dolor en zona lesionada. Los gastos que el INSS hubo de soportar por la hospitalización de Juan José ascienden a 730,97 euros.

Jorge recibió dos impactos de bala, uno en el antebrazo derecho y otro en la base del cuello, que le provocaron heridas de las que tardó en curar 15 días, precisando hospitalización durante dos de ellos, y permaneciendo 7 de los mismos impedido para

sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas dos cicatrices hiperpigmentadas de 0,5x0.8 cms, en el antebrazo derecho borde cubital y dos cicatrices hipopigmentadas a nivel de la base del cuello. La lesión localizada en la base del cuello, debido a su localización, puso en riesgo la vida del agredido al encontrarse en una zona vital por su cercanía con estructuras que, de resultar afectadas, pueden causar la muerte.

También recibió el impacto de un disparo Francisco Javier, sin que conste acreditado si ello fue por efecto de un disparo directo o por efecto rebote, como consecuencia de lo cual sufrió lesiones superficiales en la cara lateral del brazo derecho, que no afectaron a planos musculares, de lo que tardó 20 días en curar, 10 de los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, precisando para su curación de una única asistencia facultativa, y quedándole como secuela una cicatriz hiperpigmentada de 4x1 cm. en la cara externa del brazo derecho.

En el lugar de los hechos se intervino abundante material de cartuchería de distintos calibres, entre vainas, balas y cartuchos sin percutir (del calibre 6,35; 9mm. corto, 9 mm. largo y 22).

Además, en el suelo y al lado de la puerta de entrada, junto a los pies de Víctor se encontró una pistola marca CZ modelo 83, carente de número de serie, y recamarada para cartuchos de 9 mm, en buen estado de funcionamiento, que tenía un cartucho en la recámara y un cargador con otros ocho.

En un contenedor de basura, a la altura del núm. 25 de la C/ A., se localizó un bate de béisbol con la leyenda "Ruiz Hsing". Debajo de un vehículo aparcado en las inmediaciones se encontró la pistola Tanfoglio carente de número de serie recamaraza para cartuchos del 6,35 mm. Browning, en buen estado de funcionamiento, arma fabricada originariamente para el uso de cartuchos detonantes, que ha sido modificada habilitándola para el disparo de cartuchos armados con bala, sin que conste quien la arrojó allí, ni a quien pertenecía la misma.

A consecuencia del tiroteo que se produjo, el vehículo Citroen Xsara matrícula M-...-WB propiedad de la empresa Citroen Hispania, recibió un impacto de bala, causándole unos daños que se han peritazos en 427,63 euros; y el local propiedad de Kemashita S.L., resultó con daños por importe de 715,54 euros.

El 12 de julio de 1999, se acordó por el Juzgado de Instrucción núm. 36 de Madrid la entrada y registro en el domicilio que compartían Alfonso y David, sito en la calle A. núm. ..., portal ..., piso ... de Torrejón de Ardoz, interviniéndose los siguientes efectos:

- Una navaja tipo caza con una hoja de 8'5 centímetros.
- Dos cuchillos desolladores utilizados en caza mayor, con sus correspondientes fundas de cuero.
- Dos llaves de pugilato.
- Unos munchacos" (sic).

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallo "Que debemos condenar y condenamos a David Martínez, como autor penalmente responsable de un delito de homicidio, previsto y penado en el art. 138 del C.P., con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad del art. 22.2ª del C.P., a la pena de 13 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta

durante el tiempo de la condena; como autor penalmente responsable de dos delitos de homicidio intentado, previstos y penados en los arts. 138, 16 y 62 del C.P., sin la concurrencia en ninguno de ellos de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, por cada uno de dichos delitos, de 5 años y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena; y como autor penalmente responsable de un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Se le impone a David la prohibición de acercarse a Liliana y a Lorena, familiares del fallecido Víctor, a Juan José, y Jorge, y de comunicarse con ellos por cualquier medio, así como al de acercarse al lugar donde residan o al local ubicado en el núm. 1 de la C/ T. de Madrid donde ocurrieron los hechos, durante 5 años que contabilizará a partir de que tengan acceso a cualquier situación de libertad.

David indemnizará, conjunta y solidariamente con Babak y Atabak y Alfonso, condenados por estos mismos hechos en sentencia núm. 3/2004 de 14 de enero de 2004 y con Siamak también condenado por esos hechos en sentencia 48/06 de siete de abril de 2006, ambas de este Tribunal, a Liliana y Lorena en 120.000 euros; a Juan José en 5.409,11 euros por lesiones y en 6.010,12 euros por secuelas; a Francisco Javier figura en 1.202.02 euros por lesiones y en 300,51 euros por secuelas; a Kemashita S.L en 715,74 euros por daños; al INSS en 7330, 97 euros y a la empresa Citroen Hispana en 427,63 euros, devengando todas estas cantidades, desde la fecha de esta sentencia el interés, a que se refiere el art. 576 de la LECr.

Abónesele al condenado para el cumplimiento de la pena privativa de libertad imputada el tiempo en que ha estado en prisión prevenida por esta causa.”

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y vulneración de precepto constitucional, por la representación procesal del recurrente David que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente David basa su recurso interpuesto por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional en los siguientes motivos de casación:

Primer motivo. Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 CE.

Breve extracto de su contenido.

Este primer motivo de recurso se interpone al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE, al considerar:

- a) Que el tribunal sentenciador careció de elementos probatorios suficientes para declarar enervada la presunción de inocencia de David.
- b) Porque el fallo condenatorio no se sustenta en certezas sino en presunción de sospechas en contra del defendido.

Segundo motivo. Por vulneración de derecho fundamental, al amparo del artículo 852 LECr y 5.4 LOPJ, vulneración de derecho a un juez imparcial.

Breve extracto de su contenido.

Al amparo del art. 852 LECr. se denuncia la vulneración del artículo 24.2 CE por entender que la intervención de la señora presidente del tribunal en los interrogatorios de los testigos, excedió, en mucho, lo permitido por el art. 708 LECr., y demuestra una clara toma de postura del tribunal de instancia en contra de David.

Tercer motivo.- Por infracción de precepto legal de carácter sustantivo (Art. 849.1 LECr), por aplicación indebida de los arts. 138, 16, 22.2ª, 62, y 563 CP.

Breve extracto de su contenido.

El presente motivo de recurso, como se dice en su enunciado, se interpone al amparo del artículo 849.1 LECr., por indebida aplicación de los arts. 138, 16, 28, 62, 22.2 y 563 del CP.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución e interesó la inadmisión o, subsidiaria, desestimación del recurso, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el recurso; quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la Vista ésta se celebró el día 24/11/2011; en el cual acto asistieron la letrada recurrente Dña. María Dolores Márquez de Prado en defensa de David, que informó sobre el recurso; el Ministerio Fiscal se ratificó en su informe de 27/4/2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de David.

PRIMERO.- El motivo primero por vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24-2 CE, al considerar:

- a) Que el tribunal sentenciador careció de elementos probatorios suficientes para declarar enervada la presunción de inocencia del recurrente.
- b) Que el fallo condenatorio no se sustenta en certezas sino en presunción o sospechas en contra de David.

A lo largo del extenso desarrollo del motivo, de forma ciertamente encomiable, examina las declaraciones de los testigos de la acusación en la vista celebrada en el mes de noviembre del año 2010, para concluir que el tribunal de instancia vulneró aquél derecho fundamental del recurrente, porque, a partir de lo visto y oído, llegó a conclusiones del todo incongruentes con la realidad resultante de los testimonios que la sentencia ignora y en cambio se apoya en declaraciones sumariales no ratificadas sino rectificadas en el plenario, incluso en las prestadas por acusados en anteriores juicios que, en cambio, no fueron llamados a la vista oral en que se enjuició a David.

En definitiva, se sostiene que la base del fallo condenatorio no es lo actuado en las sesiones de la vista oral celebrada para David, sino que lo que la Sala de instancia ha tenido presente ha sido:

a) Las manifestaciones sumariales de quien cuando las efectuó era coimputado.

b) Las sentencias dictadas en los años 2004 y 2006 para los autores materiales de los hechos enjuiciados: los hermanos Babak, Attabak, Siamak y Alfonso. Es doctrina jurisprudencial reiterada, STS. 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12, entre las más recientes, la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo “la revisión íntegra” entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal “a quo” contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se

extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad.

Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio “nemo tenetur” (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. Que “se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su intima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dicto sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

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

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

- En tercer lugar, debemos verificar “el juicio sobre la motivación y su razonabilidad”, es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de junio de 2001 ó 28 de enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediatez de que dispuso, inmediatez que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

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

SEGUNDO.- 1) Como hemos dicho en SSTS. 14/2010 de 28.1, 294/2008 de 27.5, la valoración de la prueba una vez considerada como prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto es, por su práctica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediatez, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases:

- a) La percepción sensorial de la prueba.
- b) Su estructura racional.

La primera está regida por la inmediatez, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atenta, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la inmediatez, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración.

La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción.

Dejando aparte, por tanto, la percepción sensorial inmediata de la actividad probatoria, el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensorial.

En este sentido la STS. 1507/2005 de 9.12, establece que: "El único límite a esa función revisora lo constituye la intermediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitera ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la intermediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria -art. 9-3-, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

Consecuentemente el principio de intermediación ya no puede ser esgrimido para excusarse el Tribunal de justificar y motivar las razones por las que le concede credibilidad y suficiencia para sostener la sentencia condenatoria. Tampoco la intermediación puede servir de argumento para excluir del ámbito de la casación penal el examen que esta Sala casacional debe efectuar para verificar la suficiencia y razonabilidad de la condena.

De esta jurisprudencia se pueden citar las SSTS. 2047/2002 de 10.9, que pone el acento en la elaboración racional o argumentativa del Tribunal que gozó de la intermediación que puede y debe ser revisado por el Tribunal superior que conoce de la

causa vía recurso, para verificar la estructura racional del discurso valorativo, o la STS. 408/2004 de 24.3, en la que reconociendo la competencia del Juez sentenciador para valorar la prueba, en relación a aquella prueba afectada por el principio de inmediación se dice "... y ello no tanto porque se considera la inmediación como una zona donde debe imperar la soberanía del Tribunal sentenciador y en la que nada puede decir el tribunal ante el que se ve el recurso, sino, más propiamente como verificación de que nada se encuentra en este control casacional que afecta negativamente a la credibilidad del testimonio de la persona cuyo relato sirve para fundamentar la condena dictada en la instancia...", ó la STS. 732/2006 de 3.7 "... no se trata por tanto de establecer el axioma que lo que el tribunal creyó debe ser siempre creído, ni tampoco prescindir radicalmente de las ventajas de la inmediación, sino de comprobar si el razonamiento expresado por el Tribunal respecto a las razones de su decisión sobre la credibilidad de los testigos o acusados que prestaron declaración en su presencia... se mantiene en parámetros objetivamente aceptables...", la STS. 306/2001 de 2.3, ya ponía el acento en la exigencia de que el Tribunal sentenciador justificase en concreto las razones por las que concedía credibilidad a la declaración de la víctima, no bastando la sola referencia a que debía ser creído por no existir nada en contra de dicha credibilidad. Por lo tanto es preciso situar el valor de la inmediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir:

a) La inmediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.

b) La inmediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar, en tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que "...la convicción que a través de la inmediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación..." -STS de 12 de febrero de 1993-

c) La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación y en base a la que dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante a la efectividad de toda decisión arbitraria -art. 9-3 C.E.-, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos..."; y por último la STS. 728/2008 de 18.11 antes referida que recuerda que: "el derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. El respeto a las reglas de la inmediación y a la facultad valorativa del Tribunal enjuiciador conlleva -como ya hemos dicho ut supra- que el control en esta sede casacional del cumplimiento del referido principio constitucional no se limita a la constatación de una prueba de cargo lícitamente practicada, pues los límites de dicho control no agotan el sentido último de este derecho constitucional, el cual vincula al Tribunal sentenciador no solo en el aspecto formal de la constatación de la existencia de prueba de cargo, sino también en el material de su valoración, imponiendo la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado acreditada fuera de toda duda razonable.

No deben confundirse, por ello, los límites del control constitucional con la plena efectividad del derecho en su sentido más profundo.

La estimación en conciencia a que se refiere el art. 741 LECr. no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado o inabordable criterio personal e íntimo del Juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías. Las que inspiran el principio de presunción de inocencia y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permitan considerar un hecho como probado (STS 123/2005, de 12-5).

La íntima convicción, la “conciencia” del Juez en la fijación de los hechos no puede conformarse al margen de las reglas de la experiencia y de la necesidad de exteriorización. El porqué se cree a un testigo o porqué se descarta un testimonio no puede convertirse en un ejercicio de decisionismo judicial no controlable y menos aún puede hacerse sin identificar el cuadro probatorio completo o seccionando de forma selectiva una parte del mismo, omitiendo toda información y valoración crítica del resto de los elementos que lo componen. La valoración fraccionada del cuadro probatorio debilita sensiblemente el grado primero, de racionalidad de la misma, y, segundo, la conclusiva de las premisas probatorias que se utilizan para la formulación del hecho probatorio.

En efecto, la fuerza acreditativa del testimonio, aún directo, que se utiliza como única fuente de la convicción judicial reclama no sólo identificar los criterios de credibilidad objetiva y subjetiva que concurrían, sino también explicitar las razones por las cuales no se creyó el testimonio de los otros testigos que depusieron en el plenario, afirmando hechos contrarios o excluyentes.

La credibilidad de los testigos de cargo para la reconstrucción de los hechos justiciables de la acusación, depende, en gran medida de la menor credibilidad que se otorgue a los otros testigos que contradicen su testimonio. Cuestiones éstas que deben justificarse en términos de racionalidad discursiva y sistemática para permitir, primero, descartar que la decisión sea arbitraria, y segundo, un control efectivo por el Tribunal Superior por la vía del recurso.

2) Llegados a este punto debemos realizar una importante precisión pues si llamamos medios de prueba a las distintas vías por las que en abstracto se puede alcanzar la verdad material o la evidencia; fuente de prueba a aquellos medios que en abstracto se utilizan en un proceso (tal testigo, perito o documento) y prueba o elemento probatorio el acto capaz de dar lugar a un juicio de certeza o destruirlo (declaración concreta de un testigo o dictamen de un perito o contenido del documento) es aquello de lo declarado probado o bien como base de una ulterior inferencia, podemos entender que los medios de prueba, por su carácter genérico, no son susceptibles de clasificación ni por su origen ni por su resultado, que las fuentes de prueba pueden clasificarse por su origen, entendido como iniciativa, a propuesta de la acusación, de la defensa, por decisión judicial, pero no por su resultado -el testigo propuesto por la defensa hace declaraciones que no le favorezcan-; y en fin, que las pruebas pueden calificarse por su resultado, cualquiera que sea su origen, y así serán pruebas de defensa las que sean de descargo y de acusación las que lo sean de cargo, esto es, hay que distinguir pruebas de la defensa (o de la acusación) de prueba de defensa o descargo (o prueba acusatoria o incriminatoria). Por ello la prueba de defensa puede ser ajustada o no por la defensa y lo mismo puede suceder con la prueba de cargo.

3) Siendo así también hemos dicho que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expulsión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y descargo y de la interpretación de la norma aplicada.

Por ello mismo, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación como las de descargo practicadas a instancia de la defensa.

A este respecto, no resulta ocioso reiterar los criterios contenidos en la STS de 3 de mayo de 2.006, según la cual la sentencia debe expresar un estudio "lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la C.E. La parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorada el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego "fundamentarlo" con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos.

Tal planteamiento, no podía ocultar la naturaleza claramente decisionista/voluntarista del fallo, extramuros de la labor de valoración crítica de toda la prueba de acuerdo con la dialéctica de todo proceso, definido por la contradicción entre las partes, con posible tacha de incurrir en arbitrariedad y por tanto con vulneración del art. 9.3º de la C.E.

Ciertamente esta exigencia de vocación de valoración de toda la prueba es predicable de todo enjuiciamiento sea cual fuese la decisión del Tribunal, absolutoria o condenatoria, ya que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de igualdad de partes no consentiría un tratamiento diferenciado, aunque, justo es reconocerlo, así como para condenar es preciso alcanzar un juicio de certeza -más allá de toda duda razonable según la reiterada jurisprudencia del TEDH, y en el mismo sentido STC de 13 de julio de 1998, entre otras muchas-, para una decisión absolutoria bastaría duda seria en el Tribunal que debe decidir, en virtud del principio in dubio pro reo.

Así, a modo de ejemplo, se puede citar la sentencia de esta Sala 2027/2001 de 19 de noviembre, en la que se apreció que la condena dictada en instancia había sido en base, exclusivamente, a la prueba de cargo sin cita ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa.

En dicha sentencia, esta Sala estimó que "... tal prueba (de descargo) ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante de indefensión, porque se ha discriminado indebidamente y de forma irrazonable toda la prueba de descargo, que en cualquier caso debe ser objeto de valoración junto con la de cargo, bien para desestimarla de forma fundada, o para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo... lo que en modo alguno resulta inadmisibles es ignorarla, porque ello puede ser exponente de un pre-juicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada. ...".

Ahora bien ello no comporta que el Tribunal sentenciador tenga que realizar un análisis detallado y exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas pues cuando se trata de la motivación fáctica, recuerda la STS. 32/2000 de 19.1, la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico, pero debe advertirse que la motivación fáctica adquiere especial importancia cuando el hecho probado se apoya en prueba indirecta o indiciaria, porque entonces, es del todo punto necesario la expresión de los razonamientos que han permitido al Tribunal llegar a las conclusiones adoptadas a través de un proceso deductivo derivado de unos hechos indiciarios indirectos, pero no es precisa una detallada argumentación cuando la prueba es directa, en cuyo caso la exigencia de motivación queda cumplimentada con la indicación de las pruebas directas de que se trate, pues, en tal caso, el razonamiento va implícito en la descripción de aquéllas.

Jurisprudencia STS. 540/2010 de 8.6: “En similar sentido la STS. 258/2010 de 12.3 precisa que “...la ponderación de la prueba de descargo representa un presupuesto sine qua non para la racionalidad del desenlace valorativo”. Se toma en consideración por el Tribunal a quo es indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional. No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso.

En palabras del Tribunal Constitucional exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (SSTC. 148/2009 de 15.6, 187/2006 de 19.6).

TERCERO.- Expuesta esta doctrina jurisprudencial, destaca el recurrente una serie de intuiciones o deducciones en su contra como la contenida en el factum en que David junto con su amigo Alfonso y los hermanos Babek, Attabak y Siamak “(...) se dedicaban a principios de esta fecha, a llevar a cabo tareas de seguridad en diversas discotecas (...)”, y en el fundamento de derecho tercero al declarar que “(...) realizaba funciones de seguridad y/o relaciones públicas en discotecas, estaba como todos los demás implicado en lo que él mismo denomina “el mundo de la noche” y de eso le conocía Jorge (...)”.

Se sostiene en el motivo que sólo dos testigos, Alfonso y Jorge, conocían a David en aquellas fechas, mayo 1999. Así Miguel Ángel, maitre de la discoteca Amnesia, declaró que “no conoce a David”, “conocía a los hermanos iraníes. A Alfonso cree que le conocía”. Juan Emilio respondió que “no le conoce”. David manifestó que “a David no le conoce personalmente, le conoce de vista”. Javier respondió “a David no le conoce, le conoce de oídas después de que ocurrieran los hechos”. Francisco Javier “a David no le conoce de nada”. Juan José, portero de la discoteca a la fecha de los hechos, manifestó que “a David sí le conoce, pero después de los hechos, antes de los hechos no le conocía”. El testigo protegido, encargado de la seguridad de la discoteca, “a David no le conoce ni tiene ninguna relación con él”. Jorge que el único - junto con Alfonso, amigo de la infancia de David -que dijo conocer a David por haber trabajado juntos en una Discoteca de la calle Orense-.

Consecuentemente se insiste en el motivo no hay prueba que sustente las afirmaciones de la Sentencia de que David y los condenados “se dedicaban a

principios de 1999 y con anterioridad a esta fecha, a llevar a cabo tareas de seguridad en diversas discotecas de esta ciudad”, no sosteniéndose por ello el relato fáctico cuando se dice “(...) surgiendo, como consecuencia de ello y de su intención de realizar esa función en otros locales, incidentes con la personas que ejercían esa actividad en los mismos, como en la discoteca Amnesia (...)”, afirmación contraria a la realidad si, como la propia sentencia reconoce “no ha resultado acreditado si David Martínez estuvo presente en estas incidentes pruebas (...)” y que a falta de sustento en la prueba testifical practicada en la vista deliberada respecto a David, la Sala lo basa en lo que los acusados Attabak y Juan José declararon en el juicio celebrado en 2004, juicio en el que David no estuvo presente y no pudo defenderse y sin tener en cuenta las distintas posiciones procesales de las personas que declararon en el año 2004 -como acusados- y en el año 2010 -como testigos”.

Alegaciones éstas que exigen una previa respuesta por parte de esta Sala en cuanto su incidencia en el resto de las cuestiones que se plantean en el motivo resulta evidente.

a) Así, en primer lugar, esta Sala se ha planteado en varias ocasiones la naturaleza de la declaración prestada en juicio oral en que se acusa a otro participante en el mismo delito por el que el declarante ya fue juzgado y condenado en juicio anterior. Y es lo cierto que varias sentencias han originado distintas valoraciones. Como recuerda la STS de 7-1-2009 en unas se ha considerado que no es coimputado el que declara sobre otro después de haber sido ya juzgado y en otras resoluciones se ha dicho que el status de coimputado debe en todo caso ser mantenido.

Al primer criterio se adscriben, entre otras, las sentencias 1079/2000, de 19-7; 1268/2000, de 30-10; 168/2003 de 26-2 que sostienen que ninguna duda cabe sobre el carácter testimonial de las declaraciones de los coimputados que habían sido ya sentenciados, pero ello no supone que las declaraciones no requieran corroboración para surtir efectos desvirtuadores de la presunción de inocencia. Es indudable que mientras el testigo ocupa en el proceso la cualidad de imputado o coimputado no puede ser sometido al régimen general de cualquier testigo, en cuanto que está exento de declarar y si declara faltando a la verdad no puede cometer el delito de falso testimonio. Sin embargo, cuando ya ha abandonado la posición de imputado para ser sustituida por la de “ejecutoriamente condenado” la declaración no puede producirse bajo las prevenciones del art. 118 LECr., pues declara sobre hechos que ya no le pueden afectar penalmente, por lo cual la única forma posible de comparecer es en calidad de testigo.

En sentido contrario pueden citarse las sentencias 1332/2004 de 11-11 y 1007/2007 de 23-11, que señalan que el status de las partes se adquiere y se mantiene en el proceso con independencia de aquellas circunstancias condicionantes de la necesidad de dividir o no el juicio oral en sucesivos actos para los diferentes acusados, por lo que el condenado que sea citado a prestar declaración en el juicio ulterior para los restantes acusados conserva los derechos que tuvo en la declaración que prestó en el juicio celebrado entonces. Podía negarse a declarar, y de otra parte, no incurrirá, aun cuando no se ajustara a la verdad, en el delito de falso testimonio.

Esta divergencia de interpretación quedó resuelta por el acusado del Pleno no Jurisdiccional de 16-12-2008 que aprobó considerar que “la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad”. Criterio recogido en sentencias posteriores de 7-1, 31-3 y 19-19-2009.

b) Que en el caso de declaraciones de testigos (o imputados) sumariales -o las prestadas en juicio oral anterior sobre los mismos hechos por coimputados ya juzgados- e incluso en juicio anterior declarado nulo -pueden tomarse en consideración a los efectos del art. 714 LECr. toda vez que el acta en el que están contenidas es válida y consta en la causa y fue prestada con las formalidades legales, y puedan ser tenidas como actividad probatoria suficiente para enervar el derecho de presunción de inocencia, sobre la base de su mayor fiabilidad.

Así en STS 1241/2005 de 27-10 hemos precisado que esta afirmación está sujeta a determinados requisitos que inciden sobre la apreciación de la credibilidad de la rectificación con confrontación de las distintas manifestaciones, extremo que depende substancialmente de la percepción directa que tiene el tribunal de instancia por la inmediación de la prueba (STS 7-11-97, 14-5-1999, STC 98/90 de 20-6). Con otros términos, la posibilidad de valorar una u otra declaración no significa un omnímodo poder de los Tribunales para optar por la otra declaración, a modo de alternativa siempre disponible por el solo hecho de existir en los autos una declaración distinta de la prestada por el testigo, o en su caso coimputado, en el juicio oral.

Jurisprudencialmente se ha requerido la concurrencia de circunstancias que afectan tanto a las condiciones de validez de la prueba que permita su valoración como a los criterios de valoración. Así, en primer término, para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir susceptible de ser valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometiéndose a la contradicción, exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el tribunal de instancia en la formación de su convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procediendo la lectura de aquélla y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción (SSTS. De 5 de noviembre de 1996 y 20 de mayo de 1997; y STS de 29 de septiembre de 1997). Sin esta incorporación al plenario la declaración sumarial nos prueba, ni cabe ser considerada.

Esta exigencia presupone que la declaración se incorpora al enjuiciamiento, provenga de sumario, es decir, de la documentación de la actuación judicial en investigación de un hecho delictivo, pues así lo exige el Art. 714 de la Ley procesal, que refiere la posibilidad de dar lectura a las declaraciones del sumario esto es las practicadas en sede jurisdiccional con exclusión de las celebradas ante la policía. Además tal declaración ha de ser realizada con observancia de las reglas que rigen la práctica de estas diligencias. Por otra parte, la contradicción que permite la lectura de las obrantes en el sumario deben recaer sobre aspectos esenciales del testimonio, como afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales.

La declaración sumarial debe ser incorporada al juicio mediante su lectura a petición de cualquiera de las partes como establece el Art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio (Arts. 708 párrafo segundo LECr.). Como consecuencia de esa lectura ha de ser interpelado el declarante sobre las razones de su divergencia siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el coacusado y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral.

La jurisprudencia de esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han realizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate de juicio por el procedimiento del Art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio Oral hagan referencia expresa tales declaraciones

sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna (en tal sentido SSTC 137/1988; 1612/1990 y 80/1991). En todo caso, lo que no es suficiente para que la declaración sumarial pueda ser tenida en cuenta es el empleo de la presión ritual “por reproducida”, práctica censurable inoperante para la efectiva entrada en el plenario de la declaración sumarial, y rechazada por la doctrina jurisprudencial).

Incorporada al Juicio Oral la declaración sumarial del testigo o, en su caso, del coimputado, esto es las condiciones de valorabilidad de la declaración obrante en el sumario, analizamos las exigencias que deben concurrir en la sentencia que la valora para comprobar, desde la perspectiva de control coaccional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia.

En primer lugar, por la falta de intermediación de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en juicio oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese pleno debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (STS 153/97, de 29-9; 115/98 de 1-6, y STS 13-7-98 y 14-5-99).

Es decir, la credibilidad objetiva, precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración inculpativa del coacusado que le doten de objetividad bastante para hacer razonable en valoración favorable frente a la declaración que, con observancia del principio de intermediación, se prestó en el juicio oral.

En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el juicio oral, pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante.

De las anteriores consideraciones podemos extraer una importante conclusión respecto a las manifestaciones de otros acusados que la Sala de instancia, toma en consideración y que se produjeron en otro juicio oral, aunque en la misma causa, en el que el recurrente no tuvo ninguna oportunidad de intervenir, ya que no participó en dicho juicio, en el sentido -destaca la STS 1108/2010, de 2-12, de “la toma en consideración en tales manifestaciones las efectúa el tribunal de instancia con ignorancia a la más elemental exigencia de contradicción, es decir sin seguir el método legalmente impuesto. Este exige que la parte pueda intervenir en la producción del medio probatorio dirigido a enervar la presunción de inocencia. Las manifestaciones de cualesquiera sujetos en otro procedimiento, efectuadas sin someterse al eventual interrogatorio contradictorio del acusado, no puede afectar en medida alguna a la presunción de inocencia de éste”.

CUARTO.- En el caso presente hemos de partir de que lo verdaderamente importante no es tanto si David se dedicaba en el año 1999 a llevar a cabo tareas de seguridad en discotecas y estaba implicado en el “mundo de la noche”, ni incluso si estuvo o no presente en los incidentes previos en Amnesia, Back Stage y Macumba, sino delimitar su concreta participación en los hechos acaecidos el 10-5-1999.

No obstante la sentencia de instancia llega a la conclusión plasmada en el factum de su dedicación en las tareas de seguridad, tras analizar la propia versión de David en el sentido de que no tenía nada que ver con la seguridad y rara vez trabajó como relaciones públicas en alguna discoteca y sólo reconoció tener relación con Alfonso y conocer sólo de vista a los hermanos Babak, Attabak y Siamak sabiendo que se dedicaban a la seguridad en discotecas.

Asimismo negó haber estado presente en los incidentes previos en aquellas discotecas, aunque admitió que algo le había comentado Alfonso en relación a los mismos pero no sabía que éste tuviera prohibida la entrada en ninguna discoteca.

Versión que el Tribunal entiende desvirtuada por el resto de las pruebas practicadas, la testifical de Alfonso, ya condenado por estos hechos que en su declaración en el acto del juicio, y como testigos, afirmó que David era carnicero pero añadió que aunque no trabajaba habitualmente por ello como portero de discoteca, sí la llamaba él de vez en cuando para hacer esta función, así como la de relaciones públicas o “portero de bienvenida” y que David tenía muy poca relación los hermanos Babak, Attabak y Siamak.- El testimonio de los porteros y personal de seguridad de la discoteca “Amnesia”: Jorge que recibió dos impactos de bala, quien aseguró en el juicio oral que conocía a David porque habían trabajado juntos en una discoteca de la calle Orense denominada Roxy.

-El testigo Juan Emilio que si bien en el acto del juicio respondió que no conocía a David, en el juicio celebrado en el año 2004, en calidad de testigo, sí admitió conocerlo.

David en el sentido de que lo conocía de vista, no personalmente.

El testigo protegido “enero 2005” que declaró que a David no le conocía ni tenía ninguna relación con él aunque había oído su nombre y sabía que era amigo de Alfonso.

Juan José, que resultó con una herida por arma de fuego, quien manifestó que a David no le conocía en el momento en que sucedieron los hechos, aunque pueda inferirse - como se argumentará más adelante- que las referencias que hace al “rubio” se corresponden con David.

Consecuentemente y aunque las manifestaciones de Attabak en el juicio celebrado en 2004 de que conocía a David porque también trabaja en seguridad de discotecas, no pueden ser valoradas por la Sala al no haber sido propuesto aquel coimputado -que fue condenado como autor material de los hechos- como testigo en el juicio celebrado contra David, por lo que sus anteriores manifestaciones no se sometieron al eventual interrogatorio contradictorio por la defensa de este acusado, no pude sostenerse que la deducción de la sentencia de instancia sobre este extremo haya sido ilógica o arbitraria o contraria a las reglas que inspiran la presunción de inocencia y las de la lógica y la experiencia, conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permitan considerar un hecho como probado.

QUINTO.- A continuación cuestiona el motivo las afirmaciones de la sentencia recurrida contenidas en las expresiones “decidieron dar un brutal escarmiento”, incluyendo a David, “no resulta creíble que David no participara”, “no sólo no resulta creíble para este tribunal sino que ya se declaró probado en las dos sentencias firmes y definitivas, dictadas con anteriores en relación con los otros procesados, que el motivo de que se dirigieran allí era otro muy distinto, atacar al personal de seguridad de la discoteca Amnesia (...)” así se entiende acreditado igualmente en el juicio oral

ahora celebrado”, cuando lo cierto es que en el juicio no quedó acreditado que David conociera las intenciones o los planes de los hermanos Babak, Attabak y Siamak aquella noche de 10 de mayo, y ni uno sólo de los testigos declaró que viera a David golpear o disparar contra Víctor Manuel Pozo.

Previamente debemos recordar -STS 107/2009 de 17-2, 1003/2006 de 19-10, 474/2005, de 17-3, que entre los principios fundamentales del Derecho Penal ha sido reconocido sin excepciones el de la responsabilidad personal. De acuerdo con este principio la base de la responsabilidad penal requiere, como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro. En este sentido se ha sostenido por el T.C s. 131/87 que “el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad”, de lo que deriva, como dice la s. T.S 9-5-90, exigencias para la interpretación de la Ley penal”. Es cierto, no obstante, la doctrina jurisprudencial que considera coautores en base a lo que se denomina “dominio funcional del hecho”.

Siendo muy abundantes las ss T.S. en las que se mantuvo tal doctrina y de las que se pueden citar la de 10/2/92, 5/10/93, 2/7/94, 24/9,7 Y 28/11/97, 27/1, 24/3, 12/6 Y 2/7/98, basta, por su claridad, con reproducir literalmente lo mantenido en esta última, en la que se reconoció lo siguiente: “El art. 28 del C.P. vigente nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelinquencia -ss 31/5/85, 13/5/86 entre otras- por la doctrina de esta Sala. Preciso es pues, esclarecer que debemos entender por uno y otro elemento -objetivo y subjetivo- de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común.

A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12/2/86,24/3/86, 15/7/88, 8/2/91 y 4/10/94. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de “imputación recíproca” de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, ss. T.S. 3/7/86, Y 20/11/81, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (ss. 10/2/92, 5/10/93, 2/7/94) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en. los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las ss. T.S. 21/12/92 Y 28/11/97 se afirmó que “cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho”.

Doctrina definitivamente asentada en la sentencia T.S. 11/9/00, que con cita de la SS. TS. 14/12/98, señala que “la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del C. P. 1995 como “realización conjunta del hecho” viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del “acuerdo previo”, a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la “realización conjunta del hecho” implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por si mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del “pactum scaeleris” y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución”.

En este tema la s.T.S. 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP. no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la s. T.S. 27-9-2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las ss. T.S. 29-3-93, 24-3-98 Y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.

2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.

3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

Asimismo en la sentencia 434/2008 de 20.6, se declara que la jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado reiteradamente del problema de la comunicabilidad de los medios comisivos a los partícipes que no emplearon directamente las armas o los medios peligros, señalando la Sentencia 1500/2002, de 18 de septiembre, con carácter general que, aunque admitiéramos que el “pactum sceleris” entre los acusados se limitara al apoderamiento del dinero de la víctima mediante una acción meramente intimidatoria, lo cierto es que el supuesto examinado se inscribe en el ámbito de la llamada teoría de las desviaciones previsibles, reiteradamente aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que “el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya “a priori” todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales”, pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el “iter” del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

En definitiva es doctrina consagrada, por todas STS 474/2005, de 17-3, que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos de modo eficaz y directo a la persecución del fin puesto con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mantuvo asimismo, ello da lugar a que todos las responsabilidades sean considerados como autores del delito.

Por ello todos los que intervienen en una pelea para la que existe una decisión común de agredir, aceptan lo que cada uno de ellos haga contra la seguridad física de las víctimas, resultando también coautores desde el punto de vista del dominio del hecho (STS 1503/2003, de 10-11). Este principio de imputación recíproca rige entre los

coautores, mediante el cual a cada uno de los partícipes se les imputa la totalidad del hecho con independencia de la concreta acción que haya realizado.

Ahora bien, en estos supuestos es preciso comprobar que cada uno de los intervinientes sea, verdaderamente, autor, esto es tenga un dominio del hecho, en este supuesto condominios, y comprobar la efectiva acción para evitar que le sean imputables posibles excesos no abarcados por la acción conjunta bien entendido que no se excluye el carácter de coautor en los casos de decisiones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas decisiones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

Doctrina que reitera en STS 1099/2007, de 14-6, 338/2010, de 16-4, al afirmar que no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo, concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integrados en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas, STS 1240/2000 de 11-9, y 1486/2000, de 27-9, que señala que “la coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elementos subjetivos de la coautoría y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación; el carácter, subordinado o no, del partícipe de la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción; que será condominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la coautoría.

La mencionada decisión conjunta es consecuencia de un acuerdo que puede ser previo o simultáneo a la misma ejecución, debiendo valorarse, en su caso, la posible existencia de un exceso en algunos de los coautores, pudiendo quedar exceptuados los demás de la responsabilidad por el resultado derivado del mismo.

En el caso, al agredir ambos conjuntamente y no apreciarse un exceso sobre lo tácitamente acordado, dado que el resultado es consecuencia lógica de la clase de agresión ejecutada por ambos, los dos responden del mismo”.

SEXTO.- En el caso presente el motivo analiza la prueba de cargo que valora la Sala - declaración del propio recurrente y las distintas testificales -para- discrepando del tribunal de instancia -entender que ninguno de los testigos pudo afirmar que viera a David golpear a nadie, de lo que deduce la inexistencia de prueba de cargo de contenido incriminatorio para declarar probado que Siamak, David y Alfonso se dirigieron a Víctor al que propinaron varios golpes en la cabeza y en la cara.

El motivo se desestima.

1) La sentencia de instancia analiza en primer lugar las propias declaraciones del hoy recurrente y de su amigo -ya condenado por estos mismos hechos- Alfonso y considera “increíble” que sigan manteniendo que iban a tomar una copa precisamente a la discoteca Amnesia con cuyos empleados, al menos Alfonso, había tenido enfrentamientos previos con bates, tongas o pistolas, y siendo también “sorprendente” que Alfonso afirme que se sintió perplejo cuando vio que los hermanos Babak, Attabak y Siamak llevaban pistolas cuando él mismo, poco tiempo atrás había efectuado dos disparos al techo en la misma discoteca por haber sido expulsado del citado local, y

asimismo no considera creíble que David no viera que Alfonso al bajarse del vehículo con el que habían ido a la discoteca, sacó una porra de madera de unos 50 cm de largo que llevaba en el vehículo y la escondió en la espalda, debajo de la cabeza.

Es cierto que la valoración de las contradicciones como un contraindicio ha sido cuestionada, pues aunque la jurisprudencia sostuviera desde antiguo -STS 14-18-86, 7-2-87, 16-2 y 24-10-88, 9-1-89, 25-6-90- que si el acusado, que carece de la carga probatoria introduce un dato nuevo en el “proceso y tal dato se revela falso, su simple resultado negativo no puede ser representado irrelevante o intrascendente y que indudablemente la convicción judicial sobre la culpabilidad del reo se verá corroborada con tan importante dato, tal doctrina ha sido analizada por cuanto a la primera de las exigencias de la prueba indiciaria -decíamos en STS 1281/2006 de 27-12- la necesaria relación directa entre contraindicio y resultado, comporta una consecuencia evidente: el indicio debe probar directamente el hecho inmediato, es decir, no cabe entender entre indicio y resultado otra presunción, entendida esta en un conjunto, u otro indicio- la consecuencia que se extraiga del hecho indirecto debe ser directa.

Por ello se sostiene que no es posible valorar el contraindicio o coartada como elemento base o interpuesto de la presunción o de extraer una consecuencia indirecta de un hecho inmediato o, lo que es lo mismo, no inferida del hecho probado. Se estima, en definitiva que la falsedad de la coartada no pudiera ser en buena lógica un indicio de culpabilidad y ello por faltar los elementos que tipifican el inicio y, en especial, por no responder el elemento racional que es común a toda prueba indiciaria.

Así y en tanto, que el indicio es un hecho normalmente positivo (huellas, objetos en poder del acusado, etc. que sirve para probar directamente la autoría del delito, el contraindicio o coartada opera en sentido negativo y supone la intercalación de un razonamiento adicional, falta de base causal, al menos, por sí sólo.

La prueba de la falsedad de la coartada únicamente permite inferir que su autor no realizó lo que efectivamente alega (si sostiene que estaba en otro lugar, se puede confirmar que no es cierto) pero en ningún caso cabe afirmar, directamente, por una operación mental, sin elementos interpuesto, que el procesado, negativamente, fue partícipe en los hechos positivos.

En este sentido la STS 573/2010. de 2-6, acordó que “en efecto con respecto a la cuestión de los contraindicios el TC, S 2/97, de 11-12, ha precisado que la versión que de los hechos ofrece el acusado constituye un dato que el juzgador ha de tener en cuenta, pero ni aquél tiene que demostrara su inocencia, si el hecho de que la versión de lo ocurrido no resulte convincente o resulta contradicha por la prueba, debe servir para considerarlo culpable, pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o realizar razonadamente. ..” (STS 164/85 y 229/88).

2) En el caso actual, la sentencia de instancia partiendo de la nula credibilidad que concede a las manifestaciones del recurrente y a las del testigo, condenado anteriormente, Alfonso -estas últimas en abierta contradicción con lo que la sentencia de la Audiencia de 14-1-2004 confirmada por la del TS de 7-4-2005, declaró probado en relación a su participación en los mismos hechos-, de las declaraciones del resto de los testigos, tanto las prestada en este juicio con las anteriores de instrucción y en los dos juicios precedentes, y de las declaraciones de las médico-forenses en el acto del juicio oral en orden a las heridas que el fallecido presentaba -además de las dos heridas de arma -unas heridas contusas en la cabeza, de las cuales dos de ellas, la de la nariz y la que tenía en la ceja, se habían producido con un objeto diferente de las otras, llega a la conclusión de que Alfonso y David golpearon a Víctor con bates de

béisbol o porras de madera y Siamak lo hizo con una barra o porra diferente, probablemente, de hierro.

Para ello admite que existen testigos, como Miguel Ángel, Emilio, Daniel y Francisco que ni vieron los hechos de manera completa ni conocían a David en ese momento como para identificarle como uno de los autores. Prueba, por tanto, -coincidente con lo expuesto en el motivo del recurso- que sería insuficiente para sentar la autoría del hoy recurrente.

Pero la Sala valora otras testimoniales, como la de Juan José, persona que resultó lesionado por herida de bala cuando sucedieron los hechos, y que en el plenario afirmó que a Víctor le golpearon Alfonso y un rubio que iba con él en el vehículo, pero que tenía sus dudas sobre si ese rubio era David. No obstante el razonamiento de la Sala sobre esta correspondencia es correcto y conforme a las reglas de la Lógica, pues si el propio recurrente reconoce que iba en el vehículo, hay que admitir que ese rubio era David y que también lo era el que como tal "rubio" participó en la agresión llevando un bate o palo.

Conclusión que se ve avalada por sus anteriores declaraciones, primero como imputado ante el Juez de instrucción el 28-5-1999- a los pocos días de suceder los hechos, en la que identificó fotográficamente a David al que conocía como "el rubio" y descubrió cómo a los cinco minutos de que pasara el coche en el que vio a Alfonso y a David, se acercaron a la puerta de la discoteca todos los atacantes, intentando agredir el primero con un palo o bate, para a continuación golpear a Víctor con el mismo, haciéndolo también David y alguien más que no puede precisar, produciéndose inmediatamente los disparos, sin que a Víctor le diera tiempo a defenderse o a sacar un arma; y después, en la misma condición de imputado, en el acto del juicio celebrado en abril de 2004, en la que explicó cómo pudo ver a Alfonso y a David golpeando con palos a Víctor que estaba sentado en el suelo y lo único que hacía era cubrirse la cabeza con las manos y cómo después de que Víctor hubiera sido disparado, Alfonso y David se seguían pegando en la cabeza; y finalmente, ya como testigo, en el juicio celebrado en el año 2006, en la que no manifestó duda alguna de que la persona que iba con Alfonso era David. Afirmando que tanto uno o como otro golpearon a Víctor y continuaron haciéndolo, incluso después de que él mismo estuviera herido por los disparos "machacándole literalmente la cabeza".

SÉPTIMO.- El motivo impugna el carácter incriminatorio de estas declaraciones con diversos argumentos: el ser prestadas por un imputado, sin darse los requisitos de corroboración exigidos por la jurisprudencia para su validez, el no haber estado presente la defensa del hoy recurrente y no sometidas a contradicción, y haber sido rectificadas en este juicio oral, ya presente y en pleno ejercicio de su derecho de defensa David, y sin que el tribunal haya ponderado estas rectificaciones y explicado por qué se condena por esas manifestaciones anteriores.

1) -Con referencia a su condición de coimputado, esta afirmación necesita ser precisada. Juan José resultó con heridas de bala y su presencia en el proceso fue en una doble condición: como perjudicado y víctima de un homicidio intentado y como imputado en relación a la agresión sufrida, a su vez, por uno de los atacantes, Babak. Postura procesal, por tanto, contraria a la del recurrente, precisamente acusado en intervenir en la agresión de su persona y por tanto no coimputado respecto al mismo.

Posibilidad procesal que fue examinada en STS 372/2006 de 31-3 que concluyó en que si por las circunstancias concurrentes en un determinado proceso penal una persona está legitimada para ser parte de una determinada posición procesal y además, en otra diferente, ni tiene porqué haber incompatibilidad para actuar en las

dos conceptos dentro del mismo procedimiento. En caso de tal doble posición se planteó en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª TS, de 27-11-98 en el que se acordó que “con carácter excepcional cabe la posibilidad de que una misma persona asuma la doble condición de acusador y acusado, en un proceso en el que se enjuician acciones distintas, enmarcadas en un mismo suceso, cuando, por su relación entre sí, el enjuiciamiento separado, de cada una de las acciones que ostentan como acusados y perjudicados, produjese la división de la continencia de la causa, con riesgo de sentencias contradictorias y siempre que así lo exija la salvaguarda del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva”.

Compatibilidad, por tanto, declarada en STS 1178/98, de 10-12 -en casos de agresiones mutuas con lesiones recíprocas o en accidente de circulación con intervención de varios conductores de vehículos, cada uno de los cuales considera culpable al contrario. El fundamento de esta compatibilidad se encuentra en la necesidad de que no se celebren varios procesos que pudieran originar sentencias contradictorias, lo que constituiría un grave atentado contra la seguridad jurídica (arts. 9-3 CE). Hay que evitar lo que la doctrina llama división de la continencia de la causa. Los diferentes problemas de un mismo acontecimiento o de acontecimientos no separables han de ser objeto del mismo procedimiento para evitar que su tramitación separada diera lugar a la resoluciones diferentes que pudieran ser contradictorias.

Consecuentemente -esas declaraciones anteriores de Juan José no pueden asimilarse a las de un coimputado en sentido estricto -incluso la prestada en el segundo juicio, el celebrado en abril 2006, compareció ya como testigo.

- En cuanto a la ausencia de contradicción en esas declaraciones anteriores por parte de la defensa del hoy recurrente, el TEDH tiene declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción -o en juicio oral anterior- no lesiona con todo caso los derechos mencionados en los párrafos 3 d) del art. 6 TEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se de “al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de carga o interrogar a un autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad, (STS TEDH de 20-11-89, caso Kostovski; de 15-6-92, caso Sindi, de 23-4-97, caso Van Mechelen y otros). Como el TEDH ha declarado en S. 27-2.2001 (Caso Luca, “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario” (STS 209/2001, de 22-10, y 148/2005, de 6-6).

La anterior doctrina ha llevado la TC a declarar que el principio de contradicción es una de las “reglas esenciales del desarrollo del proceso” (STS 41/97, de 10-3; 118/97; de 4-12; 128/99, de 22-7; 91/2000 de 3-3, y 155/2002, de 22-7), y de modo más específico, en relación con el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, que se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior al proceso (STS 2/2002, de 14-1; 57/2002, de 11-3, 155/2002 de 22-7).

Así pues, la garantía de contradicción no requiere inexcusablemente, que la declaración sumarial haya sido prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. “Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit

que conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial” (STS 155/2002, de 22-7; 206/2003, de 1-12).

En definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando “aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente su ejercicio suficiente del derecho de defensa” (STS 187/2003, de 27-10, 1/2006, de 16-1).

Así también ha declarado el TC que “el principio de contradicción se respeta no sólo cuando el demandante (sin dirección letrada- goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención ni llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial censurable” (STS 187/2003, de 17-10).

Situación que sería la producida en la causa en la que la inicial contradicción no fue posible por la propia situación de rebeldía desde el año 2004, con anterioridad a la celebración del primer juicio, hasta septiembre de 2010, pero que, en todo caso fueron introducidas en el debate del juicio oral y sometidas a contradicción por la defensa del recurrente.

Y respecto a la falta de justificación de la decisión de la Sala de preferir estas declaraciones a las que hizo en el acto del juicio oral a David, conforme a la doctrina ya expuesta en el fundamento jurídico 2, apartado b) que antecede, la sala sí justifica tal decisión precisando que las dudas que mantiene el testigo respecto a que quien identifica como “el rubio” sea el procesado, sólo pueden deberse al paso del tiempo, al cambio de fisonomía de David desde el momento en que sucedieron los hechos hasta la fecha del juicio, más de 11 años.

Razonamiento de la Sala que no puede tildarse de ilógico e insuficiente y que es corroborado en cuanto a que en la agresión participaron varias personas por la declaración del testigo protegido “enero 2005” y especialmente por el testimonio de la otra persona que resultó herida por bala, Jorge, y que había trabajado con David con anterioridad en otra discoteca, quien en el acto del juicio mantuvo que se encontraba en la puerta de la discoteca Amnesia trabajando y tras oír un tumulto vio venir a David y Alfonso y luego a los demás, estando seguro de que David llevaba también un palo o bate, ratificando además sus manifestaciones en juicios anteriores de cómo tenían sus bates en alto para agredir a Víctor.

Consecuentemente sí existe prueba de contenido incriminatorio suficiente para declarar probado que David intervino en la agresión a Víctor con golpes en la cabeza y cara con un bate, barra o palo de madera, por lo que la queja del recurrente debía ser desestimada.

-Con referencia a la inexistencia de elemento probatorio alguno para declarar que David participara en el porte y empleo de las armas que causaron la muerte a Víctor y lesiones a Juan José y a Jorge, desconociendo David la existencia de las pistolas que los hermanos Babak, Attabak y Siamak llevaban ocultas, tal alegación deviene inexistente desde el momento en que conocía, por habérselo indicado Alberto, que habían quedado con aquellos en dar un brutal escarmiento al personal de la discoteca Amnesia, especialmente a su portero Víctor y llevaba un bate de béisbol, sin que el previo conocimiento de la presencia de las pistolas tenga la relevancia que se pretende en el motivo, desde el momento en que la Sala entiende que agredieron con los bates a Víctor, antes y después de ser alcanzado por los disparos de bala, lo que supone la plena ratificación de lo ejecutado por las otras personas, sumando su

actividad a la de éstos para lograr la culminación del delito que había sido iniciado por ellos mismos, sin que se estime, por ello, producido exceso alguno.

En base a lo razonado el juzgador de instancia contó con prueba de cargo, obtenida sin violar derechos fundamentales e incorporada al proceso con respecto a los principios de inmediación y contradicción, suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, siendo racionales las deducciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora.

SÉPTIMO.- El motivo segundo por vulneración del derecho fundamental al amparo del art. 852 LECr., y 5.4 LOPJ, vulneración del derecho a un juez imparcial, por entender que la intervención de la Presidenta del tribunal en los interrogatorios de los testigos excedió, en mucho, lo permitido por el art. 708 LECr., y demuestra una clara toma de postura del tribunal de instancia en contra de David.

El desarrollo a un proceso con todas las garantías proclamado en el art. 24-2 CE, según reiterada jurisprudencia, comprende el derecho a un Juez o tribunal imparcial y al propio tiempo configura un derecho fundamental implícito en el derecho al Juez legal, proclamado en el mismo art. 24-2 CE (STS 47/82, de 12-7; 44/85, de 22-3; 113/87, de 3-7; 145/88 de 12-7; 106/89, de 8-6; 138/91, de 20-6; 136/92, de 13-10; 307/93, de 25-10; 47/98, de 2-3; 162/99, de 27-9; 38/2003, de 27-2; STS 16.10.98, 7-11-2000, 9-10-2001, 24-9-2004). La imparcialidad y objetividad del tribunal aparece, entonces, no sólo con una exigencia básica del proceso debido derivada de la exigencia constitucional de actuar únicamente sometidos al imperio de la ley (arts. 117 CE) como nota esencial con característica de la función jurisdiccional desempeñada por los jueces y tribunales (STS 133/87, de 21-7; 150/89, de 25-9; 111/93, de 25-3; 137/97, de 21-7; 162/99, de 27-9) sino que además se erige en garantía fundamental de la Administración de Justicia propia de un Estado social y democrático de Derecho (arts. 1.1 CE) que está dirigido a asegurar que la razón última de la decisión jurisdiccional que se adopta sea conforme al ordenamiento jurídico y que dicte por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares (STS 299/94, de 14-11; 162/99, de 27-9; 154/2001, de 2-7).

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo en sentencias como las del caso De Lubre, S. 26-10-84; Hanschildt, S 16-7-87; Piersack, S 1-10-92; Sainte-Marie, S. 16-12-92; Holm, S. 25.11.93; Srraira de Larbalón, S 22-4-94; Castillo Algar, S. 28-10-98); y Garrido Guerrero, S. 2.3.2000.

Consecuentemente el art. 24-2 CE, acorde con lo dispuesto en el art. 6 del Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio, de modo que la imparcialidad judicial constituye una garantía procesal que considera la existencia misma del Juzgador de no ser "Juez y parte", si "Juez de la propia causa", supone, de un lado, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte, y de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra. En tal sentido la jurisprudencia viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva "que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes y una "imparcialidad objetiva", es decir -referida al objeto del proceso, por lo que se asegura que el juez o tribunal no ha tenido en contacto previo en el Thema decidendi y por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (STS 47/98, de 2-3, 11/2000, de 27-1; 52/2001, de 26-2; 153/2002, de 22-7; y STS 1493/99, de 21-12; 2181/2001, de 22-11; 1431/2003, de 1-11; 70/20004, de 20-1; 1167/2004, de 22-10).

En línea en principio la moderada intervención del Presidente del Tribunal, a tenor del art. 708 LECr., no conculca el derecho a un tribunal independiente e imparcial.

Según la STS 780/2006 de 3-7, ciertamente el art. 708 LECr., en relación a los testigos permite que el Presidente pueda dirigirle al testigo algunas preguntas "...que estime conducente para depurar los hechos sobre los que declaren...". La práctica judicial o usus fori ha extendido esta posibilidad también a los imputados, así como que las preguntas/aclaraciones las pueda efectuar también el Ponente de la sentencia, de acuerdo con el Presidente del Tribunal (STS 1742/94 de 29-10). En todo caso, es doctrina consolidada tanto en sede científica como jurisprudencial que debe efectuarse un uso moderado de esta posibilidad y sólo para solicitar aclaraciones. En este aspecto es de total aplicación las prevenciones con que deben ejecutarse la iniciativa a que se refieren los arts. 728 a 731 LECr., que exigen una reinterpretación constitucional respectiva con el deber de imparcialidad que debe guardar el tribunal sentenciador (STS 1450/99, de 18-12; 2030/2002, de 4-12), a tal respecto no será ocioso recordar las prevenciones contenidas en la STC 188/2000, de 10-7, que advierte que esta iniciativa probatoria que exige que en todo caso con esa iniciativa, el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta (STS 188/2000, 130/2002; 229/2003; 334/2005; que entendieron que el límite a esta actuación del Presidente del Tribunal venía establecido por la existencia de que la formulación de preguntas no fuera una manifestación de actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación o una toma de partido a favor de las tesis de ésta (STS 31/2001, de 2-2).

La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse respecto del alcance de la facultad que, con carácter general, el art. 708.II otorga a la Presidencia del Tribunal. De hecho, no han faltado resoluciones que estiman vulnerado aquel principio por la actitud del Presidente del Tribunal que, al constatar que el acusado se acogía a su derecho a guardar silencio, formuló "...toda una batería de preguntas inequívocamente inculpativas que el acusado respondió afirmativamente" (STS 291/2005, de 2 de marzo). Idéntico criterio ha sido proclamado por esta Sala cuando el Presidente interrogó al acusado durante diez minutos formulándole más de sesenta preguntas, siendo irrelevante que en el transcurso de ese interrogatorio advirtiera al acusado que, pese a sus preguntas, aquél tenía derecho a guardar silencio (STS 780/2006, de 3 de julio).

No faltan otros precedentes en los que esta Sala ha tratado de fijar los límites del ejercicio de aquella función. Así, la STS 1084/2006, 24 de octubre, tuvo oportunidad de precisar que "la doctrina reconoce que una cierta iniciativa probatoria del Juez penal no es incompatible con el principio acusatorio y con el derecho al Juez imparcial; y, a este respecto, se pone de manifiesto que, en el ámbito de nuestro entorno europeo, los ordenamientos jurídicos de los Estados que han suscrito los mismos Tratados internacionales que España (Alemania, Italia, Francia, Portugal) admiten con distintos matices y amplitud la iniciativa del Juez penal en materia probatoria (244, II del CP Alemán, art. 507 del Código Procesal italiano, art. 340.1 del Código Procesal portugués, art. 310 del Código Procesal francés).

En el plano jurisprudencial, es indudable que esta Sala no ha marcado una línea totalmente definida sobre esta cuestión. En todo caso, se admite mayoritariamente la denominada "prueba sobre prueba", que es aquella "que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso" (V. STS de 16 de junio de 2004, e incluso, en la STS de 31 de mayo de 1999), al analizar la posibilidad de que el Tribunal formule preguntas a los testigos para clarificar los hechos sobre los que declaran, se afirma que tal iniciativa constituye "una facultad que, utilizada moderadamente, no afecta a la imparcialidad del presidente, ni en los

juicios ordinarios ni en los juicios con jurado, y puede permitir aclarar algún aspecto del testimonio que haya resultado confuso”.

En esta misma línea, la STS de 28 de septiembre de 1994) declaró que “ha de recordarse que, conforme autoriza el art. 708, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el presidente, por sí o a excitación de cualquier de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. Es decir, no tratándose de incorporar nuevos presupuestos fácticos, sino de abundar en el esclarecimiento y precisión de los hechos nucleares objeto del debate, el Presidente, en afán de depurar los mismos, podrá efectuar preguntas complementarias en cierto modo de las formuladas por las partes, al objeto de una mejor y más real configuración del acaecer histórico, sin que ello pueda interpretarse como una vulneración de la imparcialidad de que ha de presidir al Tribunal ni atentado alguno al principio acusatorio que gobierna el proceso penal. El derecho a un proceso con todas las garantías permanece incólume. La fidelidad al principio acusatorio no puede exasperarse de tal modo que reduzca al Juzgador a un papel absolutamente pasivo, incapaz, en momentos en que tiene ante sí a cualificados -por concedores directos- relatores de los hechos, de efectuar alguna pregunta clarificativa y dilucidante”.

El Tribunal Constitucional, por su parte, puede decirse que se ha manifestado favorable a la iniciativa probatoria del Juez penal, siempre que ello no suponga una actividad inquisitiva encubierta. Así, en la STS 188/2000, de 10 de julio, se admitió como legítimo acordar el interrogatorio de un testigo de los hechos enjuiciados cuya identidad surgió en el propio acto del juicio oral; y, en la misma línea, puede citarse la STS 130/2002, de 3 de junio, en la que se consideró igualmente válido el interrogatorio de dos testigos, cuya identidad ya costaba en el juicio.

En la STS 229/2003, de 18 de diciembre, se dice que “lo que se reprocha al Presidente del Tribunal es haber formulado una serie de preguntas al acusado y fundamentalmente a los testigos, preguntas que versaron sobre los hechos objeto de acusación (pues todas ellas se refieren a la del propio Juez y del Fiscal en la instrucción de la causa en la que se dictaron los autos presuntamente prevaricadores) y que pueden entenderse razonablemente llevadas a cabo al efecto de alcanzar el grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, ni una toma de partido a favor de la tesis de ésta. Por lo demás, tampoco puede sostenerse que la formulación de tales preguntas haya generado indefensión alguna al demandante de amparo, pues pudo alegar al respecto lo que estimó oportuno en el acto de la vista”. Finalmente, la STC 334/2005, de 20 de diciembre, admite también la iniciativa probatoria del Juez penal siempre que tenga por objeto comprobar la certeza de los hechos discutidos en el proceso. De todo lo dicho, se desprende que el límite constitucional de la iniciativa probatorio del Juez penal no es otro que la actividad inquisitiva encubierta.

De conformidad, por tanto, con los anteriores criterios jurisprudenciales; teniendo en cuenta que la justicia constituye un valor superior al ordenamiento jurídico (arts. 1.1 CE) y la tutela judicial efectiva un derecho fundamental de toda persona (art. 24.1 CE), para cuya protección el Juez necesita lógicamente conocer, con la mayor certeza posible, la realidad fáctica sobre la que ha de aplicar el Derecho, no parece jurídicamente admisible privar al órgano jurisdiccional de esta cuestionada iniciativa probatoria (que, en nuestro Derecho, como hemos visto, cuenta con suficiente base legal), siempre que la misma esté ceñida a los hechos objeto de la correspondiente causa penal, que se trate de fuentes probatorias existentes en la propia causa, y que, en todo caso, se respeten convenientemente los derechos de contradicción y de

defensa de todas las partes implicadas en el proceso; pues, con estas limitaciones, la actuación judicial no atenta contra el principio acusatorio ni el Juez pierde por ello su necesaria imparcialidad; requisitos, todos ellos, que indudablemente concurren en el presente caso.

Confirma esta línea interpretativa la doctrina proclamada por la STS 1216/2006, 11 de diciembre, conforme a la cual, el descubrimiento de la verdad material, que es una de las metas de la justicia penal (ex arts. 701-6, 713 y 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), permite, en el segundo párrafo del art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, después del interrogatorio de las partes, “el Presidente (del Tribunal), por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren”. Del propio modo, la Ley del Tribunal del Jurado (LO 5/1995, de mayo), dispone en su art. 46.1, que “los jurados, por medio del Magistrado-Presidente y previa declaración de pertinencia, podrán dirigir, mediante escrito, a testigos, peritos acusados a preguntas que estimen conducentes a fijar y aclarar los hechos sobre los que verse la prueba”.

Es cierto que estas facultades deben ser llevadas a cabo restrictivamente para no desequilibrar el acto del juicio oral, porque “siendo éste el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de su veredicto”. Los Magistrados deben permanecer durante la discusión retraídos, neutrales, a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates”, y desde luego, sin descender a la “arena del combate”. Así se expresa la brillante Exposición de Motivos de nuestra LECr.

Ello no quiere decir, naturalmente que en cumplimiento del art. 708 LECr., citado, no puedan dirigir a los testigos las preguntas que estimen conducentes los presidentes del tribunal para una mayor aclaración de los hechos o para verificar una correcta interpretación de las palabras con las que hayan depuesto los testigos, con la finalidad de subsumir adecuadamente los hechos a la norma.

OCTAVO.- En el caso actual el motivo reprocha a la Presidenta del Tribunal que cuando el testigo Juan José estaba siendo interrogado por la defensa sobre si el día de los hechos vio o no a David, ante la respuesta del testigo -según consta al minuto 01:26 de la grabación del día 22-11.

“Juan José: “(...) Ehh es que me lo pone usted muy difícil, yo es que directamente..ehhh yo a él es lo que le he dicho...ehhh yo no le conocía personalmente...es decir que podía ser y no podía ser...es decir yo ahí....no lo voy a ratificar si es lo que me quiere decir, yo sé perfectamente...”

Interrupción de la señora Presidenta al testigo: Presidenta: Vamos a ver un momento, espere, sino le conocía no lo pude asegurar, tiene que contestar que “no” a la pregunta que le han hecho.

Juan José: Vale, pues no Presidenta: No, si no le conocía.

Juan José: No, no, si le conocía de vista...

Presidenta: porque si yo le pregunto si entraba Pedro ese día, me dirá “no sé quien ese se señor”. Entonces si no conocía a David ese día tendrá que contestar vamos creo yo si ha jurado decir la verdad...

Juan José: Si, si, si...no Presidenta: O si no ¿luego no le ha visto en otras fotografías, en algún reconocimiento y le ha identificado? Juan José: sí, sí, si fotografías me enseñaron luego...

Presidenta: Pero el escudarnos en que “ummm” pues no lo sé...

Defensa de David: Únicamente...

Presidenta: claro ha dicho que sí lo conocía...

Defensa: Pero que no ratifica que le viera con un palo. Pues no hay más preguntas. Muchas gracias señoría”.

Y a continuación que la Presidenta volviera a tomar la palabra para interrogar a dicho testigo: “Presidenta: Vamos a ver, usted nos ha dicho que a David le conocía de vista.

Juan José: Si de vista.

Presidenta: ¿Con anterioridad al día 10 de mayo? Juan José: Le vi en una ocasión, además que eso es lo que testifiqué delante la policía, lo vi en una ocasión y porque me lo dijo el compañero “ese es David”.

Presidenta: Vale, usted prescindiendo de las declaraciones que haya prestado como imputado, en las que a usted también le acusaban y cuando vino a declarar aquí como acusado, que también le hacían imputaciones graves y tenía una amenaza de pena grave, luego vino en el año 2006, ya lo he dicho antes, pero como la letrada también ha querido advertir vino en el año 2006 ya declaró como testigo jurando/prometiendo decir la verdad y en ese juicio dijo que cuando vio pasar el coche, pasaban en el coche tres personas Juan José. Si, tres personas, si Presidenta: Alberto, Alfonso perdón me he equivocado yo, Alfonso David y un tercero.

Juan José: Si lo dije en su momento es que estaría seguro en su momento.

Presidenta: lo que yo le quiero preguntar es que ¿la inseguridad o las dudas que usted tiene ahora son producto del transcurso del tiempo o de que nunca estuvo seguro? ni cuando acababa de ocurrir.

Juan José yo le voy a decir que es del transcurso del tiempo y en el otro sentido pues..es que tampoco puede decir claramente un persona cuando joder es que la he visto una vez...es que pasa el tiempo y...

Presidenta: perdone pero es que...

Juan José: y claro yo le doy muchas vueltas al asunto éste...

Juan José: Pero es que lo dijo -insiste la Presidenta del Tribunal- yo entiendo que no se puede decir si no se está seguro pero lo dijo.

Juan José: Si, si, si lo dije, me pareció desde luego que era él, me pareció que era él. Ahora yo tengo mis dudas ahora, al cabo de once o doce años.

Presidenta: Estoy hablando de lo del coche ¿eh?, de pasar con el coche, ahora tiene dudas, ¿y en aquel momento le pareció que era él?.

Juan José: Si porque a los que estaban al lado, también el comentario de hablar uno y otro, mira ese el Alfonso y el David, es decir que también lo escuchas y claro también dices pues vale un tío que se parece pues será él Presidenta: Quiénes eran quienes también lo dijeron?

Juan José: Ehh Víctor que estaba a mi lado, ehhhh y algún otro de los porteros que estaban a mi lado que los conocían perfectamente, yo no. Es que ya le he dicho que con esa vez era el quinto día que estaba trabajando, es decir que yo no trabajaba es ese ambiente.

Presidenta: pero era el quinto día que estaba trabajando en ese ambiente como usted dice.

Juan José: El quinto día pero no me da tiempo a conocer a todos a los otros es que los conocía de años atrás. Porque había tenido incidentes y graves con ellos.

Presidenta: con los...

Juan José con los iraníes, si Presidenta: Y con Alfonso también? Juan José: Y Alfonso allí fue cuando lo vi varias veces y no era el Amnesia sino en la otra Sala en Macumba.

Presidenta: En Macumba cuando vio que hubo también ahí otro incidente.

Juan José. si, ahí, lo vi allí en Macumba y me parece que alguna otra vez en Amnesia, es decir que ahí, si a Alfonso si porque además era una persona que se dejaba ver bien Presidenta: Cuantas personas vio que tuvieran bates o palos o algo que no fuera un arma de fuego? Juan José: dos personas.

Presidenta: Vio a dos...

Juan José: Es decir los que estaban pegando a Víctor.

Presidente. ¿Y les reconoció, les identificó? o... en aquel momento ehh.

Juan José. Si en aquel momento, uno yo lo dije automáticamente que era Alfonso, porque lo reconocí enseguida y el otro lo que dije que era un rubio, dije uno rubio. Eso fue lo que declaré en la policía. Y declaré la primera vez porque era un chaval joven y rubio.

Presidenta, Y en algún reconocimiento fotográfico a algo le identificó en ruedas de reconocimiento.

Juan José. No, no hicimos ruedas de reconocimiento...

Presidenta: No sé, pregunto.

Juan José: No, no hicimos ruedas de reconocimiento, luego me enseñaron fotografías la policía, me...vamos m...con las fotografías de todos.

Presidenta: ¿Y ahí le identificó? Juan José: Ahí sí.

Presidenta: Al rubio.

Juan José: Por lo menos creí identificarle, además que como siempre iban juntos eso sí lo sé, iban Alfonso y él solían ir juntos, o eso es lo que me decía la gente a mí por lo menos.

Presidenta: Pero si usted le había visto una vez.

Juan José: Ya, aunque le haya visto una vez, pero es lo que me dicen.

Presidenta: Y la vez que le había visto nos ha dicho que no iba David...la del Macum...

Juan José: La del Macumba, que es lo que me ha preguntado el...pero que...

Presidenta: O sea que lo que le habían dicho era mentira porque usted mismo había visto que no.

Juan José: No, no es que era mentira es que yo conozco después de once o doce años yo conozco a algunos integrantes de la banda, es decir pues yo, a Alfonso me fijé muy bien en él porque era con el que había habido el problema y era cuando me redactaron que había habido un problema del encargado Miguel Ángel con él y que había sacado un arma. De eso sí, entonces yo me fijé muy bien en él y de hecho le dijimos que se saliera fuera, aprovechamos que salió para no permitirle volver a entrar, y ahí fue cuando se desencadenó el problema. De los hermanos iraníes los conozco desde hace unos años porque he tenido problemas con ellos trabajando en otras salas, es decir, del resto yo sé que había me enseñaron fotografías y había hasta doce o catorce personas, me enseñaron muchas fotografías, es decir yo vi una fotografía en la cual había un grupo muy grande y yo sé que era un grupo grande, de hecho también me enteré de que ese día y parecer ser que vino bastante más gente.

Presidenta: A la discoteca.

Juan José: Sí, es decir que no es que hubieran venido nada más que cuatro o cinco, sino que había bastante más gente.

Presidenta: Eso dicen vaya... Juan José: ¿Qué? Presidenta: Que si que dicen que fueron más de cuatro o cinco.

Juan José: Si vamos si yo me lo creo, que fueran más de cuatro o cinco.

Presidenta: Usted estaba allí, ¿usted a cuántos vio? Juan José: Yo vi a esos cuatro o cinco que usted dice, a los cuatro o cinco más luego aparte yo cuando me levanté yo vi a mucha más gente, es decir, cerca de la plaza. Ahora había mucho barullo también, eso ya... pero vamos que seguro que vino más gente no vinieron tan sólo esos cinco.

Presidenta: Usted, me parece que le ha preguntado el fiscal, si que resultó lesionado, ¿no?.

Juan José: Sí.

Presidenta: Supongo yo que como, bueno no, que el fiscal como perjudicado y lesionado pidió una indemnización para usted, en sentencias anteriores probablemente se haya fijado, no sé si la ha cobrado. ¿Ha cobrado usted alguna indemnización? Juan José: No todavía no he cobrado nada.

Presidenta: ¿Usted reclama la indemnización que le pueda corresponder? Juan José: Sí, si a mí el que me disparó fue Siamak y de hecho le condenaron a pagarme, me parece que le condenaron a pagarme, una indemnización.

Presidenta: vale, pues muchas gracias. Ya se puede retirar.” Pues bien es cierto que eran perfectamente concebibles otras formas alternativas de dirigir los debates. Las facultades del Presidente han de ponerse al servicio del fin constitucional que les es propio, huyendo de cualquier gesto susceptible de ser interpretado como expresión de credibilidad o incredibilidad respecto de las respuestas del testigo, pero en el caso analizado debe descartarse la pérdida de imparcialidad del órgano decisorio pues aunque resulte, en efecto, algo sorprendente tan copiosa intervención de quien presidía, en el desarrollo de la práctica de la prueba, no deja de ser cierto que los principios que, aun hoy, conforman nuestro proceso penal, en especial los de oficialidad y búsqueda de la verdad material, por mucho que en ocasiones hayan merecido cierto cuestionamiento doctrinal, siguen facultando al Juez, desde su actual vigencia configurando a éste en una posición exigentemente imparcial, pero absolutamente neutral, para la formulación de ese interrogatorio, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 708 LECr. (STS 1068/2003, de 28-11). Y como quiera además que el contenido de las preguntas de referencia no excedió de lo que sería complemento o aclaración, en depuración de las respuestas ofrecidas por el testigo a las previamente realizadas por las partes, no puede afirmarse por tal motivo pérdida alguna de imparcialidad de la Presidenta, en este caso.

En este sentido la STS 334/2005, de 20-12, razonaba que “...por lo que se refiere al supuesto de que por parte del órgano judicial se proceda a formular una serie de preguntas al acusado o testigos en la vista oral, este Tribunal ha destacado que no cabe apreciar esa vulneración constitucional cuando las preguntas versan sobre los hechos objeto de acusación, puede entenderse razonablemente que han sido llevadas a cabo para alcanzar un grado preciso de convicción para la adaptación de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva en la que se sustituya a la acusación ni una toma de partido a favor de las tesis de ésta y de ellas no se derive ninguna indefensión, permitiéndose alegar respecto de las mismas (STS 229/2003, de 18-12, STS 209/2008, de 28-4).

La actuación de oficio del órgano judicial, consistente en realizar determinadas preguntas al testigo en la vista oral, hubiera comprometido su neutralidad, ya que, tal como se acredita en el acta y la grabación de la vista oral, las preguntas realizadas por la Presidenta del Tribunal incidían sobre los hechos objeto de acusación pero se limitaban a reincidir sobre aspectos a los que ya había dado constatación a preguntas de las partes, lo que en última instancia evidencia no sólo que el tribunal no estaba sufriendo o enmendando la actividad acusatoria del Ministerio Fiscal interrogando sobre aspectos que pudieran ser decisivos para la condena, sino que la única finalidad del mismo era aclarar y fijar en el interrogatorio del testigo las respuestas ya dadas a las preguntas de las partes sobre hechos sometidos a enjuiciamiento: si conocía al acusado y cuál fue la participación de éste en los hechos, máxime cuando como destaca el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo -si la parte consideraba que tales preguntas tenían un ánimo de descrédito sobre una prueba concreta que estimaba trascendente, debió formular la correspondiente protesta respecto a aquéllas preguntas, y en el acta no consta manifestación alguna de la defensa del recurrente en tal sentido.

NOVENO.- El motivo tercero por infracción de precepto legal de carácter sustantivo, art. 849.1 LECr, por aplicación indebida de los arts. 138, 16, 62, 22.2, y 563 CP.

En primer lugar entiende que no ha quedado probado que David se concertara con los autores materiales de los hechos para llevar a cabo la acción ocurrida en la noche del 10-5-1999, al no concurrir el elemento subjetivo del tipo por el que es condenado.

En segundo lugar porque tampoco se dan en David los elementos objetivos del art. 138 CP pues no agredió a nadie ni tuvo dominio de un hecho que otros llevaron a cabo.

1) El motivo parte de la prosperabilidad del motivo primero por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y por tanto, de haber quedado acreditado que David era ajeno "al mundo de la noche", que no participó en los tres incidentes entre Alberto y los hermanos Babak, Attabak y Siamak y los porteros de la discoteca Amnesia ocurridos antes de los hechos de mayo 1999, que nadie ni ninguno de los testigos presenciales vio a David golpear a Víctor Pozo, y que en el curso de la pelea y sin conocimiento del recurrente los hermanos Babak, Attabak y Siamak desenfundaron las armas y dispararon sobre Víctor, Juan José y Jorge; y por el contrario la sentencia no acreditó los elementos probatorios que le llevaron a sostener que en David concurría el ánimo de matar exigible conforme al art. 138 CP.

Es cierto, como hemos dicho en STS 922/2009, de 30-9, los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados (STS. 22.5.2001).

En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19.10, considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión -se afirma en las SSTS. 120/2008 de 27.2 y 778/2007 de 9.10, debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ., como por la del art. 849.1 LECrim., por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (SSTS. 30.10.95, 31.5.99).

Por tanto, los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim, y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTS. 151/2005 de 27.12, 394/94 de 23.2).

En definitiva la revisión de los denominados juicios de valor e inferencias se refieren a los elementos internos del tipo -como el dolo, el ánimo que guía al acusado, el conocimiento de determinada cuestión o posesión para el tráfico- no a cualquier actividad deductiva o inferencia. Estos elementos internos al no ser propiamente hechos sino deducciones derivadas de hechos externos pueden ser revisables en casación, controlando la suficiencia del juicio de hecho, la inferencia en sí, que no es más que una forma de prueba indirecta de hechos internos que han de acreditarse a

través de hechos externos, por lo que en esta materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del Tribunal de instancia no es vinculante y es revisable vía art. 849.1 LECrim. si bien en estos casos la Sala casacional ha de limitarse a constatar si tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o los conocimientos científicos.

En definitiva esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en orden a la naturaleza fáctica o jurídica de los elementos subjetivos del hecho punible y con ello, acerca del alcance revisor del concreto cauce casacional recogido en el art. 849.1 LECrim, ha asumido de modo reiterado que el análisis de los elementos subjetivos parte de una valoración jurídica y que dichos hechos pueden, por tanto, ser revisados en casación.

En este sentido el Tribunal Constitucional sentencia 328/2006 de 20.11, remitiéndose al ATC. 332/84 de 6.6, afirma que “tal discordancia -con el criterio del Tribunal de instancia-, no alcanza relieve constitucional cuando, como en este caso, el método inductivo se utiliza para apreciar los elementos anímicos e ideales, el móvil y la intención que guió a las personas, que es de imposible apreciación directa o aislada”, y añade “A lo señalado no obsta que el Tribunal de casación corrigiera la estructura de la Sentencia de instancia y excluyera de su relato fáctico los juicios de valor sobre el conocimiento por parte del demandante de la antijuricidad de su conducta, que habían sido en él incluidos (...) tal reestructuración de la Sentencia no supone una modificación de los hechos probados, sino la revisión de los juicios de inferencia realizados a partir de los mismos, los cuales pueden ser corregidos a través del cauce establecido en el art. 849.1 LECrim...”.

Y en cuanto a la inferencia del dolo homicida es necesario subrayar, como se dice en las STS 632/2001, de 28-6; 716/2009 de 2-7; 172/2008, de 30-4; el elemento subjetivo del delito de homicidio no solo es el “animus necandi” o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el “dolo homicida”, el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS. 8.3.2004).

Como se argumenta en la STS de 16.6.2004 el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro

concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto, “para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado” (véase STS de 1 de diciembre de 2.004, entre otras muchas).

Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3.7.2006, bajo la expresión “ánimo de matar” se comprenden generalmente en la jurisprudencia tanto el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sabe el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual continúa su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generados.

En similar dirección la STS. 4.6.2001 dice el dolo supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

En el caso sometido a nuestra censura casacional en cuanto supeditado a la prosperabilidad del primero articulado por vulneración de la presunción de inocencia, debe seguir igual suerte desestimatoria por cuanto acreditada la participación concertada, su aportación objetiva al delito mediante el empleo anterior, simultáneo, e, incluso, posterior de medios tales como un bate de béisbol, en zonas tan vitales como cabeza y cara, denota esa intención de acabar con la vida y la plena asunción de los actos y armas utilizadas por el resto de los partícipes.

DÉCIMO.- Mejor destino ha de tener la invocada prescripción del delito de tenencia ilícita de armas, dado el tiempo transcurrido desde la declaración de rebeldía de David, mediante auto de 281-2004, hasta el 13-9-2010, fecha del auto de prisión, que supera

con creces el plazo de tres años establecido por el art. 131 CP para la prescripción de los delitos castigados con una pena menos grave.

En efecto es cierto que la doctrina de esta Sala, deducida entre otras a la STS 54/2002 de 21-1, y 758/99, de 12-5, afirma que no debe operar la prescripción en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y por consiguiente no puede aplicarse la prescripción por separado cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectada, no cupiendo apreciar la prescripción autónoma por paralización de procedimiento (STS 912/2010, de 11-10).

En este sentido en reciente STS 1100/2011 de 27-10, con cita de la STS 480/2009, de 22-5, decíamos que en los supuestos de enjuiciamiento de comportamientos delictivos complejos que constituye una unidad íntimamente conexiónada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otros, se plantea el problema de la prescripción separada que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva, prescindiendo de aquélla que se estimare previamente prescrita y que resulte imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario.

En tales supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental, mientras no prescriba el delito más grave o principal, añadiéndose que estos casos no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción. Ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de la aplicación de la pena para un único segmento subordinando de la conducta cuando subsista para la acción delictiva principal ni, por otro lado, en el ámbito procesal puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitada por el transcurso del tiempo o que sólo afecta a una parte de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto (STS 242/2000, de 14-2; 1016/2005, de 12-9).

Ahora bien respecto al homicidio y al delito de tenencia ilícita de armas, si es con éstas con las que se perpetra el ataque a la vida e integridad de las personas, su conexidad delictiva con este último es palmaria y no debe operar la prescripción.

No es ésta la hipótesis contemplada en el caso actual: los efectos que fueron ocupados en el domicilio que David compartía con otro acusado ya condenado: dos cuchillos desolladores utilizados en caza mayor con sus correspondientes fundas de cueros, dos llaves de pugilato y unos munchacos, considerados como "armas prohibidas", de acuerdo con el art. 4, apartado h, del Reglamento de Armas aprobado por RD 137/93, de 29-1, no fueron utilizados en ninguna de las acciones violentas imputadas al recurrente, por lo que no puede hablarse de un comportamiento complejo que constituya una unidad delictiva íntimamente conexiónada de modo material. Se trata, por tanto, de un supuesto de mera conexidad procesal que no se asienta en aspectos materiales o sustantivos del hecho y en el que no hay obstáculo para apreciar separadamente la prescripción de los delitos que se enjuician en un solo proceso (STS 29-7-98).

UNDÉCIMO.- Estimándose parcialmente el recurso, las costas se declaran de oficio, art. 901 LECr.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por infracción de ley, vulneración de precepto constitucional por David Martínez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª, de 7-12-2010, en causa seguida por delitos de homicidio, homicidios en grado de tentativa y tenencia ilícita de armas y en su virtud casamos y anulamos parcialmente dicha resolución dictando nueva sentencia con declaración de oficio de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de diciembre de dos mil once.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 36 de los de Madrid con el número de Sumario 2/2010 y 3/2000 y seguida ante la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa número 10/2001 por delitos de homicidio consumado, homicidio en grado de tentativa y tenencia ilícita de armas contra David, nacido en Madrid el 2 de agosto de 1977, hijo de Heliodoro y de Manuela, con DNI número ..., se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

ANTECEDENTES

Primero.- Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

Primero: Tal como se ha explicitado en el Fundamento Jurídico 10 de nuestra sentencia precedente debemos absolver a David del delito de tenencia ilícita de armas por prescripción del recurso.

Fallo: Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª, de 7/12/2010, modificamos la meritada resolución en el único extremo de absolver a David del delito de Tenencia ilícita de armas por prescripción del mismo, declarando de oficio las costas correspondientes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- 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. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.