

SENTENCIA NÚM. 54

EXCMO SR. PRESIDENTE.....) En la ciudad de Granada, a nueve
D. LORENZO JESÚS DEL RIO FERNÁNDEZ....) de julio de dos mil dieciocho.
ILTMOS SRES. MAGISTRADOS.....)
D. JUAN RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN.....)
D. MIGUEL PASQUAU LIAÑO.....)

Apelación Tribunal Jurado 7/2018

Vistos en audiencia pública y en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por el Excmo. Sr. Presidente y los Iltmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente rollo de apelación y autos originales de juicio penal seguidos ante el Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, –Rollo nº 10204/2017-, procedentes del Juzgado de Instrucción nº 4 de Sevilla -causa núm. 2/2016-, por delito de homicidio, contra **Taynan T. M.** mayor de edad, nacido en Brasil el 21 de septiembre de 1992, hijo de [] y de [] con domicilio en Sevilla, calle [] indocumentado, de ignorada solvencia y en situación de prisión provisional por esta causa, representado y defendido, respectivamente, en la instancia por el Procurador Don Pedro Gutiérrez Cruz y el Letrado Don José Estanislao López Gutiérrez y en esta apelación por la Procuradora Doña María del Carmen Rivas Ruiz y por el mismo Letrado.

Han sido parte el Ministerio Fiscal y como acusación particular A [] representada en la instancia por la Procuradora Doña María Teresa Blanco Bonilla bajo la dirección de la Letrada Doña Teresa Mira Abaurrea, y en esta apelación por el Procurador Don Miguel Ángel García de Gracia bajo la dirección de la misma Letrada. Ha sido ponente para sentencia Don Miguel Pasquau Liaño, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Incoada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Sevilla por las normas de la Ley Orgánica 5/1995 la causa antes citada, previas las actuaciones



correspondientes y como habían solicitado el Ministerio Fiscal y la acusación particular acordó la apertura del juicio oral, elevando el correspondiente testimonio a la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya Sección Cuarta nombró como Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado al Ilmo. Sr. Don José Manuel de Paúl Velasco por quien se señaló para la celebración del juicio oral, que, tras ser elegidos los miembros del Jurado, tuvo lugar en el día acordado, bajo la presidencia del mismo, y la asistencia de aquellos, del Ministerio Fiscal, del acusado y de la acusación particular, practicándose las pruebas propuestas y admitidas, tras lo cual, las partes formularon sus conclusiones definitivas del siguiente modo:

El Ministerio Fiscal, modificando sus conclusiones provisionales, consideró definitivamente los hechos constitutivos de un delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal, siendo responsable en concepto de autor el acusado Taynan T. [redacted] sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición de la pena de 13 años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de costas. Y en cuanto a responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a los padres de D. [redacted] en la cantidad de 150.000 euros, con aplicación del interés legal del artículo 576 de la LEC.

La acusación particular, elevando a definitivas sus conclusiones provisionales, consideró los hechos constitutivos de un delito de asesinato previsto y penado en el artículo 139.1ª y 3ª del Código Penal, siendo autor el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición de la pena de 25 años de prisión, privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de residir en Sevilla o en el mismo lugar donde sus mandantes fijaren su domicilio durante 16 años, alejamiento y prohibición de comunicación a partir del cumplimiento total de la condena o de que pueda disfruta beneficios penitenciarios durante 16 años, así como el pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular. Y en cuanto a responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a los padres del fallecido y sus familiares en la cantidad de 327.000 euros más un 10 % al tratarse de un delito doloso en virtud de lo establecido en el art. 576 de la LEC.

El Letrado de la defensa consideró los hechos constitutivos de un delito de lesiones del artículo 147 del Código Penal en concurso con un delito de homicidio imprudente del artículo 142.2 del Código Penal, del que resulta responsable su defendido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, interesando se le imponga la pena de 2 años de prisión por el delito de lesiones y 12 meses de multa con cuota diaria de 6 euros por el delito de lesiones imprudentes, pago de las costas procesales e indemnizar a los padres y hermanos de [redacted] en 75.000 euros con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC.

Segundo.- Formulado por el Magistrado Presidente el objeto del veredicto, con audiencia de las partes, se entregó el mismo al Jurado, previa la oportuna instrucción, emitiéndose por aquél, después de la correspondiente deliberación, veredicto de no culpabilidad, que fue leído en presencia de las partes.

Tercero.- Con fecha 22 de febrero de 2018, el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente dictó sentencia en la que, acogiendo el veredicto del Jurado, se hizo el siguiente pronunciamiento sobre los hechos, que transcribimos literalmente:

"I.- El Jurado ha declarado probado en su veredicto, por mayoría de siete votos, el hecho siguiente:

PRIMERO.- Sobre las 11 horas del día 17 de junio de 2016, en las inmediaciones de la plaza de las Tres Cruces de esta capital, el acusado Taynan T. M. mantuvo una discusión con D. [] en el transcurso de la cual el acusado propinó varios puñetazos en la cabeza al Sr. [] haciéndole caer al suelo, donde el acusado descargó de inmediato varias patadas contra la cabeza, pecho y costado del caído, deteniendo su agresión a instancias de los vecinos y transeúntes que la habían presenciado y tratado de apartar al agresor.

A continuación el acusado abandonó el lugar en dirección a la plaza de los Refinadores, mientras el Sr. [], con dificultad y gracias a la ayuda de terceros, logró levantarse del suelo y siguió los pasos del acusado por la calle Mariscal, llamándolo a voces y con insultos, pese a encontrarse conmocionado, con la cara ensangrentada y grandes dificultades para mantener el equilibrio. El acusado entonces de volvió y, sin importarle el estado en que se hallaba su oponente, asestó un nuevo puñetazo en la cabeza al Sr. [] que cayó al suelo sin sentido, falleciendo en el hospital pocas horas después, a consecuencia de los daños cerebrales causados por los golpes.

Al actuar como lo hizo, el acusado, desde un principio o en un momento posterior del incidente, sabía que era probable que le causara la muerte si seguía, pese a lo cual decidió hacerlo, aceptando así ese posible resultado mortal.

II.- En cuanto a los hechos afectantes a la responsabilidad civil, y a la vista de la prueba practicada, sin controversia al respecto entre las partes, el Magistrado Presidente declara probado lo siguiente:

SEGUNDO.- El fallecido D. [] había nacido el 11 de febrero de 1976, estaba soltero y convivía con sus padres, D. [] y D.ª [], de 76 y 69 años de edad, respectivamente, en la fecha de los hechos. Le sobreviven, además, cuatro hermanos: D.ª [], D.ª [], D.ª [] y D. [] todos ellos mayores de treinta años en la fecha de autos y que no consta convivieran con el finado."

Cuarto.- La expresada sentencia, tras los pertinentes fundamentos de Derecho, contenía fallo del siguiente tenor literal: "Que, conforme al veredicto del Jurado, debo condenar y condeno al acusado Taynan T. M., como autor de un delito de homicidio, sin circunstancias modificativas de su responsabilidad, a la pena de once años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Acuerdo que para el cumplimiento de la pena impuesta sea de abono al condenado el tiempo que ha permanecido y permanezca en lo sucesivo privado



de autelarmente de libertad por esta causa, de no habérsele abonado al cumplimiento de sus responsabilidades.

Impongo además al acusado las penas siguientes, todas ellas por un plazo de quince años, a contar desde el 17 de junio de 2016:

a) prohibición de acercarse a menos de doscientos metros a D. [] y a D.ª []

así como la de acercarse a igual distancia de sus domicilios, lugares de trabajo y cualquier otro frecuentado por ellos, una vez los identifiquen, si les interesa, en ejecución de sentencia;

b) prohibición de comunicar con cualquiera de las personas mencionadas en el párrafo anterior o de establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

Asimismo, debo condenar y condeno a dicho acusado al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular y a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a D. [] y D.ª [] en la suma de setenta y cinco mil euros a cada uno, y a D.ª [] en la suma de veinte mil veinte euros; cantidades que desde esta fecha y hasta su completo pago devengarán un interés anual igual al legal del dinero incrementado en dos puntos."

Quinto.- Contra dicha sentencia se ha interpuesto recurso principal de apelación por el acusado Taynan Teixeira Mello, que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, y por la acusadora particular [] que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal y por el acusado.

Sexto.- Elevadas las actuaciones a esta Sala se han personado ante ella el todas las partes, y se señaló para la vista de la apelación el día 27 de junio de 2018, siendo Ponente para sentencia Don Miguel Pasquau Liaño.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado condenó al acusado como autor de un delito de homicidio a la pena principal de once años de prisión. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la acusación particular y por la defensa. La acusación particular propone un motivo principal y otro subsidiario. El principal, formulado por el cauce del apartado a) del artículo 846 bis c) LECrim, denuncia indefensión por haber excluido el Magistrado Presidente del objeto del veredicto la tesis del asesinato por concurrencia de alevosía, que en su escrito de conclusiones postulaba; y como motivo subsidiario, por el cauce del apartado b) del art. 846 bis c), denuncia infracción legal en la fijación de la pena de prisión. Por su parte, la defensa interpone un primer motivo, al amparo del apartado b) del mismo precepto, por error en la calificación de los hechos, al considerar que debió habérsele condenado por un delito de lesiones dolosas en concurso con un homicidio imprudente; y un segundo motivo por infracción del artículo 4.3 CP.

El Ministerio Fiscal ha impugnado ambos recursos, si bien en el acto de la vista su representante ofreció argumentos a favor de la estimación del primer motivo del recurso de la acusación particular.

Se estudiará en primer lugar el motivo primero de la acusación, cuya estimación daría lugar a la nulidad del juicio oral; y a continuación, los que se refieren a la calificación de los hechos y a sus consecuencias penales.

Segundo.- Sobre la exclusión por el Magistrado Presidente de la tesis del asesinato que interesaba la acusación particular.

El primer motivo del recurso de apelación de la acusación particular denuncia indefensión por cuanto el Magistrado Presidente al término del juicio oral, e invocando el artículo 49 de la LOTJ, redactó un objeto del veredicto del que quedaba fuera la tesis de la alevosía (y por tanto asesinato) que había sostenido dicha acusación particular tanto en sus conclusiones provisionales como en las definitivas, no dando lugar al Jurado a pronunciarse sobre la misma.

El Ministerio Fiscal, aunque en posición procesal de apelado, desarrolló en el acto de la vista interesantes argumentos a favor de una interpretación restrictiva del artículo 49 LOTJ que podrían conducir en el caso presente a la estimación del recurso. En concreto, y partiendo del carácter anómalo y excepcional de la posibilidad de que un solo magistrado pueda decidir la absolución de un delito grave sustituyendo al órgano de enjuiciamiento natural, que sería el Jurado, sostuvo el Ministerio Fiscal que la posibilidad de no someter al Jurado una tesis sostenida por las acusaciones en sus calificaciones definitivas sólo es posible a) en los casos literalmente contemplados por dicho precepto, pero no con relación con circunstancias agravantes como es la alevosía, y b) si en el juicio oral no se ha propuesto y practicado en absoluto alguna prueba de cargo.

En nuestra reciente sentencia de 30 octubre 2017, en la que se planteó un motivo de apelación prácticamente idéntico al presente, sostuvimos por el contrario que el artículo 49 LOTJ es también aplicable a “hechos” desfavorables, determinantes de una agravación de la responsabilidad o de una calificación dentro de un delito más grave, como en particular es el caso de la alevosía, en línea con lo inequívocamente establecido por la STS 4 noviembre 2003 (sin que se haya encontrado un precedente en sentido contrario), y también sostuvimos que el alcance de la exigencia de falta de prueba de cargo como condición para sustraer al Jurado la decisión sobre tales hechos no puede ir más allá del estándar considerado jurisprudencialmente para entender vulnerada la presunción de inocencia, es decir, no sólo la “inexistencia” absoluta de diligencias de prueba no ilícita practicadas a instancia de las acusaciones, sino también que tales pruebas no suministren ningún elemento de convicción que pudiera tener sentido incriminador con relación al hecho discutido, de manera tal que no pudieran servir de base para *justificar una condena*. Así, si el Magistrado Presidente considera que ninguna de las valoraciones razonablemente posibles del material probatorio podría justificar una condena sin lesión del derecho a la presunción de inocencia, debe evitar un veredicto condenatorio que supusiera vulneración de la presunción de inocencia.

Esta última cuestión está relacionada con el difícil deslinde entre la “existencia” de prueba y su “valoración”, aspectos que en casos límite pueden confundirse, lo que ciertamente justifica las cautelas de las que elocuentemente previno el representante del



Ministerio Fiscal en el acto de la vista. Pero algunos ejemplos sí pueden ayudarnos a entender la delimitación entre ambos aspectos para evitar que al amparo del artículo 49 LOTJ se llegue a una inadmisibles sustitución del Jurado por el Magistrado Presidente: así, por ejemplo, para que pueda hablarse de "existencia de prueba de cargo", no basta con que un testigo haya declarado a propuesta o a preguntas de la acusación, sino que en el contenido de su declaración ha de existir alguna afirmación, efectuada precisa y exactamente desde su condición de testigo (y no como mero opinador), en la que pueda sustentarse el hecho "desfavorable", por lo que en caso contrario el Magistrado Presidente puede disolver el Jurado o no incluir el hecho en el objeto del veredicto por mucho que la acusación insista en su inclusión; lo que no puede hacer el Magistrado presidente es considerar que no hay prueba de cargo porque le parezca objetivamente mucho más creíble la declaración contraria de otro u otros testigos, o la resultancia de una prueba pericial.

También es cierto que en ocasiones lo que resulta difícil de distinguir es el *juicio de hecho* del *juicio de derecho*, es decir, la acreditación de un hecho como probado y la calificación de un hecho natural dentro de un supuesto de hecho o elemento típico de la norma penal. Ambos aspectos, en casos como el presente, están íntimamente ligados, pues para determinar si hay "prueba de cargo sobre la alevosía" es necesario valorar si los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificación constituirían o no alevosía. Así, por ejemplo, si la acusación postula asesinato alevoso porque un testigo ha dicho que en el último momento de una agresión producida en el contexto de una pelea la víctima ya estaba desvalida o inconsciente y no podía defenderse, y no hay ninguna otra prueba en que pueda sustentarse la sorpresa, la indefensión o la emboscada, el Magistrado Presidente hará bien en no someter la alevosía al Jurado por "falta de prueba de cargo", puesto que probar que en último momento de una agresión la víctima ya estaba vencida y no podía defenderse, no es probar la alevosía, según la constante doctrina jurisprudencial que establece que la indefensión típica de la alevosía debe concurrir en el momento en que surge el ánimo de agredir y matar.

En definitiva, el Magistrado sólo puede dar voz al Jurado sobre un hecho desfavorable cuando haya llegado a la conclusión, no de que a su juicio está "probado", pero sí de que existe una prueba cuyo contenido admitiría ser valorada por el Jurado para llegar a la conclusión de que el hecho está probado. De otro modo, no sería posible que el Magistrado Presidente concretase en la sentencia la existencia de prueba de cargo (artículo 70.2 LOTJ). No será en cambio posible invocar el artículo 49 LOTJ para sustraer al Jurado la decisión sobre un hecho cuando su consideración como probado fuese, a juicio del Magistrado Presidente, un error en la valoración de la prueba.

Desde los parámetros expuestos, la valoración por la Sala de la decisión del Magistrado Presidente no resulta particularmente complicada.

A) De un lado, se ha de tener en cuenta que la discrepancia sometida a la Sala hace referencia exclusivamente al intento de la acusación particular de introducir un "hecho" sin que en cambio solicitase la inclusión, en el apartado de la culpabilidad, de la declaración como culpable de un delito de asesinato por alevosía sorpresiva o sobrevenida, lo que disminuye considerablemente el objeto de la controversia. En efecto, lo que proponía la acusación particular era la adición de un hecho que describía la agresión de un modo similar a como se describía en la propuesta de objeto del veredicto redactada por el Magistrado Presidente, aunque añadiéndole expresiones como violencia "*inesperada*", rapidez "*desmedida*" o "*sin ningún riesgo para su persona*", expresiones éstas que procuran servir de puente desde los hechos hasta los

elementos típicos de la alevosía, pero que más que hechos constituyen valoraciones de carácter cuasinormativo, por su alta significación jurídica. El Magistrado Presidente rechazó la inclusión, por considerar que salvo adjetivos y adverbios no añadía hechos diferentes a los ya relatados en su propuesta. La acusación particular formuló protesta por esta denegación, pero no hizo objeción alguna relativa a los puntos del objeto del veredicto sobre la culpabilidad, en los que tampoco se reflejaba la tesis de la alevosía, por lo que la descripción de los hechos de un modo u otro difícilmente podía conducir a un veredicto de culpabilidad diferente al que resultó.

B) Analizada con detalle la prueba practicada en juicio, no se encuentra ciertamente ningún elemento que *pudiera ser valorado* como determinante de las condiciones de la alevosía. En particular, y aun creyendo únicamente la parte de las declaraciones de los testigos que pudiera perjudicar al acusado, hay coincidencia en que no hubo un ataque sorpresivo, por cuanto quienes presenciaron los hechos refieren que hubo una discusión o “enganchada” entre ambos que “subió de tono” hasta que, en el transcurso de esa disputa (que nadie calificó como buscada o iniciada por el acusado) el acusado propinó un fuerte puñetazo en la cabeza de la víctima. La violencia de ese puñetazo ha sido objeto de valoración a fin de calificar la conducta como constitutiva de dolo homicida (eventual) y distinguirla de la imprudencia, pero es claro que no puede servir para dar por probado que la víctima se hallaba desprevenida, pues todos los testigos presenciales aluden a un enfrentamiento cara a cara que la víctima no se encontró inopinadamente. Y por lo que se refiere a la segunda fase de la agresión, hay también total coincidencia entre los testigos en que tampoco fue buscada ni provocada por el acusado, sino que fue la víctima, que se hallaba en mal estado y desde luego debilitado por los primeros golpes, quien “persiguió” o fue donde se encontraba el acusado, junto con el padre de la víctima (presencia que tampoco juega a favor de la indefensión de la víctima), por lo que tampoco cabe hablar de sorpresa o actitud desprevenida de la víctima. En definitiva, lo que el Magistrado sometió al Jurado eran exactamente los hechos desfavorables que podían extraerse de las pruebas practicadas. Ninguna prueba se practicó que pudiera valorarse como una consciente elección por el acusado de medios que supusieran, desde el inicio de la agresión, una indefensión de la víctima, ni sorpresa, ni emboscada, por lo que preguntar al Jurado si existió dicha indefensión característica de la alevosía podría dar lugar a un veredicto voluntarista que vulnerase el derecho a la presunción de inocencia.

C) Por último, y aún en el caso de que pudiera calificarse como infracción procesal la decisión del Magistrado Presidente, no podría dar lugar a la nulidad pretendida, por cuanto la indefensión producida habría sido sólo formal y no material. Decimos esto porque, disponiendo de todos los elementos de juicio propios de esta instancia, en el caso de haberse incluido la tesis de la alevosía en el objeto del veredicto, y suponiendo hipotéticamente que el Jurado hubiese optado por ella, la Sala estimaría un motivo de apelación consistente en la vulneración de la presunción de inocencia o en infracción de ley, precisamente por las razones que acaban de darse, como en tantas otras ocasiones hemos hecho cuando el Jurado ha apreciado indebidamente alevosía por considerar que *en el último momento* de la secuencia total de la agresión, la víctima se hallara sin posibilidad de defenderse. A ello debe añadirse que conforme resulta de las declaraciones de todos los testigos los golpes que provocaron la muerte de la víctima se produjeron en plena calle, en presencia de otras personas (alguna de las cuales intentaron separar), e incluso de su padre (con conocimiento de que lo era), en el contexto de una discusión y pelea que como mínimo debe considerarse como “aceptada voluntariamente” por la víctima (si no provocada), y por tanto, como hemos dicho, en



circunstancias que excluyen la sorpresa por imprevisión, la estrategia o emboscada, o la indefensión (*ab initio*) de la víctima, quien tuvo sin duda la posibilidad de eludir la agresión de que fue víctima. En absoluto, pues, es cierto que, como sostiene la acusación particular en su recurso, "desde el primer momento hay ostensible imposibilidad de defensa". Ello podría ser cierto si se hubiese practicado alguna prueba que permitiera concluir que el primer golpe dirigido a la cabeza fue dado de manera sorpresiva, encontrándose la víctima fuera de un contexto de pelea, pero no lo es cuando se está frente a frente en actitud de pelea.

Tercero.- Sobre la concurrencia en el acusado de dolo homicida eventual.

La defensa, por su parte, formula un primer motivo de apelación en el que defiende que con arreglo al veredicto del Jurado no hay base para apreciar la comisión de un homicidio doloso, sino sólo unas lesiones dolosas en concurso con homicidio por imprudencia. A tal efecto pone énfasis en la corrección que, por su propia iniciativa, el Jurado hizo de los puntos I.1 y II.1 del objeto del veredicto, en el sentido de apreciar que el acusado sabía que "era probable que le causara la muerte si seguía golpeándolo" (en vez "muy probable") y que aceptó la "probabilidad" de causarla (en vez de la "alta probabilidad"), siendo así que, ciertamente, la doctrina jurisprudencial viene distinguiendo en alguna sentencia la imprudencia grave del dolo eventual en que la representación de la probabilidad de la producción del resultado lesivo sea o no "alta" o muy significada.

Pero frente al valor que pueda dársele a esas palabras, prevalece la significancia propia de los hechos que han sido declarados probados, en conexión con la decisión final del Jurado (expresiva de lo que pretendieron o no con las aludidas correcciones en la redacción) de optar por el punto II.1 del objeto del veredicto, en el que con claridad se considera que el acusado "aceptó" la probabilidad de causar la muerte, y descartando el punto II.2 según el cual el acusado al actuar como actuó simplemente "pudo haber previsto y evitado" el resultado de muerte. No puede, por cierto, dejar de decirse que una lectura de las instrucciones dadas por el Magistrado-Presidente al Jurado por escrito, permiten confiar en que el Jurado tomó la decisión que tomó conociendo bien cuáles eran las alternativas y cuál era el sentido de las preguntas del objeto del veredicto, por lo que su opción de dar por probado el punto II.1 y no el II.2 ha de considerarse una decisión perfectamente consciente, que la Sala considera razonable.

Los golpes fueron, según todos los testigos, fuertes, repetidos, y varios de ellos dirigidos a la cabeza. Las consecuencias, no ya internas (hemorragia subaracnoidea) sino externas (heridas y contusiones) descritas en la autopsia ponen de manifiesto, al menos, que el acusado actuó con claro *desprecio* a la vida de la víctima. No buscó su muerte, pero no le importó que pudiera morir. Pudo no morir, y quedar sólo herido y maltrecho, pero la probabilidad de que semejantes golpes en la cabeza (incluso uno solo de ellos) causen la muerte es percibida comúnmente como en absoluto despreciable (basta con reparar en el pánico que suele seguir en los estadios de fútbol a los incidentes en los que un jugador recibe un fuerte golpe en la cabeza y cae desmayado o semidesmayado), y por tanto quien los propina con semejante violencia mecánica, y además los reitera, sabe que está poniendo en peligro *concreto* la vida de la otra persona, y pese a que no tenga intención de que muera, está incurriendo con dolo homicida eventual, por lo que tanto la decisión final del Jurado como la calificación de

la sentencia apelada son conformes a Derecho. La jurisprudencia que el recurrente invoca en su escrito viene precisamente a corroborar el acierto de la decisión.

Cuarto.- Sobre la determinación de la pena.

En el segundo de los motivos de su recurso, cuya redacción merecería una revisión por resultar incoherente e inacabada en algunos párrafos, la acusación considera insuficiente la pena de once años impuesta en la sentencia, en atención a la brutalidad del ataque, la frialdad, y la ausencia de signos de arrepentimiento.

El Magistrado Presidente motiva la fijación de la pena en el fundamento de derecho undécimo de la sentencia. En síntesis, considera que la apreciación de un dolo eventual y no de un dolo directo postula una individualización discrecional “a la baja” (criterio que comparte la Sala), a lo que añade la existencia de una cierta provocación o admisión del enfrentamiento físico por parte de la víctima, en particular en la fase final del incidente. Eleva, sin embargo, un año sobre el mínimo legal, en atención a la “brutalidad” de la acción y a la continuidad de la agresión sobre una víctima ya caída en suelo, a lo que añade la “futilidad de los motivos que desencadenaron el ataque”. Se trata de una motivación transparente y razonable que revela un adecuado ejercicio de la discrecionalidad que la ley otorga al juzgador. El motivo se desestima.

Quinto.- Sobre la opinión del Jurado sobre la proposición del indulto.

Por cinco votos frente a cuatro, el Jurado considera que las circunstancias del caso y del culpable aconsejaban que en la propia sentencia se propusiera al Gobierno el indulto parcial de la pena que correspondiese al acusado. El Magistrado Presidente, sin embargo, no incluye dicha propuesta en su sentencia, por parecerle que no concurren los presupuestos del artículo 4.3 CP. Por ello la defensa interpone su segundo motivo de apelación, por vulneración del artículo 4.3.

La Sala entiende que la decisión del Jurado sobre la proposición o no del indulto para el condenado no es vinculante para el Magistrado Presidente. Al efecto, debe repararse en que el artículo 52 LOTJ, sobre el objeto del veredicto, tiene dos apartados. En el primero, referido a los hechos y a la culpabilidad, utiliza la expresión “*someterá al Jurado*”; el segundo, referido al indulto, emplea la expresión “*recabará el criterio del Jurado*”. Esa diferente manera de definir el sentido de las preguntas al Jurado expresa un distinto grado de vinculación del Magistrado Presidente por las respuestas. Es el Magistrado Presidente quien, al redactar la sentencia, ha de tomar esa decisión, sin perjuicio de que el criterio del Jurado deba ser tomado en consideración en caso de que el condenado o terceras personas soliciten el indulto.

Sexto.- No se aprecian motivos para un pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.



VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal, dicta el siguiente

FALLO

Que **desestimando** los recursos de apelación interpuestos por la acusación particular y por la defensa contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Cuarta), se confirma ésta íntegramente. Sin condena al pago de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes a través de sus Procuradores, habiendo de proceder éstos a comunicarla a sus representados o a informar a la Sala de su imposibilidad. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes, incluso las no personadas, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, devuélvase los autos originales al Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la Sentencia recurrida, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN .-

En Granada, a 9 de julio de 2018. La pongo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que la Sentencia Penal de fecha de hoy, es entregada en este órgano judicial, uniéndose certificación literal al procedimiento de su razón, incorporándose el original al legajo correspondiente, estando registrada con el número 54 de 2018. La presente Sentencia es pública. Doy fe.