

En la Villa de Madrid, a treinta de Mayo de dos mil doce.

En el recurso de casación por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que ante Nos pende, interpuesto por el procesado Antonio, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que revocó parcialmente la sentencia dictada por la Magistrada-Presidenta del Tribunal de Jurado, en el ámbito de la Sección Vigésimo Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, confirmando la condena impuesta a Antonio por delito de homicidio y absolviendo libremente a David S.G. y David A.A. de la comisión de dicha infracción en concepto de cómplices, manteniendo el resto de pronunciamientos; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal, habiendo comparecido como recurridos: Beatriz C.D., Antonio y Beatriz U.C., representados por la Procuradora Sra. López Jiménez; Asociación Sandra Palo, representada por el Procurador Sr. Velo Santamaría; David S.G., representado por la Procuradora Sra. Orero Bermejo y David A.A., representado por la Procuradora Sra. Nieto Altuzarra, y el acusado recurrente Antonio, representado por el Procurador Sr. Santander Illera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Recurso de apelación 4/2011), dictó sentencia con fecha veinte de julio de dos mil once, en cuyo Antecedente Primero hace constar que la Ilma. Sra. Magistrada de la Sección Vigésimo Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, como Presidenta del Tribunal de Jurado dictó en el Rollo 2 de 2010, procedente del Juzgado de Instrucción número 43 de Madrid, sentencia que contiene el siguiente relato de hechos probados: "En la madrugada del día 15 de Noviembre de 2008 Antonio trabajaba como coordinador de porteros en la discoteca Balcón de Rosales, en el Paseo P. s/n de Madrid, en la que también trabajaban como porteros David S.G. y David A.A. Hacia las 5,15 horas de ese día Álvaro, de 18 años de edad, se hallaba con sus amigos Rafael y Enrique en el interior de esa discoteca y, como consecuencia de un incidente con unas chicas, fue expulsado del local entre varios porteros. Ya en el exterior, Álvaro protestó por su expulsión e insultó a unos porteros que se encontraban a la entrada de la discoteca, entre los que estaban Antonio, David S.G. y David A.A. Acto seguido, cuando Álvaro se hallaba en el tramo de escaleras que suben desde la discoteca al Paseo P., Antonio, seguido por David S. y por David A., fue hacia él y lo condujo por la fuerza hasta el final de las escaleras. Una vez allí Antonio derribó a Álvaro con una zancadilla o "barrido", cayendo éste al suelo de espaldas, donde quedó boca arriba, tras de lo cual Antonio se tiró de rodillas sobre el pecho de Álvaro, impactándole con todo su peso, sabiendo que esta acción podía causar la muerte de Álvaro debido a la fuerza del impacto en una zona tan vital, manteniéndose a continuación encima de Álvaro mientras le seguía golpeando y levantándose después, tras dejar a Álvaro inconsciente y provocarle una rotura traumática en el corazón por aplastamiento que le

provocó la muerte a las 7 de la mañana en el Hospital Clínico San Carlos de Madrid, donde fue trasladado por el SAMUR, tras atenderle en el lugar de los hechos.

Mientras Álvaro era derribado en el suelo y golpeado por Antonio, David S. y David A. se mantuvieron allí, asumiendo la acción de Antonio, e impidiendo que los amigos de Álvaro y otras personas acudieran en su ayuda, favoreciendo de este modo que Álvaro perdiera la vida.

Antonio se aprovechó conscientemente de su situación de superioridad sobre Álvaro, derivada de su mayor corpulencia física, el apoyo de otros porteros y la disminución de reflejos de Álvaro a causa del alcohol consumido".

En el Antecedente Segundo de dicha sentencia aparece la parte dispositiva de la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado de veintiocho de marzo de dos mil once, que es del siguiente tenor literal: "Que debo condenar y condeno a Antonio como responsable en concepto de autor material de un delito de homicidio, con la circunstancia agravante de abuso de superioridad, a la pena de 15 años de prisión con inhabilitación absoluta para todos los honores, empleos y cargos públicos y al pago de las costas causadas por los honorarios de su letrado y de su procurador, así como un tercio de las costas causadas por la acusación particular.

Que debo condenar y condeno a David S.G. y a David A.A. como responsables en concepto de cómplices de un delito de homicidio, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a una pena para cada uno de ellos de 5 años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de vigilantes de seguridad y al pago de las costas causadas por los honorarios de sus respectivos letrados y procuradores, así como un tercio cada uno de ellos de las costas causadas por la acusación particular.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, a presentar en la Secretaría de esta Sección, dentro de los diez días siguientes a la última notificación.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de la Sala, lo pronuncio, mando y firmo".

Contra la anterior sentencia fue interpuesto, en plazo legal, el oportuno recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que se tramitó por dicho Tribunal.

SEGUNDO.- Por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de apelación dictada en veinte de julio de dos mil once, tras los Fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, se dictó la siguiente parte dispositiva: "Fallo: Que desestimando en su integridad el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales, D. José Gonzalo Santander Illera, en el

nombre y representación de D. Antonio y acogiendo, sin embargo, el interpuesto por las también Procuradoras de los Tribunales, D^a Sandra Orero Bermejo y D^a Ana Nieto Alzurra, en el nombre y la representación de D. David S.G. y D. David A.A., debemos revocar parcialmente la sentencia recurrida y, en su consecuencia, y confirmando la condena impuesta al primero de ellos por el delito de homicidio debemos, sin embargo, absolver libremente a estos dos últimos de la comisión de dicha infracción en concepto de cómplices, manteniendo, en lo restante, los demás pronunciamientos que contiene la resolución apelada y declarando de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de ser promovido, dentro de plazo de cinco días, mediante un escrito autorizado por un Abogado y suscrito por un Procuradora.

Firme que sea la presente resolución, dedúzcase testimonio literal de su contenido y remítase, en unión de los autos originales, al Tribunal de procedencia".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por el procesado Antonio, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dicho recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del procesado Antonio se basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por quebrantamiento de forma, en virtud del art. 24.1 de la Constitución española y del art. 850.1 de la L.E.Cr. por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- Por vulneración de precepto constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E. en relación con el art. 5.4 de la LOPJ. y del art. 852 de la L.E.Cr.

Tercero.- Por infracción de Ley, en virtud de lo previsto en el art. 849.2 L.E.Cr. por error de hecho en la apreciación de la prueba, todo ello en relación con el art. 24-1 de la Constitución española, por haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 120.3 de la C.E. y los arts. 142 y 852 de la L.E.Cr.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en virtud de lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ. y el art. 852 L.E.Cr.

Quinto.- Se interpone de forma subsidiaria y sólo en el caso de que no prosperen los anteriores motivos, por infracción de ley, art. 849-1 L.E.Cr.

Sexto.- Por infracción de ley, con sede procesal en el art. 849-1 L.E.Cr. por indebida aplicación del art. 138 C.P. e inaplicación por una falta de maltrato de obra del art. 617.2 C.P: en concurso con un delito de homicidio imprudente, art. 142.1 C.P.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto se impugnaron todos los motivos alegados en el mismo; igualmente se dio el correspondiente traslado a las partes recurridas que impugnaron dicho recurso; la Sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 17 de Mayo del año 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo se formaliza por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24-1º C.E.) al haber denegado la práctica de determinadas pruebas admitidas y declaradas pertinentes en su momento (art. 850.1 L.E.Cr: quebrantamiento de forma).

1. Las pruebas que a juicio del recurrente se articularon como necesarias y no fueron practicadas en juicio son las tres siguientes:

a) Solicitud de documento original consistente en el parte de asistencia efectuada el 15 de noviembre de 2008 a 5,29 de la madrugada por el SAMUR.

b) Falta de unión a la causa del texto original del electrocardiograma y de la ecografía cardiaca o "ecofax" emitido por el SAMUR sobre la persona atendida, Álvaro.

c) Nuevo análisis de sangre del fallecido que incluyera la posible presencia de alcohol, psicofármacos y otras drogas de abuso.

2. Sobre la solicitud y práctica de pruebas es de sobra conocida la doctrina sentada por esta Sala que considera que el derecho a la práctica de todo tipo de pruebas no es absoluto e ilimitado, pudiendo y debiendo rechazarse las que no sean pertinentes o necesarias. Pertinentes serían las pruebas directamente relacionadas con el objeto procesal y necesarias las que tienen aptitud para variar el resultado del juicio.

Por otro lado la parte que interesa la prueba tiene la carga de explicar razonadamente la relevancia de la misma en orden al acreditamiento de un determinado punto y la influencia de dicho extremo en la decisión final del asunto, que no se produciría cuando existen sobre el aspecto a probar elementos acreditativos suficientes, difícilmente desvirtuables. El juzgador por su parte tiene también la obligación de motivar la inadmisión o impertinencia so pena de incurrir en arbitrariedad.

3. Sobre tales principios el Tribunal Superior decidió certeramente sobre estos aspectos, que ahora se reiteran ante esta Sala de casación.

Sobre el texto original de la intervención del SAMUR, en el momento de prestar asistencia médica al después fallecido, nos dice el recurrente que es una fotocopia y en ocasiones ilegible.

El Tribunal Superior explica (acta 8-marzo-2011) que las cinco personas que componían el equipo de auxilio, incluida la doctora que firmó el informe, comparecieron a juicio como testigos y allí depusieron por extenso, contestando a cuantas preguntas se les formularon sobre su intervención en el suceso. Consecuentemente se practicó la prueba reclamada.

Pero además debe añadirse que en el procedimiento figura un autocopiativo que fue remitido como original por el SAMUR y así se hizo constar en el acta de 10 de marzo de 2011 en la que la Magistrada-Presidenta del Jurado informó que oficiaron al SAMUR y les remitió una copia que es sobre la que se ha ido interrogando a todas las personas que han comparecido a declarar. Dicho informe autocopiativo lo manejaron y vieron en el juicio oral los que lo confeccionaron, reconociéndolo como el redactado por los profesionales intervinientes el 15 de noviembre de 2008.

4. Respecto al original del electrocardiograma el Tribunal Superior ofrece la condigna respuesta a la protesta que se plantea, que ahora se reproduce, y nos dice que tal documento se pidió a la entidad emisora, recibéndose como explicación que el dispositivo del que iba provisto la ambulancia que practicó la primera asistencia recoge los resultados de tales análisis o pruebas médicas en un soporte o papel autocopiativo, uno de cuyos ejemplares se remitió en su momento al órgano judicial, se incorporó a la documentación procesal y es el que se utilizó en la causa, siendo, al parecer, los otros dos de idéntica naturaleza, sin que exista, por tanto, un original y unas copias. Ante tal respuesta no podemos afirmar que nos hallamos ante una denegación de prueba, vulneradora de derechos fundamentales, sino ante un singular supuesto de imposibilidad material.

A todo ello podría añadirse que si nos atenemos a la fotocopia obrante en la causa, observamos que sobre la misma consta una "pegatina" o "etiqueta" en la que se lee "Hospital Clínico San Carlos", situada en un lateral y encima del electrocardiograma, por lo que de existir alguna complementaria actuación médica, posterior a la del SAMUR, provendría del Hospital San Carlos, y es lo cierto que el recurrente no interesó nada durante todo el procedimiento de ese Hospital.

Sobre la ecografía del corazón hecha por el SAMUR, no consta que el Ecofax portátil con el que iba equipada la ambulancia dejara rastro documental alguno de dicha ecografía, es decir, impresión en papel. El recurrente pide una y otra vez el original de un documento que no existe, que nadie ha visto, que nadie ha dicho que existiera y que en la causa no obra ni por fotocopia. No obstante la interpretación de lo que según la Dra. D^a Yolanda mostraba la pantalla de ecofax, cuando lo aplicó in situ, fue objeto de testifical y debate pericial médico en el juicio oral, lo que descartaría cualquier indefensión.

5. Acerca de la prueba pericial que se interesó y reiteró en su momento para la detección en la sangre de la persona fallecida no sólo de alcohol etílico y de psicofármacos, sino también de drogas de abuso o alucinógenas, como el LSD, la mescalina, la ketamina y la gamma-oh, más conocida como éxtasis líquido, así como los propios medicamentos que, ante la gravedad de su estado, hubieron de suministrarle los miembros del SAMUR, tales como Naxalona, el Anexate y la Atropina, el Tribunal Superior también argumentó con acierto rechazando la pretensión.

En efecto, los informes solicitados y acordados en su día fueron incorporados a autos, pero cuando en el escrito de conclusiones lo solicita de nuevo al objeto de subsanar lo que calificó de carencia, el órgano jurisdiccional admitió la solicitud de prueba contenida ahora en el escrito de conclusiones y atendiendo a dicha orden los peritos en toxicología designados al efecto realizaron diversos análisis e informaron ampliamente en juicio acerca de las diversas preguntas formuladas por las partes.

Si acudimos al acta del día 10 de marzo de 2011, se lee lo siguiente, dentro de las preguntas y respuestas de los peritos: "Pregunta si analizaron LSD, sus metabolitos, dicen que eso no lo pueden analizar en sangre, sino en orina, que la Ketamina se analiza en sangre, puede tener algo de relación estructural con la anfetamina, pero es un anestésico. Que la ketamina tiene dos metabolitos fundamentales, que se diferencian de la anfetamina, si hubiera aparecido ketamina lo hubieran hecho constar.

Sobre la droga Gamma OH, dice que el gamma en una persona fallecida alcanza unos niveles muy elevados, por eso cuando solo se tiene la sangre no es una sustancia que se analice. Se puede analizar en sangre, pero tiene poco valor porque alcanza niveles muy altos en fallecidos. Tendría que hacerse la analítica no solo de sangre sino también de orina, por lo tanto no lo hicieron en sangre.

La mescalina tampoco lo hicieron, es un alucinógeno. Que todos estos alucinógenos son casi indetectables en sangre por lo tanto hay que hacerlo con la orina.

La naloxona es un antagonista de opiáceos y el anéxate un antagonista de benzodiazepinas. Nadie les ha solicitado que los busquen".

De forma que se puede concluir que la prueba solicitada por el recurrente D. Antonio S.S. relativa a un nuevo análisis de sangre podría ser pertinente pero no necesaria ya que dicho nuevo análisis en nada hubiera influido en el resultado del procedimiento, puesto que las drogas por las que preguntaba la defensa ya fueron analizadas y las que no constaron en el informe del Instituto de Toxicología es porque no aparecieron en el análisis realizado.

6. Lo hasta ahora expuesto nos permite rechazar los distintos reproches casacionales, englobados en el motivo primero.

El recurrente no concreta en qué aspectos se le ha producido indefensión. Lo cierto es que se practicaron todas las diligencias solicitadas que era posible practicar, y las que resultaron imposibles, los peritos en el juicio pudieron dar las explicaciones pertinentes a todos las interrogantes formulados, sin que la no constancia de los documentos originales o los complementos analíticos impidieran clarificar los extremos a que aquéllos se referían, por lo que ninguna indefensión se ha producido al recurrente.

El motivo ha de decaer.

SEGUNDO.- En el correlativo ordinal se denuncia a través del art. 852 L.E.Cr. y 5-4 LOPJ. la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24-1 C.E.).

1. Este motivo se desglosa en tres quejas esenciales a las que ya dio respuesta el Tribunal Superior. Éstas son:

a) La redacción de las confusas instrucciones facilitadas al jurado vulneraban el art. 54-3 LOTJ.

Muestra desacuerdo con el criterio sentencial en el apartado tercero (pág. 5 par. 1º) de las instrucciones a las que se da preminencia al principio de libre valoración de la prueba. Allí se dice que dicho principio significa "que las pruebas se valoran de forma libre y razonable, sin que exista norma alguna en nuestro Derecho Penal que atribuya un valor determinado o preestablecido a cada uno de los medios de prueba; existen criterios marcados por la jurisprudencia sobre valoración de la prueba, pero su valor es puramente orientativo". No se concretó -según el recurrente- adecuadamente que debe motivarse la valoración que se realiza y precisamente la parquedad del inmotivado veredicto fue fruto de las deficientes orientaciones. A su vez discrepó del ejemplo propuesto a los jurados del homicidio imprudente y del preterintencional, al objeto de ilustrarles y orientarles con vistas a la decisión que debían adoptar.

Por último nos dice dentro de este apartado que la entrega del objeto del veredicto a los jurados no se grabó en soporte DVD, lo que también supondría una vulneración de la tutela judicial efectiva, ya que el art. 743 L.E.Cr. no establece excepciones o las que establece lo son para caso de que los mecanismos de garantía previstos en la ley no se pudiesen utilizar.

b) La segunda objeción la concreta en que una vez finalizadas las sesiones del juicio oral el 15 de marzo de 2011 (martes) y llegado el momento de la deliberación del Tribunal de jurado, sus miembros fueron citados el día 16, en cuyo momento la Magistrado-Presidente acordó la suspensión de la reunión para deliberar retrasándola al día 21, debido a la complejidad de la elaboración de las instrucciones y propuesta del objeto del veredicto. Así pues, los miembros del jurado estuvieron durante cinco días en contacto con el exterior, teniendo acceso a todo tipo de información difundida por los medios de comunicación, así como la posibilidad de contactar e intercambiar opiniones con cualquier persona ajena al procedimiento.

c) Por último hace referencia como irregularidad procesal causante de indefensión a la sorpresiva y heterodoxa prueba pericial toxicológica propuesta por el Mº Fiscal al inicio de las sesiones del juicio oral.

La defensa pretendía con el informe médico legal (para el que el Fiscal designó otro perito, al objeto de que junto a los otros emitiera conjuntamente el dictamen), estudiar y valorar los informes de asistencia sanitaria emitidos por los facultativos del SAMUR y el informe médico forense de autopsia que obra en el sumario. El censurante dice que la prueba no es idónea para ser propuesta al inicio de las sesiones del plenario. A su vez no quedó claro en el nombramiento del perito el objeto de la pericia. No consta que el perito haya hecho un estudio previo o análisis del objeto de la pericia o que haya tenido acceso a la causa.

2. La supuesta deficiencia de las instrucciones impartidas por el Presidente del jurado a sus miembros, lo resuelve el tribunal de origen en el fundamento jurídico tercero de la recurrida, y como en los anteriores casos con plena corrección jurídica. Las instrucciones que fueron entregadas por escrito no se apartan de las exigencias previstas en el art. 54 de la LOPJ. El Tribunal Superior destaca la dificultad de elaborar instrucciones claras, sencillas y que transmitan ciertos principios o criterios jurídicos elementales a quien es lego en derecho. Una exposición excesivamente detallada favorece la confusión en lugar de arrojar claridad.

Por otra parte no se comprende cómo el recurrente discrepa de la afirmación del principio de libre valoración de la prueba, cuando ello no admite discusión. Como tampoco resulta acreditado que el tribunal omitiera informar al jurado acerca de la motivación de la valoración probatoria. La motivación escueta (art. 61.2 LOTJ.), nunca amplia o exhaustiva, pretende garantizar que las apreciaciones valorativas no sean arbitrarias, obligando para ello a una breve explicación de las razones que han llevado a los miembros del jurado a declarar o no declarar probados unos hechos. La determinación de la suficiencia y regularidad de las pruebas incriminatorias, así como la prudente valoración de las mismas, como garantías del derecho a la presunción de inocencia, compete hacerla al Presidente del jurado (art. 70.2 LOTJ.).

Por otra parte si el recurrente estimó inadecuada alguna de las instrucciones en su momento impartidas debió proponer su modificación o corrección, cosa que no hizo.

Finalmente, el art. 743 L.E.Cr. reformado por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, no deja claro si la grabación es sólo del juicio oral en sentido estricto, o terminado éste debe grabarse también la entrega del objeto del veredicto a los jurados que también integra una actuación del plenario. Tampoco sabemos si la falta de grabación fue voluntaria por considerar no era exigible legalmente o se produjo algún defecto técnico.

En cualquier caso si de lo que se trata es de acreditar con la grabación cualquier discrepancia en algún punto, en esta instancia se puede aceptar tal alegato, pero ello no quita que la parte afectada estuviera obligada a proponer en el momento oportuno la correspondiente modificación o alteración.

3. Sobre el lapso de cinco días que la Magistrada Presidenta del jurado se tomó para redactar el objeto del veredicto y las instrucciones, el Tribunal Superior da cumplida respuesta en el fundamento jurídico tercero de la sentencia combatida.

Es cierto que aun sin expresarlo la ley de forma concisa, el espacio temporal entre la terminación del juicio oral en sentido estricto y la deliberación debe ser lo más breve posible, en evitación de que los recuerdos retenidos en la memoria de los jurados acerca de la prueba vista y oída en juicio, no se debiliten o desvanezcan, pero en el caso de autos 5 días, entre los cuales se hallan dos inhábiles, constituye un tiempo prudencial.

Pero si la razón de la protesta es la contaminación o influencia que pueden recibir los jurados del exterior, la ley no establece la incomunicación, sino después que se ha formulado el objeto del veredicto, pues hasta entonces no se sabe a qué preguntas se va a responder.

El silencio de la ley de jurado (art. 55 y 56) sobre el lapso de tiempo entre la terminación del juicio y el comienzo de la deliberación, queda resuelto "a contrario" por la afirmación de que la incomunicación o deliberación a puerta cerrada se produce a partir del momento en que los jurados, ya en posesión del cuestionario u objeto del veredicto y de las instrucciones, se retiran a deliberar. Si nada se dice en referencia a momentos anteriores es que les está permitido a los jurados hacer vida normal sin ninguna clase de aislamiento o limitación (art. 56 LOTJ.).

4. Por último, a la prueba pericial propuesta al inicio de las sesiones del juicio oral por el Fiscal, el Tribunal Superior dedica el fundamento cuarto, que como en los anteriores aplica correctamente la Ley para denegar la pretensión. Así, la defensa del acusado en el escrito de calificación provisional propone dicha prueba toxicológica, que en realidad se trataba de enjuiciar o analizar críticamente otros informes precedentes de diversos peritos médicos. Lógicamente los peritos propuestos no eran forenses, sino especialistas ejercientes en la vida privada. Como quiera que la calificación provisional del Fiscal y la proposición de pruebas ya la había evacuado, sólo tenía la posibilidad de completar la pericia para añadir mayores garantías, recurriendo al art. 45 de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado. Ejercitando su derecho propone otro perito médico forense, especialista en la materia, que contrapesara los dictámenes u opiniones periciales que podían emitir los peritos de parte, propuestos por la defensa. No se trató de ninguna prueba sorpresiva, ni la pericial exige preceptivamente que antes de evacuar la pericia se emita un informe para debatir en juicio, ni tampoco se acredita que el perito no estuviese informado o tuviere conocimiento del objeto de la pericia, en especial, de los dictámenes sometidos a crítica, ya que pudo facilitárseles y debió hacerlo el Mº Fiscal, en cuanto perito propuesto a su instancia. En definitiva, ninguna de las partes se halla obligada a descubrir sus estrategias procesales, si en todo caso se actuó al amparo del art. 45 de la LOTJ. En conclusión, aceptando en lo esencial las argumentaciones desarrolladas por el Tribunal Superior al resolver las cuestiones reiteradas en esta instancia procesal, deben rechazarse, y con ellas el motivo segundo.

TERCERO.- En el motivo del mismo número se alega error facti (art. 849-2 L.E.Cr.), cometido por el tribunal al apreciar la prueba, infringiendo a su vez el art. 24-1 C.E. (tutela judicial efectiva), en relación al 120.3 C.E. (motivación de las resoluciones judiciales), con la vulneración del art. 142 y 852 L.E.Cr.

1. El recurrente entiende que la defectuosa valoración de la prueba motivó que una hipótesis acerca de la causa de la muerte o momento de producirse se constatará como hecho inconcuso por los jurados. Los documentos que cita son:

a) Informe de autopsia emitido por los forenses D. Enrique y D^a Cristina, ratificado en el plenario.

b) Informe médico-legal de los doctores D. Ramón y D. Javier, así como la pericial sobre dicho informe practicada en el juicio oral.

c) Informe de la testigo perito, doctora D^a Yolanda, así como la pericial constante en el acta del juicio oral.

d) Informe histopatológico emitido por el Instituto Nacional de Patología y Ciencias Forenses y su correspondiente pericial practicada en el plenario.

e) Informe pericial sobre la detección del perfil genético y restos biológicos, Sección Biología y ADN, con la correspondiente pericial ratificada en el plenario.

f) Actas del juicio oral donde constan las pruebas periciales ratificadas y ampliadas por todos los peritos citados.

2. Acerca de la infracción de ley por error en la valoración de la prueba, esta Sala ha venido estableciendo unos condicionamientos en trance de interpretar el art. 849-2 L.E.Cr. que en el caso de autos no concurren. Estos condicionamientos son:

a) Que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase como las pruebas personales por más que estén documentadas.

b) Que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

d) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el

recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

3. Conforme a tales exigencias los supuestos documentos en los que se contienen informes, pericias o apreciaciones técnicas, desde el momento que los peritos intervienen en juicio, aclarando o contestando preguntas, con posibilidades de alterar o modificar sus informes escritos, no pueden funcionar como documentos sino que renace su carácter de prueba personal, cuya valoración debe producirse con intermediación judicial. Por otro lado, es obvio que las actas del juicio no constituyen documentos, según tiene declarado reiteradamente esta Sala.

Así pues, aunque los dictámenes o informes periciales puedan constituir un documento "literosuficiente", es decir, con aptitud para acreditar un hecho por sí solo y sin precisar de aclaraciones o interpretaciones, los supuestos que admite esta Sala no coinciden con los del caso concernido.

Se trataría de los casos en que:

1) Exista un sólo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo de otras pruebas (se entiende de cualquier naturaleza), el Tribunal haya estimado el dictamen coincidente como base única de los probados, pero incorporándolo al factum de modo fragmentario o incompleto.

2) La misma situación probatoria, cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las del citado informe o informes coincidentes, sin expresar las razones que la justifiquen.

Pues bien, la hipótesis planteada no sólo no se ajusta a estas coordenadas, sino que además los informes o dictámenes en cuanto analizados en juicio, poseen un inequívoco carácter personal y no documental, y por tanto se tornan inaptos para modificar el factum.

4. Si con lo expuesto bastaría para rechazar el motivo, también constituye un obstáculo para su estimación la existencia no sólo de contradicciones probatorias entre los mismos dictámenes, sino con otras pruebas testificales, en cuyos supuestos es el tribunal el que de conformidad con el art. 741 L.E.Cr. obtiene las pertinentes conclusiones sobre el extremo sometido a acreditamiento.

En cualquier caso los informes periciales sólo plantean hipótesis posibles o probables sometidas a la interpretación última del órgano jurisdiccional. En nuestro caso los jurados se inclinaron con preferencia por el dictamen de los forenses, en el que se establecía que la "causa inmediata de la muerte de Álvaro fue la rotura cardiaca, que tal rotura fue traumática, siendo el mecanismo de producción más probable el aplastamiento". Frente a tal conclusión figuraba la sostenida por D^a Yolanda, médico del SAMUR, pero no cabe pasar por alto que los peritos que examinaron científicamente el corazón de la víctima, las lesiones que presentaba, la importancia y

naturaleza de las mismas, fueron los forenses anatomopatólogos que llevaron a cabo un examen microscópico y macroscópico, exponiendo sus conclusiones médico forenses, plenamente fundadas y explicadas científicamente, que ofrecieron mayores garantías al Tribunal.

Por lo expuesto, el motivo debe rechazarse.

CUARTO.- En el correlativo y con apoyo procesal en los arts. 852 L.E.Cr. y 5-4 LOPJ. denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.).

1. El impugnante entiende que la prueba fue insuficiente y confusa, no habiéndose acreditado en debida forma cuál fue la causa directa de la rotura cardiaca que sufrió el fallecido ni el momento en que dicha lesión se produjo.

En el desarrollo argumental hace un repaso de las distintas pruebas, destacando los pormenores y obteniendo personales consecuencias probatorias de las mismas. En tal sentido analiza los testimonios de seis testigos presenciales y cuatro agentes de policía. También hace un reexamen de las distintas peritaciones o informes médicos existentes en el proceso, tratando de alcanzar una conclusión acerca de la causa de la muerte que favorezca su posición procesal.

2. Al igual que en las anteriores hipótesis la presente causa impugnativa fue jurídicamente resuelta con pleno acomodo a la legalidad imperante por el Tribunal Superior de Justicia, en el fundamento 5º de la sentencia (pág. 17 a 21), entre cuyos argumentos es del caso destacar lo siguiente.

En primer lugar, establece los límites cognitivos del tribunal en impugnaciones de esta naturaleza, trazando una línea delimitadora que no es posible superar en su función revisora. Así, el tribunal de alzada debe analizar y comprobar la existencia en la causa de suficiente prueba de cargo, cuando menos para justificar una sentencia condenatoria, que tal prueba se obtuvo con plena regularidad en la investigación previa y se practicó después en el plenario con sujeción a los principios que rigen el proceso penal (publicidad, oralidad, inmediación, contradicción, igualdad de armas) y que el resultado probatorio fue objeto de una valoración por parte del órgano judicial (en este caso por el colegio de jurados) con racionalidad e imparcialidad, lejos de cualquier arbitrariedad.

Quedó claro que la decisión sobre la apreciación valorativa, es decir, la de inclinarse por un medio concreto de prueba -peritos, testigos, documentos, etc.- que les resulte más convincente a los jueces legos dentro de las sometidas a su consideración, queda reservado al ámbito de su libre valoración y que el tribunal revisor debe respetar, so pena de desvirtuar el sistema de enjuiciamiento diseñado por el legislador.

Por otro lado el apelante dirige su censura no a aquéllos aspectos susceptibles de ser combatidos, sino que la discrepancia surge sobre la valoración o apreciación de la prueba practicada; nunca referida a una defectuosa motivación del veredicto o al

mantenimiento por el jurado popular de conclusiones arbitrarias o irracionales. En el fondo de la cuestión afloraban dos opiniones o criterios contrapuestos sobre la causa de la muerte y lugar donde se produjo, y sobre tal cuadro probatorio, después de conocer de primera mano las distintas opiniones de expertos, con las explicaciones ofrecidas a las diversas preguntas complementarias que las partes les formularon, emitieron la condigna respuesta, reflejando en el probatum la versión que les resultó más convincente. 3. La sentencia que revisó el Tribunal Superior construyó la condena partiendo del veredicto y exteriorizando el razonamiento que ha permitido tener por enervada la presunción de inocencia.

No cabe en este nivel casacional llevar a cabo una revalorización de la prueba en tanto el Tribunal de Jurado se condujo con razonabilidad.

No extraña a este Tribunal de casación que valorando con criterios científicos y de experiencia, ante una causa de la muerte perfectamente delimitada ("rotura traumática de corazón por aplastamiento"), opte como causa productora por la irresponsable actuación violenta del recurrente, más que por la actuación de profesionales, con conocimientos técnicos y con responsabilidades profesionales, achacándola a unas inadecuadas maniobras de reanimación. Excepcionalmente es posible imaginar que ciertas maniobras hayan podido causar algún daño colateral en un cuerpo sometido a reanimación, pero muchísimo más difícil es entender que han llegado hasta extremos de producir la muerte a un paciente, cuando su objetivo es el contrario.

Por lo expuesto, procede desestimar el motivo.

QUINTO.- En el ordinal del mismo número, a través de la vía procesal prevista en el art. 849-1º L.E.Cr. alega inaplicación de los arts. 142.1 y 22-2 C.Penal.

1. Incorrectamente propuestos dos motivos en uno, las argumentaciones esenciales acerca del error iuris alegado se resumen en las siguientes:

a) Del conjunto de la actividad probatoria no pueden deducirse datos que acrediten la concurrencia del "animus necandi" y por tanto los hechos no son constitutivos -en opinión del recurrente- del delito de homicidio doloso, ni aun en la modalidad de dolo eventual.

b) Igualmente no puede concurrir la agravante de abuso de superioridad -según su tesis- toda vez que la sentencia recurrida absuelve a los otros dos coacusados y por tanto quedó acreditado que él no actuó asistido o coadyuvado por ninguna otra persona.

En el desarrollo argumental nos dice que si ni siquiera el propio autor principal tenía antes del suceso el ánimo directo de matar, con mayor razón los coacusados no pudieron advertir en él el ánimo homicida. La contradicción surge de que los condenados como cómplices en base a los hechos externos y objetivos cometidos por

el autor principal no pudieron inferir un ánimo homicida, y sin embargo se atribuye ese ánimo a dicho autor.

Para la determinación del elemento subjetivo que configura el tipo debe acudirse, como indicadores objetivos, a las características, condicionamientos y demás circunstancias que acompañaron a la acción. Sin embargo tal acción transcurrió en segundos y tuvo lugar como consecuencia de una caída, hecho que reconoce directamente el recurrente, esto es, que cayó de forma accidental encima de Álvaro. Ello debería determinar la calificación de la figura jurídica denominada "preterintencionalidad heterogénea", concepto utilizado con frecuencia en casos en los que existe intención de lesionar y se produce la muerte. Respecto al abuso de superioridad, absueltos los inicialmente considerados cómplices, debe concretarse en que ha consistido la superioridad (art. 22-2 C.P.) que conforme al factum se apoyaba en tal elemento fáctico.

Lo correcto en suma sería condenar por una falta dolosa de lesiones y por el delito de homicidio imprudente del art. 142-1 C.Penal.

2. La primera objeción que debe realizarse respecto a la presente censura es que, atendiendo a la naturaleza del motivo (corriente infracción de ley: art. 849-1 L.E.Cr.), cualquier ataque por dicha vía obliga al más escrupuloso respeto a los hechos probados, como impone el art. 884-3 L.E.Cr. Sin embargo, entre los presupuestos argumentales aparece una idea incompatible con las exigencias del motivo formalizado y es que el recurrente deforma o altera los hechos probados, a los que debemos plena sumisión conforme al art. 884-3 L.E.Cr. admitiendo que cayó encima de la víctima de modo accidental, cuando el factum nos dice que Antonio (recurrente) "se tiró de rodillas sobre el pecho de Álvaro, impactándole con todo su peso, sabiendo que esta acción podría causar la muerte de Álvaro debido a la fuerza del impacto en una zona tan vital...".

Como explica la combatida en el fundamento sexto la intención o propósito que guía el actuar de las personas, que anida en lo más profundo de su espíritu, no es susceptible de acreditamiento con prueba directa, salvo en el excepcional supuesto de sincera confesión, por lo que debe inferirse de los actos externos debidamente demostrados y de éstos fluye, con inequívoca claridad, que la conducta descrita no obedeció a un comportamiento descuidado, desatento, o negligente, que pudiera configurar un delito de imprudencia grave.

Muy al contrario, el relato probatorio -como bien precisa el Tribunal Superior- obliga a concluir que en realidad el sujeto activo buscó voluntariamente la producción de un grave detrimento corporal para la persona atacada, o bien la consciente aceptación de que, cuando menos y en el mejor de los supuestos posibles, tal modo violento de proceder podía degenerar, con un alto grado de probabilidad, evidente para cualquiera, en la causación con tal brutal comportamiento de una lesión de tan definitivos efectos que sería susceptible de poner en peligro la propia vida del agredido.

No existió por tanto imprudencia grave.

3. La jurisprudencia de esta Sala (véase, por todas, sentencia núm. 410 de 18 de mayo de 2007), establece como requisitos del abuso de superioridad los siguientes:

a) Una situación objetiva de poder físico o anímico del agresor sobre la víctima que determina un desequilibrio de fuerzas a favor del primero.

b) Que tal desequilibrio se utilice o aproveche por el agresor para la mejor realización delictiva y la mayor impunidad, de tal modo que pueda hablarse de un abuso de tal situación, requiriendo la conciencia de la superioridad y de las ventajas que ello comporta.

c) Que el exceso no sea imprescindible para la comisión delictiva, ya por ser un elemento más del tipo, ya por ser la única forma de poder consumarlo.

En el caso de autos el Tribunal de jurado, confirmado por el Superior de Justicia, considera determinantes de tal superioridad los siguientes datos:

a) Los acusados, absueltos por el T.Superior, compañeros del recurrente, se mantuvieron allí impidiendo que los amigos de Álvaro intervinieran.

b) Corpulencia física del acusado.

c) Disminución de reflejos y de la capacidad de defensa del acusado, por la ingesta de alcohol, debidamente determinado en las pruebas etílicas que le fueron realizadas.

Las tres circunstancias se mantienen vigentes, pues el hecho de la absolución de los dos compañeros porque no tuvieron conciencia de que el recurrente pretendía desarrollar una acción tan brutal, capaz de producir efectos letales, no quita que impidieran que otros se acercaran a su compañero, garantizando el reproche, repulsa o reacción que se disponía a efectuar frente al provocador del altercado en la discoteca, que a su vez insultó a los guardias de seguridad.

Por supuesto, que las otras circunstancias se mantenían intactas como la primera, todas las cuales configurarían la cualitativa prevista en el núm. 2 del art. 22 C.Penal.

El motivo, en sus dos aspectos, debe rechazarse.

SEXTO.- En el último de los motivos, con sede en el art. 849-1 L.E.Cr. denuncia la indebida aplicación del art. 138 C.P. e inaplicación de la falta del art. 617-2 en relación al 142.1 del C.Penal.

1. El motivo se formula como subsidiario de los anteriores. La sentencia del jurado fundamenta la conducta dolosa, en su modalidad de dolo eventual en:

a) Una acción homicida en la que el sujeto activo tira al suelo a un joven que se encuentra tumbado boca arriba y sobre quien se lanza su agresor de rodillas, impactándole con todo su considerable peso en el pecho, para seguir pegándole puñetazos en esa postura.

b) La acción descrita causa la rotura traumática del corazón de la víctima por aplastamiento y con ella su muerte.

c) El acusado Antonio actuó de forma consciente, esto es, pudo apreciar el peligro de su acción y de su potencia letal y ello no le hizo desistir de la misma, asumiendo así el resultado de la muerte de su víctima.

En el desarrollo del motivo trata de justificar que en el peor de los casos los hechos deben calificarse de imprudencia grave, a cuyo efecto realiza elucubraciones teóricas distinguiendo entre dolo eventual y culpa consciente, entendiendo que esta última fue la que presidió su comportamiento. En la culpa consciente el sujeto activo no quiere causar la lesión, aunque también se advierte su posibilidad y sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir y ésta fue precisamente la situación producida, que el Tribunal no reconoció.

Acepta que determinar si el acusado realizó o no la acción aceptando, consintiendo o representándose como algo probable la muerte de la víctima, constituye una inferencia que debe obtenerse racionalmente a partir de los datos acreditados, según análisis desde las máximas de experiencia. De ahí que la calificación más adecuada, a la vista de las pruebas practicadas, hubiera sido la de una falta de maltrato de obra en concurso con un delito de homicidio imprudente.

2. El recurrente en este motivo reproduce en esencia el anterior, ya que de no entenderlo así, considerando el motivo como cuestión nueva, no permitiría su análisis o estimación, ya que el recurrente no puede hacer uso en casación de motivos que pudiendo ser utilizados en apelación, no hubiera hecho uso de ellos. En suma, el recurrente no puede elegir entre el Tribunal Superior y el Supremo para formalizar unos u otros motivos.

De cualquier forma y aceptando que el propósito o intención debe inferirse del conjunto de datos externos que caracterizan o acompañan a la acción, el Tribunal de jurado, y después el Superior de Justicia, han entendido que el Colegio de Jurados, valorando la prueba, consideró que los hechos se habían cometido con dolo eventual, al elegir la opción dentro del objeto del veredicto que propiciaba tal calificación jurídica.

La naturaleza del motivo no permite separarse del tenor literal del relato probatorio y en él se refleja una conducta ejecutada con dolo eventual.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- La desestimación de todos los motivos hace que deban imponerse las costas al recurrente de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 L.E.Criminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del procesado Antonio, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha veinte de julio de dos mil once, que revocó parcialmente la sentencia dictada por la Magistrada-Presidenta del Tribunal de Jurado en el ámbito de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo-tercera y confirmó la condena impuesta a dicho procesado, absolviendo libremente a los otros dos inculcados, con expresa imposición a Antonio de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- Diego Ramos Gancedo.- Joaquín Giménez García.

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