



Roj: **STSJ CANT 1940/2007 - ECLI:ES:TSJCANT:2007:1940**

Id Cendoj: **39075310012007100004**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **27/11/2007**

Nº de Recurso: **5/2007**

Nº de Resolución: **5/2007**

Procedimiento: **RECURSO DE APELACION AL JURADO**

Ponente: **JUAN PIQUERAS VALLS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Cantabria, Tribunal del Jurado, Sección 3ª, 12-06-2007,
STSJ CANT 1940/2007**

T.S.J.CANTABRIA SALA CIV/PE

SANTANDER

SENTENCIA: 00005/2007

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

CANTABRIA

Ref.- RECURSO DE APELACION AL JURADO 5/07

Apelante principal: MINISTERIO FISCAL, Ismael y Carlos Miguel

Apelado: Andrés

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN 3ª SANTANDER

Rollo Tribunal del Jurado 2/07

Juzgado de Instrucción nº 1 de Medio Cudeyo

Pº Ley Jurado 1/06

SENTENCIA N° 5/2007

Presidente: Excmo. Sr.

D. Cesar Tolosa Tribiño

Magistrados: Ilmos. Srs.

D. Juan Piqueras Valls

D. Santiago Pérez Obregón

LA SALA EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, HA DICTADO LA SIGUIENTE:

SENTENCIA

En Santander a veintisiete de noviembre de dos mil siete

Esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia ha visto y oído el presente recurso de apelación número 5/2007 interpuesto contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. D. José Luis López del Moral Echevarría, Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de esta Ciudad,

en la Causa 2/07 de la Ley del Jurado procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de Medio Cudeyo contra Ismael , mayor de edad y sin antecedentes penales, nacido el 23/09/1964 en Salamanca, hijo de Emilio y Francisca, con D.N.I. NUM000 y en situación de prisión por un delito de asesinato y Carlos Miguel , mayor de edad y sin antecedentes penales, nacido el 1/12/1976 en Cali-Valle (Colombia), hijo de Octavio y María Gladis, N.I.E. NUM001 y en situación de prisión por un delito de asesinato.

Han sido partes en esta Sala como Apelantes el MINISTERIO FISCAL, representado por la Ilma. Sra. D^a. Francisca Pilar González Díez, Ismael en su condición de inculpado representado por el Procurador Sr. D. Jaime González Fuentes y defendido por la Letrado D^a. Carmen Sánchez Moran, Carlos Miguel en su condición de inculpado representado por la Procurador D^a. Begoña Peña Revilla y defendido por el Letrado D. Alberto Aldecoa Heres.

Ha sido parte Apelada Andrés , en su condición de acusación particular, representado por el Procurador D. Ignacio Calvo Gómez y defendido por el Letrado D. Javier Rodríguez Biel.

Ha sido Ponente de esta Sentencia el Ilmo. Sr. D. Juan Piqueras Valls, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado dictó Sentencia con fecha 12 de junio de 2007 que contiene el relato de Hechos Probados siguiente:

"Los miembros del jurado han declarado probados en su veredicto los siguientes hechos:

Sobre las 9,30 horas del día 20 de octubre de 2005, Ismael citó a Francisco , mediante llamada telefónica, en un garaje propiedad de aquel situado en el Barrio la Frontera número 13 de la localidad de Sarón.

Ambos se conocían porque Francisco era profesor del Colegio Gerardo Diego de la localidad de Cayón, al igual que la esposa de Ismael , Marí Jose , y por haber encargado Francisco a Ismael el montaje de la cocina de su casa. Ismael carpintero de profesión, realizó también algunos trabajos para el Colegio Gerardo Diego.

Ismael concertó la cita con Francisco para, entre otros motivos, hablar con él sobre la relación que éste supuestamente mantenía con la esposa de aquél, dado que Ismael creía que Francisco molestaba a Marí Jose en su centro de trabajo.

Sobre las 18,00 horas del mismo día 20, Ismael recogió en Santander a Rubín Carlos Miguel , persona con la había realizado trabajos propios de la profesión de aquel, y con la que había quedado citado anteriormente, haciéndolo a bordo de un automóvil propiedad de Ismael marca BMW, modelo 525 TDS, matrícula GKD y color azul. Tras efectuar algunas gestiones por la zona de Peñacastillo, ambos se trasladaron al garaje donde Ismael había concertado la cita con Francisco , llegando al lugar entre las 19,30 y las 20,00 horas.

Una vez llegados al garaje de Sarón, Ismael y Carlos Miguel se introdujeron en la plaza de garaje cerrada propiedad del primero, permaneciendo ambos en su interior esperando la llegada al lugar de Francisco .

La puerta de acceso a la plaza de garaje se encontraba abierta y el vehículo de Ismael colocado frente a ella con su parte posterior bajo la hoja basculante.

Estando Francisco en el interior del garaje, Ismael le recriminó por su conducta respecto a Marí Jose , a lo que Francisco respondió "pasa de mí".

Tras pronunciar Francisco dichas palabras Ismael lo agarró del jersey y luego del cuello, situándose a continuación detrás de él de forma inesperada y sorpresiva, cayendo Francisco al suelo y utilizando Ismael una cuerda o cinta para provocar la muerte de Francisco .

Acto seguido Ismael requirió la ayuda de Carlos Miguel , quien accedió a dicho requerimiento y auxilió a Ismael a introducir el cuerpo de Francisco en el maletero del BMW, sin hacer Carlos Miguel comprobación alguna sobre el estado vital de Francisco . Carlos Miguel creyó a Ismael cuando le dijo que había fallecido antes de ayudarlo a introducirlo en el maletero del vehículo.

Antes de trasladar el cuerpo de Francisco , Ismael colocó sobre su cabeza una bolsa de plástico sin abrir, con el fin de evitar que las secreciones de saliva de la víctima le mancharan la tapicería del maletero del vehículo.

Cerrado el maletero, ambos se introdujeron en el vehículo transportando el cuerpo de Francisco , primeramente hasta la localidad de La Cueva y luego a la de Selaya, con el propósito de hallar un lugar adecuado en el que dejar a la víctima simulando un suicidio o un accidente. No encontrando lugar adecuado para simular el accidente o suicidio, desistieron de este inicial propósito y optaron por dirigirse hasta una zona de acantilados próxima a la localidad de Loreda en un punto accesible mediante automóvil.

Llegados a dicho lugar, Ismael y Carlos Miguel extrajeron el cuerpo de Francisco del maletero y, tras comprobar Carlos Miguel como aquel retiraba de la cabeza y cuello de Francisco la bolsa de plástico y la cuerda o cinta tirando de ella hasta romperla, presencié igualmente como Ismael hacía rodar el cuerpo de Francisco hasta el borde del acantilado, logrando que se precipitara desde una altura de quince metros sobre el nivel del mar.

El cadáver de Francisco fue depositado por el mar cantábrico el día 11 de marzo de 2006 en la playa de Biscarrose ubicada en la región de las Landas francesas. Dado el estado en que se encontraban dichos restos no ha sido posible determinar la causa del fallecimiento.

Francisco residía en la localidad de La Cueva-Castañeda junto con su padre Andrés, su madre Pilar, y sus hermanas Lorena y Judith. Además, mantenía una relación estable de noviazgo con María Luisa desde hacía nueve años.

Tras ejecutar los hechos anteriores, Ismael procedió a confesar a la Guardia Civil su participación en los mismos cuando agentes de la policía judicial le informaron de que Carlos Miguel les había contado lo sucedido, conduciéndoles Ismael hasta el acantilado desde el que había arrojado en cuerpo de Francisco.

Carlos Miguel procedió a confesar su participación en los hechos a la Guardia Civil cuando fue citado por los agentes de la policía judicial al devolver estos una llamada efectuada por Carlos Miguel al teléfono móvil de Ismael cuando este se encontraba en dependencias policiales tras haberse denunciado la desaparición de Francisco por su padre Andrés.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia establecía el fallo siguiente:

"Que con fundamento en el veredicto de culpabilidad emitido por el Jurado debo condenar y condeno a Ismael y a Carlos Miguel por el definido delito de asesinato, a la pena de dieciocho años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y pago por mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Los condenados indemnizarán, conjunta y solidariamente, a los padres de Francisco, Andrés y Pilar en la cantidad conjunta de ciento ochenta y dos mil euros (182.000 €); a sus dos hermanas Lorena y Judith en la cantidad de diecisiete mil euros (17.000) para cada una de ellas, y a su novia María Luisa en la cantidad de nueve mil euros (9.000 €). Dichas cantidades devengarán los intereses previstos por el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por decisión del Jurado, no se postula ante el Gobierno de la Nación la concesión de indulto a los penados.

Abónese a los condenados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta el tiempo de que hayan estado preventivamente privados de la misma.

Líbrese testimonio de la presente el cual se llevará a los autos de su razón quedando el original en el presente libro. Notifíquese.

Esta resolución no es firme, frente a la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dentro del plazo de diez días a contar desde la última notificación de la presente.

Así por esta sentencia lo mando y firmo".

TERCERO.- Con fecha veintiuno de junio de dos mil seis (sic) se dictó auto de aclaración de sentencia cuya parte dispositiva dice así:

"Se corrige el error de redacción apreciado en el antecedente de hecho cuarto, in fine, de la Sentencia dictada en la presente causa con fecha 12 de junio de 2007 en el sentido que ha quedado expuesto en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución.

Notifíquese a las partes personadas.

Así lo acuerda y firma el Sr. Magistrado citado en el encabezamiento de la presente resolución."

CUARTO.- Contra la mencionada Sentencia se interpuso por el Ministerio Fiscal, por la representación y defensa de los dos procesados Ismael y Carlos Miguel sendos recursos de apelación para ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, el Magistrado-Presidente dispuso su admisión a trámite y remisión a expresada Sala de todo lo actuado con el emplazamiento ante ella de las partes.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante esta Sala, se acordó señalar para la vista de la apelación el día quince de noviembre del presente año a las nueve horas, momento en que se llevó a efecto, manteniendo las partes lo solicitado en sus respectivos escritos en el recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Hechos Probados y los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia apelada y

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación frente a la Sentencia del Tribunal del Jurado, de fecha 12 de junio de 2007, y solicita que se dicte sentencia por la que "se aprecie la circunstancia analógica de confesión del acusado Rubín Carlos Miguel con la consiguiente reducción de la pena impuesta en Sentencia al mínimo legalmente previsto en el artículo 139 del Código Penal".

El Ministerio Público alega, como motivos de sus pretensiones impugnatorias la "Infracción del artículo 21.6ª del Código Penal en relación con el artículo 21.4ª del mismo texto legal por inaplicación del mismo en base al artículo 846 bis c) apartado b) de la L.E.Crm. "

SEGUNDO.- El acusado Carlos Miguel interpone también recurso de apelación frente a la misma sentencia. Este apelante articula sus pretensiones sobre los motivos siguientes:

1º) "Al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haber incurrido la sentencia en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena", pues se infringe el art. 24.2 de la C.E. al condenarle sin pruebas.

2º) "Al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haber incurrido la sentencia en infracción de ley al aplicar indebidamente en artículo 28 del Código Penal "

3º) "Al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haber incurrido la sentencia en infracción de ley al no aplicar el artículo 21.4º del Código Penal "

4º) "Al amparo de lo dispuesto en el apartado e) del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haberse vulnerado el derecho a presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio carece de toda base razonable la condena impuesta"

TERCERO.- El acusado Ismael también interpone recurso de apelación frente a la sentencia de instancia y solicita que se "dicte Resolución por la que, con estimación del recurso, se revoque la sentencia, dictando otra por la que se le absuelva del delito de Asesinato por el que ha sido condenado y se le condene por delito de Homicidio del art. 138, con la concurrencia de la circunstancia analógica de Confesión, del art. 21.6ª, en relación con la 4ª todos ellos del Código Penal, a la pena de Diez Años de Prisión y accesorias, o, en otro caso, resuelva la nulidad del veredicto y, en consecuencia, del Juicio, devolviendo la Causa a la Audiencia Provincial para nuevo enjuiciamiento".

Este apelante articula sus pretensiones sobre los motivos siguientes:

1º) "Con base en el artículo 846 bis c), a) y b) por vulneración del art. 120.3, primer inciso, de la Constitución y el artículo 24.1 de la misma, por falta de motivación del pronunciamiento del Veredicto en aspecto sustancial"

2º) "Con base en el artículo 846, bis c) letra e), por entender que se ha incurrido en vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución, habida cuenta la ausencia de toda base razonable en la condena impuesta una vez examinada la prueba practicada en el juicio"

3º) "Con fundamento en el art. 846 bis c) b), por infracción de Ley (art. 849.1º), por aplicación indebida del art. 139.1 del Código Penal "

4º) "Con fundamento en el art. 846 bis c) b), por infracción de Ley (art. 849.1º), por falta de aplicación de la circunstancia analógica de Confesión art. 21.6ª en relación con la 4ª del Código Penal "

5º) "Con fundamento en el art. 846 bis c) b), por infracción de Ley (art. 849.1) y de Precepto Constitucional (arts. 24.1 y 25) por falta de aplicación de los arts. 61 y ss. y regla 6ª del art. 66 del Código Penal, ya que la sentencia no realiza una adecuada motivación de la pena impuesta".

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se opone a los recursos de los acusados y, en todo lo que excede de su propio recurso, solicita que se confirme la sentencia apelada.

El Ministerio Fiscal articula su oposición a las pretensiones formuladas por los acusados sobre los motivos siguientes:

1º) El recurso del acusado Carlos Miguel es inviable pues:

- Los apartados 7,11 y 22 del veredicto acreditan que se ha desvirtuado la presunción de inocencia y

- El art. 28 del Código Penal se ha aplicado correctamente pues su conducta de vigilante que conoce el hecho es incardinable, vía dominio del hecho, en el ámbito de la cooperación necesaria.

2º) El recurso del también acusado Ismael es igualmente inviable, pues:

- El art. 61.1 de la L.O.T.J . se cumple con una motivación sucinta y global.
- La sentencia se basa en los testimonios legales y no en simples declaraciones sumariales.
- El veredicto describe una conducta incardinable en el ámbito de la alevosía sorpresiva.
- No resulta aplicable el art. 21.6 del C.P . en relación con el art. 21.4 del mismo C.P ., pues la confesión se produce después de saber que el otro acusado había confesado los hechos y
- La pena impuesta está suficientemente motivada.

QUINTO.- La Acusación Particular se opone a todos los recursos de apelación y solicita se dicte sentencia desestimándolos y confirmando íntegramente la sentencia la sentencia apelada.

La Acusación Particular articula su oposición a las pretensiones formuladas por los tres apelantes sobre los motivos siguientes:

1º) El Ministerio Fiscal va contra sus propios actos y obvia que el acusado Carlos Miguel

- Confesó después de que se hubiera iniciado la investigación y
- Su versión de los hechos no fue veraz.

2º) La presunción de inocencia de Carlos Miguel ha sido enervada, tal y como se argumenta en la sentencia y evidencia el Hecho 22 del veredicto y su condición de cooperante es incuestionable, dados sus actos coetáneos al hecho y

3º) El recurso Ismael también es inviable pues:

- No formuló protesta.
- Su conducta integra los elementos de la alevosía.
- Se ha desvirtuado la presunción de inocencia.
- No resulta aplicable atenuante alguna.
- La pena está suficientemente motivada.

SEXTO.- La Sala, por obvias razones de lógica jurídica (el apelante Ismael solicita la nulidad del juicio; el otro acusado su propia absolución y el Ministerio Fiscal la aplicación de una atenuante a este último acusado) examinará en primer lugar el recurso de Ismael y en su caso, los del otro acusado y el Ministerio Fiscal.

RECURSO DE Ismael

I.- Este apelante invoca como primer motivo de su apelación y al amparo del art. 846 bis c. a y b de la L.E.Crm ., la vulneración de los artículos 120.3 y 24.1 de la Constitución Española por falta de motivación del veredicto.

El apelante fundamenta su petición sobre las razones siguientes:

- 1) El Jurado ha motivado todos los pronunciamientos que le han sido solicitados menos el Hecho 9 del Objeto del Veredicto, que ha determinado la aplicación de la alevosía y, por tanto, el tipo de asesinato.
- 2) La falta de motivación del Jurado no puede ser suplida por el Magistrado-Presidente y, además, la argumentación de éste (el Jurado describe el hecho "en términos coincidentes con la versión de los hechos que, sobre este hecho ofrece Ismael en su primera declaración judicial") no responde al contenido de los autos, pues el acusado negó haber usado cuerda alguna su declaración no refleja una conducta "inesperada y sorpresiva", y
- 3) Dicha falta de motivación no debe, según la jurisprudencia producir la nulidad del juicio, sino la supresión de los hechos inmotivados.

La Sala estima que este motivo de impugnación no puede ser acogido. El Tribunal ha formado este criterio sobre los hechos y razones siguientes:

1º) Este motivo está incurso en la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 846 bis c. in fine de la L.E.Crm ., ya que:

- La citada norma exige que en los supuestos de la letra a, caso del motivo examinado, para que pueda admitirse a trámite el recurso deberá haberse formulado la oportuna protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada.
- La protesta, distinta de la reclamación de subsanación es predicable a todos los aspectos de las letras a, c y de del referido artículo 846 bis c. de la L.E.Crm .

- La norma obliga a formular protesta al producirse (tener conocimiento) de la infracción y, por tanto, actúa ex lege sin necesidad de un trámite procesal específico.
 - El apelante tuvo pleno conocimiento de la falta de motivación que ahora invoca al producirse la lectura del Veredicto (art. 62 LOTJ) y, por tanto, antes de que el Jurado cesase en sus funciones (art. 66 LOTJ), pues, abstracción hecha de cualquier otra consideración, el Jurado incluyó la motivación en los diversos Hechos del Objeto del Veredicto.
 - El apelante no formuló protesta alguna al darse lectura al Veredicto y, tras la misma, calificó los hechos de homicidio.
 - La protesta, en general, y sobre todo en casos como el presente tiene por finalidad alertar al Órgano jurisdiccional del vicio denunciado y permitir su subsanación vía art. 240.2 de LOPJ en relación con el art. 63 de la LOTJ .
 - La inadmisión derivada del incumplimiento de dicha carga procesal es, por tanto, acorde con la finalidad de la norma tal y como se evidencia, mutatis mutandis, de la jurisprudencia del T.C. en los supuestos de incumplimiento del requisito establecido en el art. 44.1 de la LOTJ a efectos del acceso al recurso de amparo (STC 4/2000 y ATC 260/2006 , por todos) y,
 - Consecuentemente, la causa de inadmisión ha de convertirse en esta fase procesal en causa de desestimación y
- 2º) En todo caso, el veredicto no está incurso en la causa de nulidad (art. 846 bis f. de la L.E .Crm.) invocada, ya que:
- a) La motivación tiene por finalidad esencial explicitar la razón de la decisión a efectos de su ulterior control.
 - b) La motivación ulterior de las decisiones del Tribunal del Jurado se caracteriza, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por:
 - La existencia de un triple control, ya que el Magistrado-Presidente verifica, antes de redactar el Objeto del Veredicto , la existencia de prueba procesal de cargo, el Jurado efectúa la motivación fáctica de su decisión y el Magistrado-Presidente realiza la motivación jurídica, incluyendo el desarrollo de la fáctica.
 - El juicio de hecho y el juicio de culpabilidad constituye un bloque que debe tener coherencia interna.
 - El art. 61.1.d de la LOTJ , sólo exige una explicación sucinta.
 - El Tribunal Supremo ha declarado que, en estos casos bastaron la cita de los medios de prueba y una sucinta referencia a las razones globales.
 - c) En el presente caso, la Sala entiende que la falta de referencias a la prueba del Hecho 9 del Objeto del Veredicto esta suficientemente subsanada por las siguientes razones:
 - El Jurado motiva todos y cada uno de los restantes Hechos explicando la pruebas tenidas en cuenta y, de forma sucinta, las razones para ello.
 - El apelante no ha cuestionado la valoración de los restantes hechos.
 - El Jurado ha declarado no probados el Hecho 9 del Objeto del Veredicto y el Hecho 10 del mismo.
 - En el Hecho 10, motivado, se reflejaba un enfrentamiento entre el apelante y su víctima que termina con la muerte de este último y
 - El Hecho 9 impugnado ha sido redactado por el propio Jurado basándose en los restantes hechos probados y en las pruebas que los motivan, lo que evidencia y permite controlar, dado el contenido de las pruebas en cuestión la razonabilidad de la decisión.
- II.- El apelante alega, como segundo motivo de su recurso y al amparo del art. 846 bis c) e) de la Le.E.Crm., vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la C.E ., ya que:
- Los hechos probados respecto a la forma en la que se produce la agresión se extraen de la prueba sumarial.
 - El art. 46.5 in fine de la L.O.T.J . niega valor probatorio a las declaraciones efectuadas en la instrucción, excluidas las resultantes de prueba anticipada, así lo ratifica la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 1903 y 2049/2002).
 - En todo caso, las declaraciones sumariales no permiten concluir que los hechos ocurrieran como la sentencia declara probado y

- Consecuentemente, no contradicha la versión del apelante debe decaer la alevosía aplicada y con ello el tipo de asesinato del art. 139.1 C.P .

El apelante articula este motivo de impugnación sobre dos submotivos, ya que:

- Como línea argumental principal, alega que la condena por asesinato se basa, exclusivamente, sobre declaraciones sumariales que, a tenor de lo dispuesto en el art. 46.5 in fine de la LOTJ , no tienen valor probatorio de los hechos en ellas afirmados y,

- Como argumento subsidiario aduce que de las declaraciones del recurrente no puede extraerse la conclusión de que los hechos ocurrieron como declara probado la sentencia " ... Ismael lo agarró del jersey y luego del cuello situándose a continuación detrás de él de forma inesperada y sorpresiva, cayendo Francisco al suelo y utilizando Ismael una cuerda o cinta para provocar la muerte de Francisco "

La Sala estima que la primera de las cuestiones, valor probatorio de las declaraciones sumariales incorporadas al acta del juicio a través del cauce previsto en el art. 46.5 de la LOTJ , no puede ser acogida ya que:

1) Ninguna de la sentencias del TS citadas por el apelante (STS 1903/2002 y 2049/2002) tienen valor de jurisprudencia en esta materia, ya que sus pronunciamientos sobre ella, abstracción hecha de cualquier otra consideración, no sirven de fundamento a la decisión adoptada (en los dos supuestos se desestima el recurso de casación y, en concreto en la primera se rechaza que se hubiera infringido el art. 46.5 in fine de la LOTJ y en segunda se cuestionan los efectos de la no incorporación al acta de los testimonios a que se refiere el art. 46.5 LOTJ)

2) La sentencia de instancia cita la doctrina seguida mayoritariamente y reiteradamente por el TRIBUNAL SUPREMO en la materia y que se refleja, también en las STS 30/10/2000; 16/10/2001; 17/1/2003; 10/9/2003, 14/10/2004 al declarar "como punto de partida, debemos recordar con la sentencia dictada en apelación que en relación a las declaraciones sumariales de testigos, imputados o víctimas, de existir contradicciones en las versiones efectuadas en sede sumarial y en el Plenario, siempre que el Jurado haya tenido conocimiento de las primeras, por haber sido introducidas en el debate contradictorio a la vista de la nueva versión ofrecida, y siempre que consten aquellas practicadas con todos los requisitos de legalidad, forman parte de lo escuchado por el Jurado, y en consecuencia pueden otorgar mayor prevalencia a aquellas que a las posteriores; doctrina de esta Sala aplicable a todos los juicios, sean o no de Jurado, de acuerdo con el principio de unidad del Ordenamiento Jurídico que no tolera diferentes sistemas de valoración de prueba según los diferentes procesos. El art. 46-5ª de la LOTJ 5/95 permite en caso de contradicciones con las declaraciones anteriormente efectuadas respecto de las vertidas en el plenario, se le puede interrogar al respecto, permitiéndose por esta vía el acceso de lo manifestado en la fase de instrucción, si bien se consigna la prohibición de dar lectura a tales declaraciones pero sin embargo permite la unión al acta del testimonio de aquellas declaraciones, con lo que a la postre, por esta vía indirecta el Jurado puede llegar a tener conocimiento de aquellas declaraciones. En definitiva, todo se reduce a que el art. 46-5 debe ser interpretado de forma integrada en el art. 34 , que permite que las partes soliciten del Juez de Instrucción los testimonios que les interesan para su utilización en el juicio oral, y con el propio art. 46-5 párrafo primero , que acuerda la unión al acta del juicio, y la entrega de esta a cada uno de los Jurados. En este sentido, SSTs 204/98, de 7 de junio, 649/2000 de 19 de abril y 1357/02 de 17 de julio entre otras (STS 10/9/03).

3) En el presente caso no se cuestiona la legalidad de las declaraciones sumariales en cuestión ni, tampoco la de su incorporación al acta del juicio, vía gestión de las contradicciones (art. 46.5 bis LOTJ), por lo que su valor probatorio es incuestionable.

La segunda y subsidiaria argumentación del recurrente, ha de primar su versión de los hechos pues la misma no ha sido desvirtuada y de ella no cabe extraer los Hechos que el Jurado declara probados en esta materia, se integra en el siguiente contexto fáctico: Bien, según las diligencias, sólo el acusado apelante describe la forma en la que ocurrió la muerte de la víctima, pues el otro acusado sostiene que no presenció tal hecho.

De todo lo expuesto se infiere que el Hecho Probado cuestionado ha sido, según la sentencia, acreditado por prueba indiciaria, al menos parcialmente.

En efecto una parte del hecho fue reconocida de forma expresa y casi literal por el acusado, ya que el mismo manifestó en su declaración ante el Juzgado, de fecha 23 de octubre de 2005 que: "le agarró, le cogió por el cuello, y le agarró por el jersey, cuando Francisco estaba en el suelo, que luego lo soltó y lo dejó tirado en el suelo".

La Sala debe, por tanto, determinar si el resto del hecho negado por el apelante responde a una conclusión lógica y razonable extraíble de otros hechos acreditados por prueba directa.

Los "hechos deducidos" serían la causa de la muerte (asfixia por compresión sobre el cuello de la víctima) y la forma de producirse (acometimiento sorpresivo que impide la defensa y culmina sin solución de continuidad en un estrangulamiento con una cuerda).

El examen de esta cuestión ha de efectuarse teniendo en cuenta que:

a) el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente, en tres importantes sentencias de 16 y 17 de diciembre de 1985, la validez de la prueba indiciaria en el proceso penal.

La antedicha jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige que la prueba indiciaria, para ser tenida por tal, debe reunir los siguientes requisitos:

1º.- Que el hecho indiciario base resulte plenamente acreditado por "prueba directa".

2º.- Que el hecho sea efectivamente indiciario, es decir periférico a los hechos delictivos y a la dinámica comisiva de los mismos, debiendo estar concatenado a los hechos típicos por una relación material y directa.

3º.- Que el hecho indiciario no sea un dato fáctico aislado, sino que se trate de una pluralidad, un conjunto de hechos concomitantes, coherentes y armónicos entre sí y con el contexto de la situación.

4º.- Que entre el hecho indiciario base y el hecho típico, o la participación en el mismo del acusado, exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que habrá de razonarse motivadamente en la sentencia.

b) el análisis de la prueba indiciaria faculta al Tribunal el que para verificar todo el proceso lógico jurídico que la integra.

En este contexto, la Sala ha constatado la existencia de los siguientes hechos indiciarios acreditados por prueba directa:

- La víctima fué al garaje del apelante citado por este (Hecho reconocido por el recurrente).
- En el garaje en cuestión sólo estaban los dos acusados y la víctima (Hecho reconocido por los acusados y que se plasma en el Hecho 7).
- El otro acusado, sólo contribuyó a la muerte de la víctima "realizando tareas de vigilancia mientras Ismael ejecutaba el hecho" (Hecho 22 reconocido por el acusado en lo que no se refiere a la presencia de Carlos Miguel).
- El acusado reconoce la ausencia de hechos previos al uso de la cuerda.
- Consta que el acusado tenía una "cuerda o cinta" enrollada al cuello y que para retirarla, Ismael hubo de tirar fuertemente hasta romperla (Hecho 16 reconocido expresamente por el otro acusado).
- Consta que en el traslado en el vehículo no se volvió a tocar a la víctima hasta su despeñamiento.

De todo lo expuesto se infiere que el indicio de referencia implícito en el Hecho cuestionado y desarrollado por el Magistrado- Presidente no es irrazonable, pues resulta lógico que la víctima falleciese por asfixia por estrangulamiento mediante una cuerda, ya que estaba amoratado (Hecho reconocido por los acusados y tenía la cuerda incrustada en el cuello y que, además, el autor del hecho fue la misma persona que lo acometió (el apelante) y que, incluso, no cuestiona ser el autor de su muerte.

Se desestima, por tanto, el motivo analizado.

III.- Este apelante denuncia como tercer motivo de su recurso y al amparo del art. 846 bis c.b. de la L.E.Crm. la infracción por aplicación indebida del art. 139.1º del C.P.

El apelante fundamenta estas pretensiones sobre los motivos siguientes.

1º) La STC 742/2007 establece que la calificaciones jurídicas incluidas en el Veredicto no vinculan al Magistrado-Presidente, que ha de verificar los Hechos Probados sólo desde su vertiente fáctica.

2º) El Jurado describe el Hecho calificador de la alevosía e introducido por el propio Jurado, en sustitución del que se incluía en el Objeto del Veredicto, en la forma siguiente: "Tras pronunciar Francisco, dichas palabras. Ismael lo agarró del jersey y luego del cuello, situándose a continuación detrás de él de forma inesperada y sorpresiva, cayendo Francisco al suelo y utilizando Ismael una cuerda o cinta para provocar la muerte de Francisco "

3º) El referido Hecho Probado no integra el tipo de la alevosía "al iniciarse el ataque de frente y sin buscar la eliminación de las posibilidades de defensa, pues toda la acción se describe sin solución de continuidad y en el curso de un enfrentamiento.

Este motivo de impugnación será analizado en función de la doctrina expuesta por esta Sala en su sentencia de 14/06/07 , a saber:

"La Sala habrá de examinar, por su orden las siguientes cuestiones:

a) En primer lugar deberá delimitar, en sede procesal, el ámbito del recurso en función del motivo sobre el que el recurrente fundamenta la apelación.

b) En segundo lugar deberá determinar los elementos que según la legislación (arts. 221 y 139.1 del Código Penal) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, integran la alevosía y

c) Finalmente, deberá analizar la sentencia apelada en función de las alegaciones del apelante y de los pronunciamientos derivados de los dos puntos anteriores.

B) La norma examinada (art. 846 bis c b de la L.E .Crim) no alude de forma expresa, como es propio de los recursos por infracción de ley (art. 849. 1 L.E.Crim.), a la intangibilidad de los hechos probados de la sentencia apelada. Esto no supone una imprecisión u omisión normativa, sino que es la consecuencia lógica de la institución en la que se integra y de su objeto específico, ya que:

1) La infracción impugnada ha de cometerse "en la sentencia" (...la sentencia ha incurrido...)

2) En el procedimiento del Tribunal del Jurado el juicio de hecho (hechos probados y no probados) y el juicio de culpabilidad (culpable, no culpable) está atribuido, de forma exclusiva y excluyente, a los jueces legos (arts. 55, 58, 59, 60 y 61 de la L.O. 5/1995).

2) El Presidente del Tribunal del Jurado es el órgano competente, también de forma exclusiva, para dictar la sentencia según las reglas siguientes.

a) Veredicto de inculpabilidad:

- Dictará sentencia absolutoria en el acto y, en su caso, ordenará la inmediata puesta en libertad del acusado (art. 67 L.O.T.J .) y

- En la sentencia incluirá como hechos probados y delito objeto de absolución el contenido correspondiente del veredicto (art. 70.1 L.O.T.J .).

b) Veredicto de culpabilidad:

b.1- Oirá al Ministerio Fiscal y a las partes sobre las penas, medidas y responsabilidad civil a imponer (art. 68 L.O.T.J .) y

b.2- Dictará sentencia condenatoria, con las formalidades legales (art. 248. 3 de la L.O.P.J .) que contendrá:

- Como hechos probados y delito objeto de la condena el contenido correspondiente del veredicto emitido por el jurado (art. 70.1 L.O.T.J .) y

- Una motivación de las pruebas de cargo, susceptibles de desvirtuar la presunción de inocencia, que llevaron al propio Presidente del Tribunal del Jurado a someter al jurado el objeto del veredicto (art. 49 L.O.T.J) en lugar de proceder a la disolución anticipada del jurado (art. 40 L.O.T.J .) y

c) Unirá a la sentencia el acta del veredicto emitido por el jurado y

3) La antedicha dualidad de órganos, competencias y fases procesales implica la intangibilidad de los hechos declarados probados por el Jurado cuando solo se impugna la calificación jurídica que hace de los mismos el Presidente del Tribunal del Jurado.

Todo ello supone que cuando se invoca el art. 846 bis c b de la L.E.Crim . para fundamentar el recurso de apelación los hechos probados son intangibles.

C) La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2006 efectúa, con abundantes citas jurisprudenciales, un estudio de la jurisprudencia del T.S. sobre el concepto, la naturaleza jurídica y los elementos de la alevosía:

-Elementos:

"Esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos:

a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.

b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecta no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la aprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 7.11.2002) y

-Alevosía sorpresiva:

"Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1 , viene distinguiendo: b) Alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aún a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible".

A lo anterior es necesario añadir la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, en STS 742/2007 , invocada por el apelante que declara expresamente que "b) Respecto a la existencia de la disputa previa, esta Sala en casos de alevosía, -tanto más cuando se trata de abuso de superioridad-, tiene declarado, por ejemplo sentencia 1472/2005 de 7.12 -, que generalmente se ha dicho que la existencia de una riña o de una pelea previas a la agresión excluyen la alevosía, pues cualquiera de los contendientes puede estar prevenido respecto a una agresión del contrario. Pero, en primer lugar, la existencia de saltos cualitativos en la agresión, que sean significativos respecto de las características de la riña previa, puede hacer que aquella sea considerada alevosa. Y, en segundo lugar, nada permite excluir que el inicio de la pelea previa, aunque no sea lo que materialmente causa la muerte, suponga ya la colocación de la víctima en una situación irreversible de ausencia total de posibilidades de defensa. Por lo tanto, ha de concluirse que la existencia de señales de pelea y defensa no suponen siempre la imposibilidad de apreciar la alevosía (y el abuso de superioridad)"

Por todo ello el Tribunal estima que las pretensiones del apelante han de ser desestimadas, pues:

a) El apelante mutila el Hecho Probado en cuestión ya que omite su inicio que precisa "Tras pronunciar Francisco dichas palabras, Ismael .."

b) la frase mutilada es esencial para comprender el significado del Hecho Probado, pues refleja un cambio cualitativo respecto a la situación anterior, descrita en el Hecho Probado precedente, ya que supone un paso a la acción por uno de los intervinientes desde un intercambio verbal ("pasa de mí") que no lo presagiaba.

c) El Hecho describe, por tanto, un acontecimiento inesperado en el que, sin solución de continuidad y, sin ninguna respuesta por parte de la víctima se produce un in crescendo (una elevación) de la agresión hasta la utilización de una cuerda para provocar la muerte de la víctima por estrangulamiento (Hechos 20 y 29 del Objeto del Veredicto declarados probados por el Jurado).

d) El Hecho Probado examinado refleja su auténtica dimensión alevosa al ser examinado en relación con los Hechos 10,11 y 12 el Objeto del Veredicto, pues:

- El Jurado declara no probado el Hecho 10 en el que se indicaba la existencia de una pelea entre el agresor y su víctima.

- Los Hechos 11 y 12 reflejan una situación en la que, sin solución de continuidad y sin reflejar efectos de un enfrentamiento violento, se traslada el cuerpo de la víctima buscando un lugar para simular un suicidio (obviamente por ahorcamiento, dada la forma y causa de la muerte) y

e) La rapidez del ataque, la forma de desarrollarlo y el medio empleado muestra una conducta consciente encaminada a aprovechar las ventajas de la sorpresa para evitar la defensa de la víctima.

IV.- El cuarto motivo del recurso denuncia, al amparo del art. 846 bis c. b. de la L.E.Crim ., la infracción del art. 21.6º del C.P . en relación del art. 21.4 del mismo Cuerpo legal, por inaplicación de la circunstancia analógica de confesión.

El apelante sostiene, que en relación a este motivo de impugnación, que:

-El Hecho Probado 27 del Veredicto refleja una colaboración para el descubrimiento de todas las circunstancias del hecho, y especialmente señalar el lugar de desaparición del cadáver constituye un dato esencial para su posterior hallazgo.

- El Tribunal Supremo aplica esta circunstancia analógica cuando, a pesar de faltar el requisito cronológico, el imputado coopera facilitando de modo importante la investigación (STS 29/6/2005).

La Sala estima que el motivo de impugnación examinado no puede ser acogido, ya que:

1º) El Tribunal Supremo ha declarado en relación con la aplicación del art. 21.6 del C.P. que:

- La atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28/01/80 (SSTS 27/2/83, 11/5/92, 159/95 de 3/2, lo mismo en SSTS 5/1/99, 7/1/99, 27/1/2003 y 2/4/04) y

- La aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia para conocer efectos atenuatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma razón atenuatoria. En las "ex post facto" el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia en el concreto supuesto del art. 21.4 del C.P. (STS 2

2º) En dicho contexto interpretativo la sentencia del Tribunal Supremo invocada por el apelante (STS 29/06/2005) precisa efectivamente que:

"Es cierto que esta Sala ha admitido como tal circunstancia analógica la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos y ello es conocido por el acusado (SSTS 24/4/94, 30/11/96, 13/7/98, 6/10/98, 12/11/98, 11/4/2003), que afirman que aunque no concurra en la confesión el elemento cronológico, porque se hubiera producido cuando ya se sabía la existencia del procedimiento y que estaba dirigido contra quien declara, si mediante ella se hubieran aportado datos relevantes y útiles para la investigación, puede aplicarse la atenuante, por la vía analógica del apartado 6 del mismo artículo 21 CP(STS 29/

3º) La sentencia apelada, a pesar de que el Jurado consideró probado el Hecho 27 del Objeto del Veredicto " Ismael procedió a confesar a la Guardia Civil su participación en los hechos cuando los agentes de policía judicial le informaron de que Carlos Miguel les había contado lo sucedido, conduciéndoles Ismael hasta el acantilado desde el que había arrojado el cuerpo de Francisco ", rechaza la atenuante por entender que se realizó una confesión extemporánea y sin propósito de colaborar en la investigación de los hechos.

4º) La interpretación del referido Hecho 27 no refleja la infracción legal invocada por el apelante (inaplicación del art. 21.6 del C.P. en relación con el art. 21.4 del mismo Cuerpo legal) pues:

a) No aportó datos relevantes para la investigación, ya que:

- El hecho en cuestión indica, de forma expresa que antes de la confesión " Carlos Miguel les había contado lo sucedido".

- El único elemento nuevo es que el apelante condujo a la Guardia Civil hasta el acantilado por el que había arrojado el cuerpo de la víctima y

- Las pruebas obrantes en autos evidencian que Carlos Miguel ya había contado a los agentes el fallecimiento de la víctima, su causa (una cuerda fuertemente enrollada al cuello), su autor y que se habían deshecho del cuerpo arrojándolo por un acantilado al mar. Por el contrario el apelante niega la forma y la causa de la muerte, y

b) Su declaración ni siquiera es esencial para el posterior hallazgo del cadáver, pues el mismo no se encontró en el lugar donde fue arrojado, sino en las costas francesas por lo que para la su identificación bastaba con la confesión del otro acusado.

V.- El apelante alega, como quinto motivo de su recurso y al amparo del art. 846 bis c.b. de L.E.Crm., infracción, por inaplicación, de los artículos 61 y siguientes y 66.6º del C.P., pues no se motiva la pena impuesta, ya que:

- No hace referencia alguna a las circunstancias personales del apelante, a pesar de que consta su integración social y familiar y la inexistencia de antecedentes delictivos y

- La sentencia incurre en la infracción del principio non bis in idem, al referirse a las circunstancias del hecho que integran la alevosía y hacer referencia a hechos posteriores, que no suponen mayor gravedad del injusto.

Por todo ello alega el apelante que ha de imponerse la condena en el grado mínimo.

La Sala estima que el examen de la sentencia no permite hablar de inexistencia de motivación pues:

- Dedicar su Fundamento cuarto, a individualizar la pena:

- Se refiere a las circunstancias personales del apelante, aunque sólo sea al dejar constancia de su condición de delincuente primario y,

- Analiza la gravedad del hecho examinando la conducta previa, coetánea y posterior al mismo del acusado.

De todo ello se infiere que la improcedencia de acordar sin más la imposición de una pena mínima. Por lo demás, y en lo que se refiere a la gravedad del hecho, la sentencia no utiliza los materiales que integran la alevosía sino que hace referencia a una conducta que refleja una cierta premeditación y planificación previa y posterior y un abuso de confianza al atraer a la víctima. Por otra parte la actuación posterior (intenta simular un suicidio) refleja un dolo inicial que persiste tras el hecho.

Por lo que se refiere a las circunstancias personales, no obra en autos elemento alguno que permita afirmar que la prevención especial hubiese requerido la imposición de una pena inferior. Por lo que hay que concluir que la decisión esta razonada y no es irrazonable.

Se desestima, por tanto, el motivo examinado.

II.- RECURSO DE Carlos Miguel

I.- El apelante alega, como primer motivo de su recurso y al amparo del art. 846 bis c.b. de la L.E.Crm., que la sentencia vulnera el art. 24.2 de Constitución Española, pues se le condena "sin prueba alguna que acredite su participación en los hechos objeto del juicio, incluso no existe hecho probado alguno en que se recoja que bien mató a Francisco o que realizara algún acto de cooperación a su muerte" (sic)

La Sala estima que este motivo de impugnación debe ser rechazado pues:

1º) El art. 846 bis c.b. de la L.E.Crm. parte de la intangibilidad de los Hechos Probados tal y como se indica en el apartado III del recurso del otro acusado.

2º) El apelante, al basar su pretensión en el artículo 24.2 de la C.E. y en la inexistencia de prueba, está en realidad cuestionando el precepto sustantivo aplicado (art. 28 del C.P.) y la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia y

3º) Consecuentemente la vía procesal invocada no es la adecuada y, por otra parte, el motivo examinado constituye una duplicación, incorrecta e innecesaria, de las pretensiones enumeradas a través de los motivos segundo y cuarto de su recurso.

II.- La Sala examinará seguidamente el último de los motivos del recurso pues la presunción de inocencia afecta a la existencia del hecho y, por tanto, su examen ha de ser previo al de la calificación jurídica del mismo, pues esta última parte de la existencia de la conducta a calificar.

El apelante aduce, a través del art. 846 bis c. e. de la L.E.Crm., que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia porque se le ha condenado sin que exista prueba alguna de que participó en la muerte de Francisco o que realizó labores de vigilancia mientras se producía la pelea. El apelante alega, además, que la sentencia incurre en contradicción, pues en el folio 8 se afirma que estaba dentro del garaje y en el 12 que realizaba labores de vigilancia.

La Sala estima que este motivo de impugnación tampoco puede ser acogido, ya que:

1º) Resulta totalmente aplicables a este caso, y por tanto se dan por reproducidos los pronunciamientos sobre el ámbito del motivo previsto en el art. 846 bis c. e. de la L.E.Crm. expuestos(apartado segundo del recurso del otro acusado).

2º) El examen del acta del juicio evidencia que el propio recurrente reconoció expresamente que:

- Ismael le dijo que saliera fuera pues tenía que hablar con el chico (la víctima).

- El declarante permaneció fuera del garaje al lado del vehículo.

- Aunque niega que estuviese vigilando, reconoce que avisó a Ismael cuando vio llegar a la esposa de éste y

- La esposa de Ismael llegó después de que se produjese la muerte de la víctima.

3º) La calificación de tal actuación de "tareas de vigilancia mientras Ismael ejecutaba el hecho" no puede afirmarse que "carece de toda base razonable" y

4º) No cabe hablar de contradicciones esenciales en la fase de motivación jurídica, ya que la sentencia se está refiriendo a dos momentos distintos del iter delictual.

III.- El apelante aduce como segundo motivo de su recurso y al amparo del art. 846 bis c.b. de la L.E.Crim . la infracción del artículo 28 del C.P ., por aplicación indebida.

El apelante alega, para justificar esta pretensión que la sentencia le considera cooperador necesario a pesar de que:

- Tal calificación no es conforme a los hechos probados.
- No ha existido propósito delictivo común alguno y
- Su actuación es postdelictual.

La cuestión litigiosa se reduce, dado el cauce procesal utilizado, a determinar si el Magistrado-Presidente ha aplicado correctamente el art. 28 del C.P . al considerar al apelante cooperador necesario del delito cometido por el otro acusado.

El examen de este motivo de impugnación ha de efectuarse a partir de la intangibilidad del hecho 22 del Objeto del Veredicto que el Jurado declara probado, por las razones anteriormente expuestas en relación con este apartado b del art. 846 bis c. de la L.E.Crim ..

El Hecho 22 en cuestión es del siguiente tenor literal:

" Carlos Miguel contribuyó a causar de forma intencionada la muerte de Francisco realizando tareas de vigilancia mientras Ismael ejecutaba el hecho".

El examen del referido hecho evidencia que es incuestionable que el apelante participa del hecho delictivo en cuestión, pues describe:

- Una contribución mediante tareas de vigilancia coetáneas a la ejecución del delito y
- Califica a dicha contribución de voluntaria y consciente.

La Sala estima, sin embargo, que los anteriores pronunciamientos no agotan, sin embargo, la materia examinada, ya que:

1) El C.P. de 1995 configura un concepto restringido de autor, ya que lo limita a los autores inmediatos o mediatos del hecho (art. 28 párrafo 1º del C.P .)

2) El párrafo 2º del citado art. 28 y el art. 29 del C.P . regulan la figura del partícipe (inductor, cooperador necesario y cómplice). La diferencia entre cooperador necesario (cómplice necesario) y cómplice es simplemente de intensidad respecto a su contribución en ambos casos accesoria a la ejecución del hecho delictivo.

La Sala estima que abstracción hecha de cual sea el criterio que se utiliza para calificar su participación (conditio sine qua non: teoría de los bienes escasos o teoría del dominio del hecho) es necesario hacer una ponderación circunstanciada del aporte para, en definitiva determinar su necesidad o esencialidad respecto a la ejecución del delito concreto al se hace la aportación-

- La calificación de "actos de vigilancia" ha dado lugar a una amplia línea jurisprudencial que en función de su intensidad los ha calificado de "actos de vigilancia cualificada" que en función de otras circunstancias concurrentes (acusado delictivo común con reparto de funciones y de "beneficios") los ha calificado unas veces de coautoría en los delitos de robo con reparto de funciones (STS 8/2/1991) y otras de cooperación necesaria (STS 23/7/2004). Por el contrario la simple vigilancia supone un aporte útil, pero no imprescindible que entra en el ámbito de la complicidad.

En el presente caso las circunstancias concretas del hecho excluyen la necesidad de la vigilancia respecto a la que ejecución del delito, ya que:

- El mismo se realiza muy rápidamente y
- Los hechos tienen lugar en un garaje cerrado cuya puerta está parcialmente ocupada por el vehículo del otro acusado y
- La reconstrucción de los hechos evidencia que:

a) El garaje en cuestión se encuentra al fondo del espacio de garaje y para acceder al mismo existía una especie de pasillo y

- Los hechos delictivos tuvieron lugar al fondo del garaje, de tal manera que para presenciarlos era necesario recorrer en pasillo antedicho y, sorteando el citado vehículo, introducirse en el lugar de autos.

Procede, por todo ello, declarar que la conducta de este acusado es incardinable en el ámbito de la complicidad (art. 29 del C.P.), lo que implica el acogimiento parcial de este motivo y la revocación de la sentencia en el sentido antedicho.

IV.- El apelante invoca, a través del art. 846 bis c. b. de la L.E.Crim. y como tercer motivo de su recurso, la infracción del art. 21.4 del C.P., por inaplicación. El apelante articula este motivo de impugnación sobre las razones siguientes:

- Consta que acudió a la Guardia Civil cuando aún no se habían iniciado acciones concretas contra él.

- Consta que confesó su participación en los hechos y procedió a colaborar en el esclarecimiento de los mismos.

- A pesar de ello la sentencia no aplica la atenuante de confesión.

La impugnación tiene por objeto la valoración jurídica que hace el Magistrado-Presidente del Hecho 29 del Objeto de Veredicto que el Jurado declara probado.

La Sala deberá, por tanto, determinar si el Hecho 29 en cuestión, intangible a tenor del cauce procesal utilizado, resulta subsumible o no en el art. 21.4 del C.P.

La norma examinada establece, taxativamente, que es una circunstancia atenuante: "La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él, confesar la infracción a las autoridades".

El Tribunal Supremo ha declarado en su sentencia de 21/06/2007 que los requisitos integrantes de la confesión son:

y: los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serían los siguientes:

1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción.

2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable.

3) La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial.

4) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial.

5) La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla.

6) Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a lo efectos de la atenuante. Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS. 23.11.2005, 19.10.2005, 13.7.98, 27.9.96, 31.1.95).

La Sala estima, en función de los antedichos pronunciamientos que el motivo de impugnación examinado debe ser rechazado, ya que:

- El Hecho del objeto del veredicto realmente subsumible en el art. 21.4 del C.P. es el que se describe en el ordinal 28 " Carlos Miguel procedió a confesar su participación en los hechos a la Guardia Civil antes de conocer que habían iniciado investigaciones por la desaparición de Francisco ".

- El Jurado declaró, por unanimidad, no probado el Hecho 28 del Objeto del Veredicto.

- El Jurado declara, expresamente y tras declarar probado por unanimidad el Hecho 29 "(De no estimar acreditado el hecho anterior). Carlos Miguel procedió a confesar su participación en los hechos a la Guardia Civil cuando fue citado por los agentes de policía judicial al devolver estos una llamada efectuada por Carlos Miguel al teléfono móvil de Ismael cuando este se encontraba en dependencias policiales tras haberse denunciado la desaparición de Francisco por su padre Andrés (HECHO FAVORABLE)" que Carlos Miguel se da cuenta de la investigación en curso al devolverle la llamada la Guardia Civil y, después decide confesar los hechos y

- En todo caso, hay que recordar que, a tenor de la STS 544/2007, el concepto jurídico "confesar la participación" no es vinculante para la Sala y lo manifestado por el hoy apelante excluía toda participación personal en los hechos, ya que negaba incluso que estuviese presente en el lugar y momento de autos.

III RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

Único.- El Ministerio Fiscal denuncia, a través del art. 846 bis c.b. de la L.E.Crim., que la sentencia apelada infringe, por inaplicación el art. 21.6 del C.P. en relación con el art. 21.4 del mismo Cuerpo legal.

El Ministerio Fiscal sostiene que la sentencia obvia, al inaplicar la atenuante analógica, que "que, aún cuando la confesión de Carlos Miguel no reúna los requisitos cronológico y de veracidad o mantenimiento de la su declaración, requisitos necesarios en cualquier caso para la apreciación de la atenuante propia de confesión, sí que existió una colaboración inicial y determinante con los agentes de Policía Judicial a los fines de investigar y determinar la forma concreta en que ocurrieron los hechos que debe dar lugar a la atenuación por analogía", pues:

- Aportó detalles sobre la forma de producirse los hechos que, de otra forma no hubieran podido ser determinados e

- Indicó el lugar por el que había arrojado el cuerpo al mar, permitiendo el inicio de las actividades de búsqueda.

La Sala estima, con remisión expresa para evitar reiteraciones innecesarias a sus anteriores pronunciamientos sobre la atenuante analógica (Apartado quinto del recurso de apelación del acusado Ismael), que este motivo de impugnación ha de ser acogido. El Tribunal ha formado este criterio sobre los hechos y razones siguientes:

1º) Carlos Miguel, en el contexto de una investigación policial por presunta desaparición, comunica a las autoridades que:

- La persona buscada había fallecido por muerte violenta.

- El autor de los hechos era el otro acusado.

- El fallecido presentaba una cuerda incrustada en el cuello.

- El cadáver había sido arrojado al mar Cantábrico desde un acantilado.

2º) Las manifestaciones antedichas fueron relevantes para el desarrollo de la investigación y el esclarecimiento de los hechos, pues:

- Permitieron el inicio de las actividades de búsqueda de la víctima y, en último extremo, cuando menos contribuyeron a su identificación al favorecer la relación inicial de los restos mortales descubiertos casi 5 meses después en las costas francesas con estos hechos.

- Permitieron la transformación de una investigación por presunta desaparición en una diligencias por delito contra la vida contra persona determinada y

3º) Las manifestaciones en cuestión han resultado, en definitiva, esenciales para determinar la forma de la muerte, pues

- El hecho delictivo se desarrolló sin la presencia de extraños al mismo.

- El otro acusado ha negado en todo momento haber utilizado una cuerda para matar a la víctima y

- La muerte por estrangulamiento se ha acreditado esencialmente por las manifestaciones de Carlos Miguel.

Procede, por todo ello, declarar que concurre en Carlos Miguel la atenuante analógica de confesión, prevista en el art. 21.6 del C.P. en relación con el art. 21.4 del mismo Cuerpo legal.

SEXTO.- La Sala debe, por último determinar la pena que se debe imponer al acusado Carlos Miguel en su condición de cómplice de un delito de asesinato con la concurrencia de una atenuante analógica.

El artículo 63 del C.P. establece que a los cómplices de un delito se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito. Consecuentemente, la pena abstracta que corresponde en el presente caso es la de prisión de 7 años y 6 meses a 14 años y 364 días ya que:

- el art. 139 del C.P. castiga el asesinato con la pena de prisión de 15 a 20 años y

- El art. 70.1.2º del C.P. establece taxativamente que: "La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. Su límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer".



A la pena tipo de complicidad de un delito de asesinato antes descrita se habrá de aplicar, seguidamente, la circunstancia atenuante analógica estimada a tenor de lo establecido en el art. 66.1.1º del C.P .. Ello implica la necesidad de imponer la pena en la mitad inferior de la antedicha pena.

Por todo ello, el Tribunal estima que dada la gravedad del hecho, el acusado presta su colaboración a un acto delictivo premeditado y en que se atrae con fiabilidad a la víctima a un lugar cerrado y solitario, y el dolo que evidencian los actos posteriores, intento de simular un suicidio por ahorcamiento, procede, en una conclusión personal nuestra, imponer una pena de 10 años de prisión.

Séptimo.- La Sala estima que no se aprecian en autos razones parra efectuar una expresa imposición de costas.

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley del Tribunal del Jurado, Ley Orgánica del Poder Judicial y Código Penal

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por Ismael contra la Sentencia del Tribunal del Jurado de fecha 12 de junio de 2007 ; se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Carlos Miguel e íntegramente el recurso del MINISTERIO FISCAL, se confirma la Sentencia de instancia respecto del acusado Ismael y se revoca parcialmente respecto del acusado Carlos Miguel , en el sentido de condenarlo como responsable en concepto de cómplice del delito de asesinato con la atenuante analógica de confesión a 10 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada. Todo ello sin especial imposición de costas en esta apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser preparado dentro del plazo de cinco días, contados desde la última notificación de la sentencia, solicitando testimonio de la misma, manifestando la clase de recurso que trate de utilizar, por medio de escrito autorizado por Abogado y Procurador.

Dedúzcase testimonio de esta resolución y, una vez firme remítase, en unión de los autos originales, al Tribunal de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.