



SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 47
Fax.: 928 42 97 77

Rollo: Tribunal del jurado
Nº Rollo: 0000038/2015
NIG: 3500443220120013437
Resolución: Sentencia 000062/2015

Proc. origen: Tribunal del jurado Nº proc. origen: 0002536/2012-00
Jdo. origen: Juzgado de Instrucción Nº 3 (antiguo mixto Nº 8) de Arrecife

Intervención:

Denunciante

Imputado

Interviniente:

Constanza González Arias

Miguel Angel Garcia Cruz

Abogado:

Rosa Mary Callero Cañada

Vicente De León Gopar

Procurador:

Maria Del Pilar Garcia Coello

Palmira Cañete Abengochea

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 17 de Julio de 2.015.

Visto en esta sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas, el presente **Rollo nº 38/2015** dimanante de los autos del **Tribunal del Jurado 2536/2012** del Juzgado de Instrucción nº 3 de Arrecife, seguido por delito de HOMICIDIO contra MIGUEL ÁNGEL GARCÍA CRUZ (nacido en la República Dominicana el 8 de diciembre de 1982, con NIE nº X-4206108-Y), representado por la Procuradora Sra Cañete Abengochea y asistido del Letrado Sr. De León Gopar, actuando como acusación particular D^a. Constanza González Arias, representada por la Procuradora Sra García Coello y asistida de la Letrada Sra. Callero Cañada, habiendo sido parte acusadora el MINISTERIO FISCAL, y actuando como Magistrada-Presidente la Ilma Sra D^a Yolanda Alcázar Montero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los días 6, 7 y 8 de Julio de 2015 se celebró el juicio oral, tras la oportuna selección de los miembros del jurado. En dicho acto, después de practicadas las pruebas, el Ministerio Fiscal, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, y calificó los hechos como constitutivos de un delito de homicidio, previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad del art 22,2ª CP e interesó la condena del acusado Miguel Ángel García Cruz a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas. Solicitando en concepto de responsabilidad civil que el acusado indemnice a los hijos menores de la víctima en la suma de 120.000 euros para cada uno de ellos, a la esposa de la víctima Leidy Johana García en la cantidad de 50.000 euros y a la madre de la víctima D^a Constanza González Arias en la suma de 9.500 euros, con los intereses previstos en el art 576 LEC. La acusación particular ejercida por D^a Constanza González Arias, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales calificando los hechos como constitutivos de un delito de asesinato del art. 139, 1º del Código Penal con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad del art 22,2ª CP, por el que solicitó una pena de diecisiete años y seis meses de prisión y en concepto de responsabilidad civil que el acusado indemnice a las personas referidas con anterioridad en 120.000 euros para D^a Constanza, 50.000 uros para cada uno de los hijos menores y 30.000 euros para D^a Leidy Johana, con los intereses previstos en el art 576 LEC.

SEGUNDO.- La Defensa del acusado, en igual trámite, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, considerando la existencia de un delito de homicidio imprudente del art 142





CP, con la concurrencia de la atenuante del art 21.2 CP en relación con el art 20.2 CP, de la atenuante del art 21.6 CP y de la atenuante del art 21,4ª CP en relación con el art 21,7ª CP y, alternativamente, de un delito de homicidio del art 138 CP con la concurrencia de la atenuante del art 21.2 CP en relación con el art 20.2 CP, de la atenuante del art 21.6 CP y de la atenuante del art 21,4ª CP en relación con el art 21,7ª CP, solicitando por el primero la pena de cuatro años de prisión y, en el segundo de los supuestos, la de siete años de prisión.

TERCERO.- El día 10 de Julio el Jurado emitió su veredicto, tras la correspondiente deliberación y votación.

HECHOS PROBADOS

RESULTA PROBADO POR EL JURADO Y ASÍ SE DECLARA que el día 20 de octubre de 2012, el acusado Miguel Ángel García Cruz, natural de República Dominicana, con NIE nº X-4206108-Y, nacido el 8 de diciembre de 1982 y antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, mantuvo una discusión con un grupo de personas de nacionalidad colombiana no identificadas, la cual comenzó en el Bar “La Panadería (Arrecife). En el referido incidente se encontraba D. Gustavo Adolfo Gallón González.

El acusado Miguel Ángel continuó la discusión con el citado grupo de personas de nacionalidad colombiana hasta llegar a un descampado cercano al bar que regenta su madre, Dª Eulalia Cruz, llamado “La Barca”, sito en la calle León y Castillo de Arrecife y con entrada trasera por la calle Fray Luís de León. Allí el acusado Miguel Ángel y una persona de nacionalidad colombiana no identificada se agreden mutuamente, terminando el altercado por mediación de Ángel Darío Mota Herasme. Éste se lleva del lugar al acusado y lo acompaña al interior del bar “La Barca” para tranquilizarlo y que se asee.

Una vez en el interior del local, el acusado se dirige a la cocina, coge un cuchillo y sale por la puerta trasera del local para buscar nuevamente al grupo de personas de nacionalidad colombiana con quien tuvo la pelea, y, al no encontrarlos, se da la vuelta en dirección al bar del que había salido.

De vuelta al bar “La Barca”, sobre las 8:25 horas de la mañana, el acusado Miguel Ángel ve sentado, en un banco próximo al bar, a Gustavo Adolfo Gallón González, que por aquella época contaba con 29 años de edad.

Gustavo Adolfo, al no haber peleado con el acusado, se encontraba tranquilamente sentado, fumando, sin percatarse del peligro que corría su vida hasta que el acusado Miguel Ángel llegó hasta él. Gustavo Adolfo se vio sorprendido por el acusado Miguel Ángel y temió por su vida. En ese momento, Gustavo Adolfo sale corriendo en dirección al primer sitio que encontró, el Bar “La Barca”, entra por la puerta trasera y se refugia en su interior. Gustavo Adolfo no se enfrentó con el acusado ya que no tenía posibilidad alguna frente a Miguel Ángel.

Así, Gustavo Adolfo cogió una silla del mencionado local, a modo de escudo para defenderse de la agresión del acusado con el cuchillo, pues el acusado Miguel Ángel le intentaba asestar una puñalada. Por ello, segundos más tarde, Gustavo Adolfo salió corriendo del local para intentar salvar su vida, y cruzó los dos carriles de la calzada. Gustavo Adolfo fue entonces perseguido por Miguel Ángel que portaba el cuchillo en la mano.

Sobre las 08:30 horas, el acusado Miguel Ángel continuó persiguiendo a Gustavo Adolfo hasta la terraza del bar “Parque de Limpieza”, sito al otro lado de la misma calle León y





Castillo. Y cuando Gustavo Adolfo saltó la barandilla que rodea el bar antedicho, el acusado Miguel Ángel García Cruz, con la intención de causarle la muerte, o aún a sabiendas de que podía hacerlo, le asestó una puñalada en el pecho, con una trayectoria hacia abajo y adentro.

Gustavo Adolfo estaba desarmado y el acusado Miguel Ángel utilizó el cuchillo siendo consciente de que así mermaba las posibilidades de defensa de éste.

El cuchillo, tras atravesar la piel y el plano muscular subyacente del hemitórax izquierdo, le fracturó completamente el arco anterior de la 4ª costilla izquierda, seccionando el tercer y cuarto espacio intercostal así como las estructuras vaculonerviosas que lo atraviesan a ese nivel y alcanzó el espacio intratorácico atravesando, de delante a atrás y en sentido descendente, el pulmón izquierdo hasta dejar la impronta de la punta del arma blanca sobre el arco posterior de la 7ª costilla izquierda. La anterior herida le produjo a Gustavo Adolfo un hemotórax masivo pérdida masiva y aguda de sangre, de aproximadamente 2 litros, entrando en estado de shock en fase irreversible produciéndose un fallo multiorgánico.

Gustavo Adolfo se puso las manos en el pecho y caminó unos cuantos pasos, cayendo inmediatamente al suelo y muriendo en el acto a causa de la puñalada.

Tras la agresión, Miguel Ángel regresó al bar La Barca portando aún el cuchillo en su mano.

Posteriormente, el acusado se desprende del cuchillo con el que había apuñalado a Gustavo y huye del lugar.

Tan pronto como sucedieron los hechos descritos, Agentes del Cuerpo Nacional de Policía se personaron en el lugar y conocedores de la identidad del acusado, así como de la muerte de Gustavo Adolfo, trataron de localizar a Miguel Ángel.

El acusado es detenido posteriormente por Agentes de la Policía Nacional, entre las 10:30 y 10:45 horas de ese mismo día, en las inmediaciones de su domicilio, cuando se encontraba hablando con unos vecinos. El acusado Miguel Ángel reconoció espontáneamente los hechos ante los Agentes que lo detuvieron.

El acusado Miguel Ángel había estado consumiendo alcohol desde la noche del día 19 de octubre de 2012, en concreto, desde las 20:45 horas, y parte de la mañana del día 20 de octubre, cesando el consumo momentos antes del inicio de la discusión con el citado grupo de personas, sobre las 7:00 horas.

El acusado se encontraba en un estado emocional de indefensión y atropello, mezclado con una relevante ingesta de alcohol, que mermaba su capacidad volitiva e intelectual, haciendo que no fuera capaz de controlar sus actos ni ser consciente de los mismos.

El acusado se encuentra privado de libertad desde el día 20 de octubre de 2012. La tramitación del procedimiento se vio dilatada por la petición por parte de la defensa del acusado de una prueba pericial que nada aportó al esclarecimiento de los hechos.

D. Gustavo Adolfo Gallón González, hijo de Dª. Constanza González Arias, con la que vivía cuando ocurrieron los hechos, falleció el día 20 de octubre de 2012 siendo padre de una niña de 10 años de edad, Nicol Gallón García fruto de su matrimonio con Dª. Leidy Johana García, siendo asimismo padre de un niño de 5 años de edad, Andrés Gallón Martín, fruto de la relación sentimental que mantuvo con Dª. Laura Martín García.

Gustavo Adolfo presentaba intoxicación por alcohol, cocaína y cannabis en el momento de su óbito.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de entrar en la calificación de los hechos declarados probados por el jurado, hemos de hacer una breve introducción sobre el diferente papel que corresponde al jurado y al Magistrado–Presidente del Tribunal.

La STS de 14 de julio de 2010 (EDJ 2010/153033), se hace eco de una constante doctrina jurisprudencial que diferencia en los juicios del Tribunal del Jurado entre la determinación de los hechos probados, función que compete al Jurado, y la subsunción del hecho delictivo y sus circunstancias en el tipo penal aplicable, que es competencia exclusiva del Magistrado–Presidente en la sentencia. Ya la STS número 721/1999, de 6 de Mayo (EDJ 1999/13694), señalaba que los jurados se pronuncian sobre los hechos enjuiciados y declaran si el acusado ha participado o no en su comisión y, en consecuencia, si ha de considerarse culpable o no culpable en función de su participación en ellos. Después es el Magistrado el que ha de formular su juicio de derecho o calificación jurídica.

En el mismo sentido, la STS núm. 439/2000, de 26 de Julio (EDJ 2000/27670) , establece que el veredicto de culpabilidad “por la participación en el hecho o hechos delictivos” no constituye más que una mera consecuencia del relato fáctico, que expresa un reproche social por los hechos declarados acreditados, pero no debe contener calificación jurídica alguna (el Jurado español es un Jurado “de hechos”, integrado de modo expreso por ciudadanos legos en derecho, art. 10.9 LOTJ), función calificadora que corresponde al Magistrado-Presidente (art. 9 LOTJ y 70 LOTJ). Por consiguiente el veredicto de culpabilidad por la participación en el hecho delictivo no debe incluir el “nomen iuris” delictivo (el acusado es culpable para el Jurado de los hechos declarados probados, no de “asesinato”, “homicidio”, “lesiones dolosas en concurso con homicidio” u “homicidio imprudente”), ni tampoco contener una especie de minicalificación autónoma (“es culpable de haber matado alevosa e intencionadamente al acusado”), pues esta incorrecta modalidad de redacción del veredicto de culpabilidad no constituye más que una fuente de posibles contradicciones e incongruencias con el veredicto expresado en el relato fáctico.

Por lo tanto, el objeto del veredicto no debe contener calificaciones jurídicas y el jurado no debe pronunciarse sobre esos extremos. Si lo hiciera, por una defectuosa redacción del objeto del veredicto, no puede afirmarse que el Magistrado Presidente quede vinculado al realizar la calificación al indebido pronunciamiento del jurado. La calificación jurídica de los hechos declarados probados es misión exclusiva del Magistrado-Presidente (STS 5-10-2004, rec. 541/2004, EDJ 2004/159704; STS 8-6-2006, rec 1312/2005, EDJ 2006/89300).

En cuanto a la motivación que han de efectuar los miembros del jurado, ha de tenerse en cuenta, como señala la referida STS de 14 de julio de 2010, que no puede exigirse a los ciudadanos que integran el Tribunal el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al Juez profesional, especialmente en casos como el presente, en el que los hechos sometidos a su consideración son extensos y complejos. Por ello la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado sólo requiere en el art. 61.1 d) que conste en el acta de votación una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar como probados unos determinados hechos. Con ello se integra la motivación del veredicto que debe ser lo suficientemente explícita para que el Magistrado Presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia o no de prueba de cargo.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados por el jurado son legalmente constitutivos de





un delito de homicidio, previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal. Ello resulta de la valoración conjunta de la prueba realizada por el Jurado seleccionado para el enjuiciamiento de esta causa y que, con amplitud y precisión, expuso los elementos de convicción que les llevaron a efectuar las declaraciones contenidas en el acta de votación.

La prueba que acredita el elemento objetivo del tipo del homicidio, esto es, la acción de asestar la puñalada a D. Gustavo, y el elemento subjetivo del tipo, el "animus necandi, resulta para los miembros del jurado del informe forense ratificado en el acto del juicio oral, de la testifical de D. Carlos Alberto Prado, D. Francisco de León Montelongo y D. José Carmelo Vera Castellano, así como de las imágenes grabadas de la cámara de seguridad, incorporadas a la causa y visionadas en el juicio oral (pendrive Kingston, cámara 11 a las 8:30:01 horas) (apartados nº 24, nº 25 y nº 27 del veredicto).

Efectivamente, en el acto de juicio oral el testigo D. Carlos Alberto Prado, que trabajaba en el lavacoches situado junto al bar "Parque de Limpieza" donde sucedieron los hechos, relató, de forma coherente y veraz, lo sucedido. Narró el testigo como el día 20 de octubre de 2012 observó que alguien tiraba una silla en un bar próximo ("La Barca") y que inmediatamente salía corriendo, siendo perseguido por otra persona, a la que conocía de vista. Precisó el testigo que cuando la víctima iba a pasar la valla, de escasa altura, que rodea la terraza del citado bar "Parque de Limpieza", el acusado le asestó la puñalada, desde fuera de la barandilla. De igual modo, los testigos D. Francisco de León Montelongo y D. José Carmelo Vera Castellano, efectuaron un relato idéntico, si bien precisaron que en un inicio creían que el acusado Miguel Ángel le había propinado un puñetazo a Gustavo, hasta que le vieron a éste la sangre en el pecho. Todo sucedió muy rápido, como manifestaron todos los testigos y se puede apreciar en la grabación de las cámaras de seguridad señalada por el Jurado, de ahí que haya alguna discrepancia en los testimonios sobre el momento exacto en el que Miguel Ángel le asestó la puñalada a Gustavo, a saber, en el instante de saltar la valla o una vez superada la misma por Gustavo. No obstante, como se aprecia en la grabación visionada en el juicio oral, y señalaron los jurados (apartado nº 23), Gustavo ya había saltado la valla cuando Miguel Ángel le asesta la puñalada, desde fuera de la citada barandilla, como precisaron los testigos. La puñalada la asestó en el pecho, con una trayectoria hacia abajo y adentro (apartado nº 27), acreditado para el Jurado a través de los referidos testimonios y del informe médico forense. A continuación, D. Gustavo se lleva las manos al pecho, camina unos pasos y cae al suelo, falleciendo a continuación (apartado nº 30 del veredicto), tal y como consideró probado el Jurado y explicaron los testigos. Por tanto, a partir de los testimonios de los testigos presenciales y la grabación de las cámaras de seguridad, la acción de asestar la puñalada resulta, como consideró el Jurado, evidente.

Por otro lado, los Srs. Médicos Forenses ratificaron el informe obrante a los folios 253 y ss de la causa y cuyo original fue remitido por el Juzgado. Explicaron los peritos, de forma rigurosa, la lesión que pudieron apreciar en el cuerpo de D. Gustavo, concluyendo que la causa fundamental de la muerte fue la herida por arma blanca sobre el hemitórax izquierdo con afectación del pulmón ipsilateral, tal y como reflejaron los jurados en los apartados nº 28 y nº 29 de su veredicto. Precisó el Forense D. Jesús Esparza que el autor de la agresión empleó una gran energía en su acción pues fracturó una costilla, hueso este que presenta una gran resistencia, atravesó el tórax y dejó la impronta del arma en la columna vertebral. Por último, añadieron los Srs peritos que la puñalada afectó a un órgano vital.

Y a la vista de lo expuesto, la conclusión alcanzada por el Jurado sobre la intención del acusado de acabar con la vida de Gustavo resulta racional y lógica pues asesta una fuerte





puñalada en el pecho, zona en la que se encuentran varios órganos vitales.

La intención o propósito que guía el actuar de las personas, como señala la STS del 30 de Mayo del 2012 (ROJ: STS 3294/2012), que se encuentra en su interior, no es susceptible de acreditación con prueba directa, salvo en el excepcional supuesto de sincera confesión, por lo que debe inferirse de los actos externos debidamente demostrados. Y se destacan como elementos más relevantes (STS del 30 de Mayo del 2012, ROJ: STS 3726/2012) los relativos al arma empleada, la zona del cuerpo agredida y las características e intensidad de la agresión, pues son estos tres elementos los que de manera más directa permiten apreciar la voluntad del autor de ocasionar la muerte. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo para la vida está asumiendo el probable resultado.

Y el citado riesgo para la vida se crea cuando se utiliza un arma letal (un cuchillo), se lesiona una zona vital (el tórax), y la naturaleza de la agresión (fuerte puñalada) es idónea para ocasionar un resultado mortal, como resulta del informe forense referido con anterioridad.

Por tanto, de los actos realizados por Miguel Ángel se deduce, con evidente claridad, que la conducta descrita no obedeció a un comportamiento descuidado, desatento, o negligente, que pudiera configurar un delito de imprudencia grave del art 142 CP, como sostiene la defensa. Muy al contrario, el relato probatorio obliga a concluir que en realidad el acusado buscó voluntariamente la producción de un grave detrimento corporal para la persona atacada, o bien la consciente aceptación de que, cuando menos, y en el mejor de los supuestos posibles, tal modo violento de proceder podía degenerar, con un alto grado de probabilidad, evidente para cualquiera, en la causación, con tal brutal comportamiento, de una lesión de tan definitivos efectos en Gustavo que sería susceptible de poner en peligro la propia vida del agredido, como de hecho así fue.

Ante esta contundente prueba, la versión del acusado en el acto del juicio oral resulta inverosímil. Señaló el acusado que no quería acabar con la vida de Gustavo, aunque manifestó no recordar el momento exacto del apuñalamiento. Sí precisó aquél que cogió el cuchillo de la cocina para defenderse de Gustavo, lo cual, como expondremos a continuación, resulta contradicho por las imágenes de las cámaras de seguridad y por la testifical de D. Ángel Darío Mota Herasme, tal y como precisaron los jurados en su veredicto.

Por último, el Jurado consideró acreditado (apartado nº 44) que Gustavo Adolfo presentaba intoxicación por alcohol, cocaína y cannabis en el momento de su óbito, fundándose en el informe elaborado los Srs peritos D. Francisco Javier Hernández Díaz y D. Luís Menéndez Quintana sobre estudio biológico forense de las muestras de D. Gustavo Adolfo (folios 138 y ss del testimonio), y que fue ratificado en el juicio oral. Esta circunstancia, como se explica en el informe forense de fecha 2 de octubre de 2014 (folios 427 y ss testimonio), no altera las conclusiones forenses sobre el fallecimiento de D. Gustavo.

TERCERO.- La acusación particular calificó los hechos como constitutivos de un delito de asesinato del art 139,1ª CP. El Ministerio Fiscal considera que el delito cometido es el de homicidio del art 138 CP, si bien con la agravante de abuso de superioridad del art 22, 2ª CP.

Para llevar a cabo la calificación concreta de los hechos es preciso tomar en consideración los acontecimientos ocurridos con anterioridad a la acción de acabar con la vida de Gustavo.

Los miembros del Jurado consideraron acreditado que el acusado Miguel Ángel tuvo una discusión con un grupo de ciudadanos colombianos en el bar “La Panadería”, la cual





continuó en un descampado próximo al bar “La Barca”, regentado por la madre del acusado, lugar en el que Miguel Ángel y una persona colombiana no identificada se agreden mutuamente (apartados 1, 3, 4 y 5 del veredicto). Se fundaron los jurados en el testimonio de D. Ángel Darío Mota Herasme, el cual, según señaló en el juicio oral, estaba en el bar “La Panadería” cuando comenzó la discusión. En ese momento el testigo vio también a Gustavo en el bar, aunque éste no participó en la pelea, como consideró acreditado el jurado (apartados nº 9 y 40) por el testimonio de D. Ángel Darío y de D. Miguel Ángel Díaz García, amigo del acusado. Manifestó este último testigo que Gustavo no amenazó a Miguel Ángel y que el único contacto físico que hubo entre ellos fue debido a que el primo de Gustavo empujó a éste contra Miguel Ángel, precisando que las amenazas y los empujones fueron realizados por los amigos de Gustavo. El testigo Ángel Darío señaló asimismo que Gustavo no estaba entre el grupo de personas con los que se peleó el acusado Miguel Ángel. En cuanto a la hora en la que se produjo esta discusión los miembros del Jurado no dieron por acreditado (apartado 2 del veredicto) que fuera sobre las 5:00 ó 5:30 horas, ya que el testigo D. Julio Gervasio precisó que esa fue la hora en la que el acusado salió de la discoteca “Masay” para dirigirse al bar “La Panadería”. La hora exacta de la pelea no quedó precisada en el juicio, si bien, por las manifestaciones de D. Ángel Darío y D. Mario Radhamet, tuvo lugar entre las 7:00 y 7:30 horas.

Después de la discusión entre Miguel Ángel y las citadas personas, Ángel Darío acompañó al acusado al bar “La Barca”, según relató el testigo en el acto del juicio oral y consideró acreditado el Jurado en el apartado nº 6 del veredicto. El testigo Miguel Ángel Díaz señaló en el juicio oral que él sacó al acusado del bar “La Panadería” y lo llevó al bar “La Barca”, pero precisó posteriormente, a preguntas de la acusación, que Ángel Darío (“Pancho”) le dijo que Miguel Ángel regresó al primer bar a los diez minutos y que fue éste, Ángel Darío, quien posteriormente lo acompañó a “La Barca”. Pero que ello es así resulta, como señaló el Jurado en el citado apartado nº 6 del veredicto, de la grabación de las cámaras de seguridad (pendrive Transcend, cámara 2, a las 8:23:32, lo que también se aprecia en la cámara 4 a la misma hora, como se comprobó en el juicio oral, imágenes estas que también han sido valoradas por el Jurado a lo largo de su veredicto). Por último, el propio acusado manifestó que fue “Pancho” (Ángel Darío) quien lo acompañó al bar que regenta su madre.

Una vez en el interior del bar “La Barca”, el acusado se dirigió a la cocina y cogió un cuchillo, volviendo a salir para buscar al grupo de personas con los que había discutido, según consideró acreditado el Jurado en el apartado nº 7 de su veredicto, fundándose de nuevo en la testifical de D. Ángel Darío, que así lo relató en el juicio.

No hay motivo alguno para dudar de la veracidad del testimonio de dicho testigo, a pesar de que la defensa señaló en el juicio oral que era “enemigo” del acusado. Tampoco consta que D. Ángel Darío modificase en lo esencial el testimonio prestado en instrucción, siendo lógico que varíe algún detalle por el tiempo transcurrido. Pero lo cierto es que su testimonio resulta corroborado, en primer lugar, por las cámaras de seguridad, en las que se aprecian los hechos tal y como los relató el testigo. En segundo lugar, por el testimonio referido de Miguel Ángel Díaz, así como de D^a Santa Lucía Alcántara de León (“Gertrudis”), camarera del bar “La Barca”, y que se encontraba limpiando en el bar y ve llegar al acusado y a Ángel Darío juntos. Y, por último, por el testimonio de D. Mario Radhamet Torres Rodríguez, testigo de la defensa que fue empleador del acusado hace un tiempo y que el día de los hechos se encontró a éste en las proximidades del bar “La Barca”, relatándole Miguel Ángel que “lo habían engañado “ o “pegado”, y observando el testigo que Ángel Darío se lo llevaba del lugar.





Y tomando en consideración el testimonio, lógico y creíble, de Ángel Darío, el Jurado estimó acreditado (apartados nº 8, 9, 10 y 11) que al no encontrar el acusado a las personas con las que había discutido, llevando el cuchillo encima, sobre las 8:25 horas de la mañana, ve sentado en un banco próximo al bar a Gustavo Adolfo, quien, al no haber peleado con el acusado, se encontraba tranquilamente sentado, fumando, sin percatarse del peligro que corría su vida hasta que el acusado Miguel Ángel llegó hasta él. En ese momento, Gustavo Adolfo se vio sorprendido por el acusado, que llevaba un cuchillo, según lo ya referido, y, en consecuencia, temió por su vida, por lo que salió corriendo en dirección al primer sitio que encontró, el Bar “La Barca”, entrando por la puerta trasera para refugiarse en su interior, según se aprecia en las cámaras de seguridad (pendrive Transcend, cámara 4, a las 8:28:21 horas y cámara 7 a la misma hora).

Consideró asimismo acreditado el Jurado (apartados nº 12 y nº 15 del veredicto) que Gustavo Adolfo estaba desarmado y el acusado Miguel Ángel utilizó el cuchillo siendo consciente de que así mermaba las posibilidades de defensa de éste, motivo por el que Gustavo Adolfo no se enfrentó con el acusado, ya que no tenía posibilidad frente a Miguel Ángel, pues éste iba armado con un cuchillo y sólo podía escapar o solicitar ayuda para defenderse. A este último respecto, optó el Jurado por el relato de la acusación particular frente al de la acusación pública, que describía la existencia de una pelea entre el acusado y Gustavo Adolfo, considerando que Gustavo nunca se enfrentó con Miguel Ángel. Se basó para ello el Jurado en las cámaras de seguridad (pendrive transcend, cámara 4 sobre las 8:28:21 y en el pendrive Kingston, cámara 11, a las 8:30:01) en las que se aprecia, primero, como Gustavo se limita a defenderse de Miguel Ángel con una silla en el interior del bar y como, posteriormente, le asesta la puñalada en la terraza del bar “Parque de Limpieza”, aprovechando esa superioridad que la proporcionaba llevar un arma blanca. Esto resulta evidente, además, del desarrollo de toda la acción que resultó acreditada para el Jurado por la testifical referida y por las imágenes de las cámaras de seguridad, comenzado por las del bar “La Barca” y finalizando por las de la gasolinera, según lo expuesto.

No consideró en cambio acreditado el Jurado que Gustavo se viera acorralado y sin posibilidad de defensa (apartado nº 19 del veredicto) estimando que en la primera de las grabaciones referidas, la del interior del bar, se aprecia que Gustavo tuvo “una vía de escape”. Es decir, el Jurado estimó acreditado que el acusado Miguel Ángel actuó aprovechando la superioridad que le confería llevar un arma blanca frente a una persona desarmada, pero no estimó que Gustavo estuviera totalmente indefenso, sino que sus posibilidades de defensa se vieron ciertamente limitadas, no pudiendo enfrentarse con él, de igual a igual, ante esa superioridad de Miguel Ángel por llevar un cuchillo y estar él desarmado, pero sí pudo huir, parapetarse tras un mueble o solicitar ayuda.

Y, precisamente, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como a continuación exponremos, descarta la existencia de alevosía en los supuestos en los que la víctima ha tenido posibilidad de huir para defenderse, considerando que, en esos casos, el ataque ha dejado de ser sorpresivo. Según el relato de hechos probados, Gustavo Adolfo se vio sorprendido inicialmente por el acusado cuando éste se le acercó con el cuchillo al banco en el que aquél se encontraba sentado. Pero, Gustavo, que temió entonces por su vida, según los hechos probados, sale corriendo para refugiarse en el bar, siendo perseguido por el acusado. En el interior del bar se defiende con una silla, ya que Miguel Ángel le intentaba asestar una





puñalada (apartados nº 17 y 18 del veredicto) y, de nuevo, para salvar su vida (apartado nº 20 del veredicto), sale corriendo del bar, según se aprecia en las grabaciones de las cámaras de seguridad (pendrive Transcend, cámara 4, sobre las 8:28) y explicó el Jurado. Es decir, Gustavo se defendió, tuvo alguna posibilidad, aunque limitada, frente a Miguel Ángel, motivo por el que no concurre la circunstancia de alevosía y sí, como veremos, la agravante de abuso de superioridad del art 22, 2-º CP.

Gustavo Adolfo fue inmediatamente perseguido por Miguel Ángel, el cual portaba el cuchillo en la mano, hasta la terraza del bar “Parque de Limpieza” (apartados nº 21 y nº 22 del veredicto), según resulta acreditado para el Jurado a la vista de las grabaciones de las citadas cámaras de seguridad (pendrive Transcend, cámara 4, a las 8:28:21) y del testimonio de D. Francisco de León Montelongo, D. Carlos Alberto Prado y D. José Carmelo Vera Castellano, referidos en el Fundamento anterior. Una vez que Gustavo salta la valla, el acusado, sin saltar la barandilla, lo alcanza y le asesta la puñalada en el pecho.

En el apartado nº 26 del veredicto los jurados no consideraron acreditado que el acusado asestara la puñalada de frente a Gustavo, explicando que del testimonio de D. Carlos Alberto Prado, D. Francisco de León Montelongo y D. José Carmelo Vera Castellano, así como de las imágenes de la cámara de seguridad (pendrive Kingston, cámara 11 a las 08:30:0, si bien el incidente comienza a las 8:29, limitándose el Jurado a fijar una hora concreta para facilitar la búsqueda de las imágenes) se aprecia que “el acusado lo alcanza por la espalda para asestarle la puñalada en el tórax izquierdo”.

En el escrito de la acusación particular, única que acusa por asesinato, no se hace referencia a que la puñalada la asestó el acusado desde la espalda de la víctima, razón por la que no se ofreció alternativa en el objeto de veredicto sobre la posición exacta del agresor respecto del agredido, y sí, en cambio, en cuanto a la posición de la víctima en relación con la barandilla de la terraza del bar (apartados nº 23 y nº 24), optando el Jurado en ese caso por el relato contenido en el escrito del Ministerio Fiscal (víctima que logra sobrepasar la barandilla).

A este respecto, el Sr. Forense D. Jesús Esparza manifestó en el juicio oral que, tras el visionado de la referida grabación y teniendo en cuenta la trayectoria de la herida penetrante, que gráficamente consta en el informe pericial, no podía determinar con exactitud dicha posición al existir una única herida en el tórax de Gustavo Adolfo. Efectivamente, en su informe forense aclaratorio de fecha 15 de mayo de 2013 (folios 376 y ss del testimonio remitido por el Juzgado) se hace constar, respecto del trayecto del arma blanca antes de penetrar en el organismo, que no existen criterios científicos de certeza que permitan pronunciarse de forma categórica, añadiendo que en el caso de armas blancas rígidas, de tamaño considerable, el recorrido final del arma, justo antes de penetrar en el organismo, debe describir la prolongación de la recta que configura el trayecto de la herida descrito. Por último, consta en el informe que tras el visionado de la grabación registrada como cámara 11 no se aprecia dato de interés médico forense, al no apreciarse el arma blanca, ni su posible trayectoria antes de penetrar en el organismo.

Los miembros del Jurado explican en su motivación que el acusado “lo alcanza (a Gustavo) por la espalda para asestarle la puñalada en el tórax izquierdo”. Pero, más allá de no estimar acreditado que el acusado estuviera de frente a Gustavo al asestar la puñalada, tampoco pudieron precisar en su explicación la posición exacta del agredido en el instante de asestar la puñalada, motivo por el que, lógicamente, tampoco introdujeron un nuevo hecho modificado, posibilidad que expresamente les fue advertida en las instrucciones previas a la





deliberación. Y es que, como consta en el citado informe del Sr. Médico Forense y se pudo apreciar en el juicio oral y, posteriormente, tras el visionado de la referida grabación, las imágenes no permiten aseverar la posición exacta del agredido en el momento en el que le asesta la puñalada el acusado Miguel Ángel. Éste va detrás de Gustavo, de ahí que el Jurado explique que “lo alcanza por la espalda”, pero el instante de asestar la puñalada no se aprecia con nitidez en las imágenes. Y los testigos presenciales vieron que el acusado iba detrás de Gustavo, permanecía fuera de la valla y asestaba la puñalada (o lo que en principio consideraron un puñetazo), señalando que fue “por detrás”, pero la rapidez con la que todo sucedió impide fijar la posición exacta de Gustavo en el momento en el que el acusado le asesta la puñalada. El Agente de la Policía Nacional nº 83.269, que visionó las imágenes, señaló en el juicio oral, tras precisar igualmente que todo sucede muy rápido, que observó que Gustavo saltaba la valla, intenta entrar por la ventana (que estaba a un metro aproximadamente de la barandilla, como resulta de la Inspección ocular practicada por el Agente nº 95.277-folios 346 y ss del testimonio- y explicó éste en el juicio oral) y el acusado le asesta la puñalada desde fuera, haciendo un gesto como si se realizara desde atrás, pero lo cierto es que en las imágenes no se puede apreciar. De hecho, el Agente nº 84.800, instructor del atestado, y que asimismo participó en el visionado de las imágenes, señaló que no podía precisar la posición de la víctima. Ha de tenerse en cuenta, según lo dispuesto en el Fundamento anterior, que existieron algunas discrepancias en los testimonios sobre si Gustavo había saltado o no la barandilla, debido a la citada rapidez en la sucesión de hechos, la cual, lógicamente, puede afectar al recuerdo de los testigos de ese preciso instante. Sí se aprecia en las imágenes, en cambio, el momento en el que D. Gustavo se lleva las manos al pecho, camina unos pasos y cae al suelo, falleciendo a continuación (apartado nº 30 del veredicto), tal y como consideró acreditado el Jurado y explicaron los testigos.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que el ataque de Miguel Ángel no cambia durante todo el tiempo que persigue a Gustavo con el cuchillo en la mano, por lo que el hecho de que lo alcance por la espalda y le aseste la puñalada en el tórax no resultó sorpresivo para Gustavo, consciente de que era perseguido por el acusado con el cuchillo. De hecho, en el relato de hechos de la acusación particular tampoco se hace referencia a la existencia, en ese momento de asestar la puñalada, de un ataque sorpresivo e inesperado, por lo que no es posible apreciar la referida circunstancia. No existe un plus de antijuricidad en la acción del acusado, el cual, desde el inicio de su acción, aprovechó que Gustavo estaba desarmado para perseguirlo e intentar asestarle la puñalada, lo cual llevó a cabo en cuanto dio alcance a aquél. Existe unidad de acción, por tanto, sin que se produzca ningún cambio cualitativo en dicha acción.

La STS de 16 de abril de 2014 (ROJ: STS 1465/2014) señala, respecto de la concurrencia de la alevosía, recogiendo doctrina sentada, entre otras, en SSTS. 703/2013 de 8.10 , 599/2012 de 11.7 , 632/2011 de 28.6, que la jurisprudencia viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que en el modo de practicarse la agresión pone de manifiesto la intención del agresor o agresores de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido; es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito asesinato (art. 139-1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22-1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.





En cuanto a su naturaleza, aunque la Jurisprudencia, en alguna ocasión ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa elección de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado un modus operandi que suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido, deseando el agente obrar de la forma proyectada y representada.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, eliminando todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

Por ello, el Tribunal Supremo, partiendo de la definición legal de la alevosía, exige la concurrencia de los siguientes elementos (SSTS. 155/2005 de 15.2 , 375/2005 de 22.3):

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

b) En segundo término, 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 proyecte 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, por último, un elemento teleológico, que impone la comprobación 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. 1866/2002 de 7.11).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, la Jurisprudencia, (por ejemplo STS. 49/2004 de 22.1), viene distinguiendo:

a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y 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.





c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS. 19.10.2001, 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, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

A este respecto, la STS de 18 de junio de 2014 (ROJ: STS 2853/2014), señala que “el tener la posibilidad de huir buscando el amparo en tercero es indicativo de que el resultado letal no fue asegurado por los agresores como exige la alevosía. La víctima podía haber sido más ágil y rápida y haber impedido que los agresores lo alcanzaran. Pero además en el trayecto, siendo en plena noche, pudo haberse escondido o haberse ayudado de terceros, que podía haber encontrado”. Considera el Tribunal Supremo, por tanto, en el supuesto sometido a su consideración, que al lograr la víctima huir inicialmente de los agresores no hubo total indefensión, que es, precisamente, lo advertido por el Jurado en el apartado nº 19 del veredicto, según lo expuesto.

Cierto es que la Jurisprudencia ha admitido (v.gr. STS 8 de junio de 2011) que para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como la facilidad que ello supone, refiriéndose a la indefensión sobrevenida. Esta se produce en ciertos casos aún cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanude aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima. Es decir, la alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión, distinta a la anteriormente realizada.

Pero, según lo expuesto, esto no sucede en el presente caso. Miguel Ángel persigue durante todo el tiempo a Gustavo con el cuchillo en la mano, sin que en el relato de hechos se describa que la acción de asestar la puñalada fuera súbita o inesperada o que, en ese momento, Gustavo Adolfo se encontrara totalmente indefenso. Gustavo Adolfo estaba prevenido, sabía que Miguel Ángel lo perseguía con el cuchillo en la mano, ya que había intentado hacer uso del arma previamente, según consta en los hechos probados.

En cambio, sí concurre la agravante de abuso de superioridad (art 22,2ª CP), según hemos explicado en el presente Fundamento.





La agravante de abuso de superioridad, según reiterada jurisprudencia (v. gr. STS, Penal de 10 de febrero de 2015, ROJ: STS 418/2015, STS de 26 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5442/2014 -) y las que en esta última se citan: SSTS 21.3.2000 , 14.9.2006 ; 10.11.2006 ; 18.5.2007 ; 26.11.2008 ; 9-12-2009 ; 2-10-2010 ; 30-3-2011 , exige la concurrencia de los requisitos siguientes:

1) Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada de cualquier circunstancia. Bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concorra una pluralidad de atacantes (superioridad personal).

2) Esta superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía , que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una alevosía menor o de segundo grado.

3) A tales elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aproveche de ella para una más fácil realización del delito. Es decir, el elemento subjetivo de esta agravante reside simplemente en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad (SSTS. 1157/2006 de 10.11, 742/2007 de 26.9).

4) Que esa superioridad de la que sí abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

Y el uso de armas, señala la citada STS de 26 de diciembre de 2014, constituye la modalidad más usual de superioridad medial, ya que representa para el que la porta una situación de superioridad frente a la correlativa debilidad en el agredido, pues a nadie escapa la desigualdad de fuerzas entre una persona armada y otra inerme. Es cierto, sin embargo, que la circunstancia de abuso de superioridad no es una agravante de naturaleza estrictamente objetiva, sino mixta, y para afirmar su existencia, es necesario, de acuerdo con la vigencia y permanencia del principio de culpabilidad, que el sujeto activo conozca y se aprovecha, a su favor, y en perjuicio del ofendido, del desequilibrio de fuerzas que entre los dos existe. Pero el elemento subjetivo de la agravante reside simplemente en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento; o dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad. Y fácilmente se llega a la conclusión de que cuando la superioridad objetiva es deparada por el arma (cuchillo) que tiene el primero y de la que carece el agredido, debe bastar, a causa de la evidencia que en tal caso tiene la desigualdad, la mera conciencia de la situación y la voluntad de realizar la acción aprovechándola.

Resulta patente, por tanto, que el acusado Miguel Ángel se aprovechó para ejecutar su acción del hecho de que Gustavo Adolfo estaba desarmado, siendo consciente de que así mermaba las posibilidades de defensa de éste, tal y como el Jurado dio por acreditado (apartados nº 15 y nº 50), y hemos analizado anteriormente. Salió del bar con el cuchillo, se dirigió a Gustavo viendo que éste estaba tranquilamente sentado y lo persiguió con el cuchillo en la mano hasta asestarle la puñalada, a sabiendas de que aquél estaba desarmado, lo que le facilitó la comisión del delito. Ha de apreciarse, en consecuencia, la agravante de abuso de superioridad del art 22, 2ª CP.





CUARTO.- Del delito de homicidio resulta responsable, en concepto de autor, el acusado Miguel Ángel García Cruz (Arts 27 y 28 Código Penal), por la participación directa, material y voluntaria que tuvo en su ejecución, tal y cómo quedó acreditado tras las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, según lo expuesto por el Jurado en su veredicto (apartado nº 48) y hemos explicado en los Fundamentos anteriores.

QUINTO.- El Jurado consideró acreditado (apartados nº 41, nº 42 y nº 51 del veredicto) que el acusado Miguel Ángel había estado consumiendo alcohol desde la noche del día 19 de octubre de 2012, en concreto, desde las 20:45 horas, y parte de la mañana del día 20 de octubre, cesando el consumo momentos antes del inicio de la discusión con el citado grupo de personas, sobre las 7:00 horas. Y estimó asimismo probado que Miguel Ángel se encontraba en un estado emocional de indefensión y atropello, mezclado con una relevante ingesta de alcohol, que mermaba su capacidad volitiva e intelectual, haciendo que no fuera capaz de controlar sus actos ni ser consciente de los mismos.

Se fundaron los miembros del Jurado en el testimonio de D. Manuel Helson Santos García y en las imágenes de las cámaras de seguridad (pendrive Transcend, cámara 4 a las 08:28:21 horas, si bien el comienzo de estas imágenes es a las 8:23 horas, cuando llegan al bar el acusado y Ángel Darío, según lo referido, finalizando a la hora citada por el Jurado). Asimismo, en los apartados nº 16 y nº 35 del veredicto, a la hora de exponer las razones por las que no estimaban que el acusado estuviera en pleno uso de sus facultades físicas y mentales, valoraron las pruebas toxicológicas, el informe médico de urgencias y el informe pericial de D. José Antonio Cuellas Arroyo. Y concluyeron los jurados que el acusado tenía, en el momento de la comisión de los hechos, sus facultades mermadas “en grado medio” a consecuencia de la previa ingesta de alcohol.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013 (ROJ: STS 4102/2013), recogiendo la doctrina jurisprudencial establecida en STS núm 893/2012, de 15 de noviembre, establece que la actual regulación del Código Penal contempla como eximente la intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, junto a la producida por drogas u otras sustancias que produzcan efectos análogos, siempre que impida al sujeto comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, exigiendo además como requisitos que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción penal y que no se hubiese previsto o debido prever su comisión.

Cuando la intoxicación no es plena, pero la perturbación es importante, sin llegar a anular la mencionada capacidad de comprensión o de actuación conforme a ella, la embriaguez dará lugar a una eximente incompleta, como se prevé expresamente en el art 21 1ºCP, que califica como eximentes incompletas los casos en los que concurriendo las causas expresadas en el artículo anterior no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

Añade la referida Sentencia, haciendo mención a las SSTS 60/2002, de 28 de enero y nº 1001/2010, de 4 de marzo, que se asume que los casos en los que pueda constatarse una afectación de la capacidad del sujeto debida al consumo de alcohol de menor intensidad, pueden reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.7ª, pues es evidente que existe analogía -no identidad- entre una cierta alteración de las facultades cognitivas y/o volitivas producida por una embriaguez voluntaria o culposa y una perturbación de mayor intensidad





que alcanza el nivel de fuerte intoxicación etílica y que es la contemplada como eximente incompleta en el núm. 1º del art.21 puesto en relación con el núm. 2º del art. 20, ambos del Código Penal .

Carece de sentido en la aplicación del Código Penal de1995, señala el Tribunal Supremo, continuar refiriéndose a la embriaguez como una atenuante ordinaria, pues en el régimen establecido por este Código, la intoxicación etílica debe ser calificada como eximente completa o incompleta, y en casos más atenuados de embriaguez, como atenuante analógica del art 21 7º. Y procede la eximente incompleta en los casos en que no exista una anulación total de las facultades, pero sí importante (STS 519/2012, de 15 de junio, entre otras).

En consecuencia, la opción a la hora de determinar el grado de afectación en las facultades del acusado por la previa ingesta de alcohol no se establece entre una eximente incompleta o una atenuante ordinaria, sino entre la primera y una atenuante analógica, habiendo optado el Jurado en su relato de hechos por una afectación “en grado medio” que excede de lo que podría considerarse una perturbación de menor entidad.

El Jurado estimó, según lo expuesto, que la afectación de las facultades cognitivas y volitivas del acusado estaban mermadas, no anuladas, y que esa disminución era en grado medio, impidiendo a Miguel Ángel tener el control de sus actos.

En primer lugar, consideraron acreditado los jurados que Miguel Ángel estuvo bebiendo alcohol desde prácticamente la tarde-noche del día 19 de octubre hasta las siete de la mañana del día 20 de octubre de 2012. Testigos de ello fueron D. Manuel Helson Santos García (Gerson Enmanuel era su verdadero nombre, según manifestó el testigo), D. Julio Gervasio, D. Miguel Ángel Díaz García, D. Mario Radhamet Torres Rodríguez y D. Ángel Darío.

D. Manuel Helson era el dueño del bar “Timanfaya” en la fecha de los hechos. Manifestó el testigo que el acusado Miguel Ángel llegó a su bar sobre las 20:45 horas del día 19 de octubre de 2012 y que estuvo bebiendo alcohol, en concreto, whisky “Etiqueta Negra”, aunque no recordaba la cantidad exacta, precisando que cuando se fue, sobre las doce de la noche “no estaba borracho todavía”, sabiendo que iba a la discoteca “Masay” porque el acusado lo invitó a ir con él, si bien el testigo no lo acompañó. Y el testigo D. Julio Gervasio, dueño de la referida discoteca, corroboró tal hecho al explicar que Miguel Ángel estaría en el mismo hasta las 5:30 horas del día 20 de octubre, si bien no sabía exactamente la hora a la que llegó, pues él lo vio sobre las tres de la madrugada, tomando en su mesa “Etiqueta Negra” y añadió que recordaba la bebida porque el acusado se le acercó para negociar el precio de la botella. Miguel Ángel Díaz García, amigo del acusado, manifestó en el juicio que el día 20 de octubre de 2012 vio de madrugada a Miguel Ángel en el bar “ La Panadería”, sobre las seis de la mañana y que éste se tomó dos botellas de ron “Havana 7”, ya que tres “litronas” que compró eran para los amigos, pues Miguel Ángel los invitó, estaba de celebración (el acusado señaló en el juicio oral que era por el nacimiento de su hijo varón), y, por ello, llevaba bastante dinero encima. Añadió el testigo que el acusado estaba afectado por el consumo de alcohol, que estaba “borrachísimo”, que se balanceaba y que olía a alcohol. Añadió el testigo que, como hubo un incidente con los amigos de Gustavo Adolfo, según hemos ya referido, él lo llevó al bar de su madre, “La Barca”, sobre las seis de la mañana, pero estaba cerrado y Pancho le contó después que Miguel Ángel volvió al bar “La Panadería”. Ello coincide con el testimonio de D. Mario Radhamet Torres que manifestó que





sobre las siete de la mañana vio a Miguel Ángel, y que por el olor y la forma en que se mantenía se dio cuenta de que estaba borracho y que le decía “que me engañaron”, “que me dieron” y añadió que Miguel se cayó y se hizo unos arañazos, manifestando que cuando vio a Miguel Ángel dando patadas a la puerta del bar se le veía violento pero también estaba muy borracho, señaló el testigo, que precisó además que Miguel llevaba la camiseta rasgada y levantada. Por último, D. Ángel Darío (“Pancho”), persona que se llevó a Miguel Ángel al bar “La Barca” para evitar problemas, manifestó en el juicio oral que se notaba que Miguel Ángel había bebido alcohol, que se le notaba “por su comportamiento”, que se le entendía al hablar, y que “estaba tomado, pero no sabe si estaba muy borracho”, precisando que él también había bebido, aunque a Miguel Ángel “se le notaba más”.

Todos estos testigos relataron en el juicio oral que el acusado Miguel Ángel estuvo bebiendo alcohol desde la tarde del día anterior. No existe motivo para dudar de tales testimonios, pues si bien es cierto que Miguel Ángel Díaz es amigo del acusado, su relato resulta corroborado por el del resto de testigos, que van describiendo las sucesivas escalas del acusado en locales de ocio a lo largo de toda la noche y el consumo en todas ellas de bebidas alcohólicas, apreciando los testigos una afectación, en mayor o menor grado, de esa ingesta de alcohol en el acusado.

En cuanto a la discusión del acusado con el grupo de ciudadanos colombianos, los citados testigos, Miguel Ángel Díaz García, D. Ángel Darío y D. Mario Radhamet, no describieron una gran pelea, haciendo referencia a empujones, amenazas e insultos entre todos ellos. De ahí, que el Jurado no diera por acreditado (apartado nº 39 del veredicto) que el acusado fuera avasallado, vejado a agredido, pues apenas tuvo lesiones, como consta en el informe médico forense de fecha 25 de octubre de 2012 (folios 113 y ss del testimonio), ratificado en el juicio por los peritos, los cuales precisaron que tales lesiones no se correspondían con una grave agresión como la descrita por el acusado. Esto, como veremos, hace aún más irreflexiva su acción posterior al agredir a Gustavo

Y, a partir del citado hecho probado, la relevante ingesta de alcohol, la inferencia del Jurado sobre la merma de las facultades cognitivas y volitivas del acusado resulta racional.

En la grabación de la cámara de seguridad cuatro del Bar “La Barca”, referida con anterioridad, y valorada por los jurados según lo expuesto, se aprecia, a partir de las 8:23 horas, a Miguel Ángel sin camiseta, mientras habla con Ángel Darío se balancea levemente y se mueve por el bar de forma ilógica, sin saber qué hacer, y sin atender a lo que le están diciendo Gertrudis y Ángel Darío.

Por otro lado, en el informe médico de urgencias del acusado (folios 52 y ss del testimonio remitido), de fecha 20 de octubre de 2012, explicado en el juicio oral por D^a Azucena Quijano Diego, médico de urgencias del Hospital de Arrecife, se recoge en el apartado de exploración física: “buen estado general, consciente y orientado en espacio, tiempo y persona, colaborador. Fetor enólico. ...”. Dicha exploración se llevó a cabo, como precisó la Dra Quijano, en el momento del ingreso del acusado, es decir, sobre las 11:58 horas, según consta en el propio informe. En el apartado “Resultado de pruebas” consta que la etanolemia era de 197 mg/dL de sangre en el momento de la extracción, sobre las doce la mañana, señaló la testigo, no apareciendo que el acusado hubiera tomado sustancias psicoactivas.

La Dra Quijano señaló que esta etanolemia es moderada y que a partir de 100 puede afectar al sistema nervioso central, dependiendo de la tolerancia de esa persona al alcohol. Señaló





la Dra Quijano que con esa cifra pudiera plantearse que Miguel Ángel estaba muy borracho, pero al estar la persona consciente y colaboradora el grado de afección por el alcohol es más moderado, añadiendo la testigo que no podría decir el grado de alcoholemia del acusado en el momento de la muerte de Gustavo, sobre las 8:30 de la mañana.

Los Agentes de la Policía Nacional que detuvieron al acusado sobre las 10:45 horas del día de los hechos, y los que posteriormente lo trasladaron al Hospital, alrededor de las 12:00 horas, no apreciaron en el acusado olor a alcohol, señalando que el mismo estaba callado, si bien algo nervioso por lo que estaba pasando. En concreto, los Agentes con carnet profesional nº 80.639 y nº 103.580 precisaron que el acusado se puso muy nervioso y se golpeó con la cabeza en la pared, si bien ellos consideraban que era debido a la situación en la que se encontraba. En cualquier caso, el olor a alcohol sí fue objetivado por la Dra Quijano al efectuar la exploración, según lo expuesto.

Por tanto, sobre las doce la mañana, el acusado Miguel Ángel tenía un grado de alcohol en sangre de 197 mg/dL.

Valoraron asimismo los miembros del Jurado el informe pericial elaborado por el perito D. José Antonio Cuellas Arroyo, Director de la Delegación en Canarias del Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses, sobre “los efectos conocidos y publicados, en adultos, por intoxicaciones de alcohol en concentraciones de 197 mg/dL ó 1.97 g/L (folios 403 y ss del testimonio), y ratificado en el acto del juicio oral por el citado perito.

Según el referido informe, a esta concentración, el estado al que habríamos de referirnos en la persona afectada es el de la embriaguez. Con carácter general, la intensidad de los efectos es proporcional a la concentración de alcohol en sangre, de forma que conforme esta aumenta aparece progresivamente una alteración de la capacidad de reflexión, humor expansivo, vivaz y dicharachero, con realización de actos que normalmente no hacen (por ejemplo, conductas agresivas, violentas o realización de actos arriesgados). Preciso el Sr perito en el acto del juicio oral que la concentración de dos gramos por litro de sangre ronda el grado de embriaguez o intoxicación plena, tal y como señaló el Sr. Forense D. Jesús Esparza al ratificar asimismo su informe en el juicio oral, si bien ese grado de embriaguez varía según las distintas personas. Asimismo señaló D. José Antonio que no podía calcular el grado de alcohol en sangre del acusado en el momento de cometer los hechos al desconocerse si entre las 8:30 y la hora en la que fue detenido el acusado, sobre las 10:45 horas, éste ingirió alcohol; pero lo que sí pudo determinar es que en el momento de ser detenido el acusado tendría una tasa de 2 ó 2,1 gramos por litro de sangre, lo que supone, según el perito, que cuando se le extrajo sangre, sobre las 12:00 horas, se encontraba en fase de eliminación del alcohol. En el mismo sentido se manifestaron los Srs peritos D. Francisco Javier Hernández Díaz y D. Luís Menéndez Quintana a la hora de ratificar su estudio biológico forense de las muestras de D. Gustavo Adolfo (folios 138 y ss del testimonio), fijando el grado de alcohol en sangre del acusado en el momento de la detención en valores similares a los referidos, coincidiendo los Srs peritos en que la influencia del alcohol varía según las personas.

Además, D. José Antonio señaló en la vista que si cuando el acusado fue observado por la Dra Quijano se encontraba orientado y colaborador, con una tasa de alcohol de 197 mg/dL, podría pensarse que el alcohol no le afectaba tanto como a otras personas porque estaba habituado a beber. Esto permite concluir que ese es el motivo por el que la afectación de las facultades del acusado no pasó de media pese a que éste estuvo bebiendo alcohol durante casi doce horas.





Cierto es que se desconoce el grado exacto de alcohol en sangre del acusado en el momento de cometer los hechos, ignorándose si aquél continuó bebiendo alcohol después de agredir a Gustavo, si bien es muy difícil acreditar un hecho negativo como es la no ingesta de alcohol. El Jurado no dio por acreditado (apartado nº 46 del veredicto) que el acusado se marchara a su domicilio tras los hechos, al no constar ninguna prueba de ello. Fue detenido, como veremos, en las proximidades de dicho domicilio, pero lo que hizo con anterioridad no ha resultado acreditado.

Lo que sí resulta acreditado, según lo expuesto, es, en primer lugar, que la ingesta de alcohol produce efectos, variables ciertamente, en las capacidades de las personas, como se recoge en el informe pericial de D. José Antonio, que precisa que el alcohol afecta orgánica y funcionalmente de forma aguda y crónica a distintos órganos, siendo particularmente significativa su intervención sobre la esfera neuropsíquica, tanto afectiva, como cognitiva. En segundo término, está probado que el acusado bebió alcohol desde la noche del día 19 de octubre y hasta, al menos, las siete de la mañana del día 20 de octubre de 2012, lo que el Jurado estimó acreditado como “relevante ingesta de alcohol”. En tercer lugar, los testigos vieron al acusado afectado a consecuencia de esa ingesta de alcohol, que, ni se buscó con el propósito de cometer el delito, ni pudiendo prever su comisión, pues fue consecuencia de una celebración, según manifestaron los testigos y el mismo acusado. Además, se observa en las imágenes, según lo ya referido, que Miguel Ángel tenía, pocos minutos antes de cometer los hechos, una actitud poco coherente e irreflexiva. Por último, la propia dinámica de hechos, sin atender el acusado a las peticiones de Ángel Darío y Gertrudis, que le dicen que se tranquilice, lo absolutamente desproporcionado de la reacción del acusado, que ni siquiera había sido gravemente agredido, según lo expuesto, y que se dirige con un cuchillo de cocina a una persona que ni siquiera había peleado con él, que estaba tranquilamente sentada en un banco, pone de relieve, como señala la STS de 15 de noviembre de 2012 (ROJ: STS 7331/2012), en un supuesto similar al presente, la afectación “en grado medio”, ni pleno ni leve, como señaló el Jurado, de las facultades cognitivas y volitivas del acusado, lo que determina la aplicación de la eximente incompleta del art 21, 1ª CP, en relación con el art 20, 2ª CP, y no de una mera atenuante analógica (art 21.7ª CP), procedente en supuestos de menor entidad (no “media”), según la Jurisprudencia referida con anterioridad.

El acusado no era plenamente consciente de la ilicitud de su actuación no pudiendo controlar su extrema agresividad, precisamente a consecuencia de la previa y abundante ingesta de alcohol. De ahí, que los miembros del Jurado estimaran acreditado que Miguel Ángel, debido al estado en el que se encontraba tras haber discutido con el grupo de personas de nacionalidad colombiana, que él consideraba de “atropello”, a pesar de que, según lo expuesto, la pelea no fue de entidad, y a la relevante ingesta de alcohol, tenía sus facultades disminuidas y, por ello, no fuera capaz de controlar sus actos ni ser consciente de los mismos, especificando en su motivación, de forma razonable, que esa merma de facultades fue de grado medio. Si la perturbación hubiera sido mínima el acusado no habría perdido el control de sus actos, como consideró probado el Jurado.

Además, según consta en el citado informe médico de urgencias, Miguel Ángel no había consumido sustancias estupefacientes ese día. El consumo de estas sustancias, como manifestó en el juicio oral el Sr. Médico Forense D. Javier Tapia, tiene un efecto antagónico del alcohol, haciendo que los efectos de este último no sean tan profundos, lo que no pudo suceder en el presente caso ya que el acusado no consumió sustancias psicoactivas. Por





tanto, el alcohol surtió sus efectos sobre el acusado sin resultar contrarrestado por ninguna otra sustancia.

Cierto es que en las imágenes se aprecia que el acusado corre tras Gustavo y no cae al suelo, ni se tropieza. Pero en el referido informe de D. José Antonio Cuellas Arroyo sólo se describen severos trastornos motores a partir de concentraciones de alcohol en sangre de 3 gr/L, siendo posible alteraciones del equilibrio, como la que se puede observar, aunque de grado leve, en la imagen de las cámaras de grabación, a partir de 1,8 gr/L. Por último, ha de tenerse en cuenta que la embriaguez puede suponer, conforme a nuestro Código Penal vigente, una eximente plena, reservada, precisamente, para los casos más extremos. Entre la levedad de la atenuante analógica y la eximente completa, existe un “grado medio” en el que el Jurado consideró incluida la merma de las facultades de Miguel Ángel. Esta disminución no se encuentra próxima ciertamente a la anulación, motivo por el que, como analizaremos a la hora de imponer la pena, ésta se debe rebajar en un solo grado.

En definitiva, el Jurado estimó acreditada una sensible obnubilación en la capacidad del acusado para comprender el alcance de sus actos, y un relajamiento igualmente sensible de los frenos inhibitorios, es decir, de la capacidad para dirigir el comportamiento de acuerdo con las normas asimiladas en el proceso de socialización.

SEXTO.- Considera asimismo la defensa que concurre la atenuante analógica de confesión del art 21,7ª CP en relación con el art 21,4ª CP.

El Jurado consideró acreditado que, tan pronto como sucedieron los hechos descritos, Agentes del Cuerpo Nacional de Policía se personaron en el lugar y conocedores de la identidad del acusado, así como de la muerte de Gustavo Adolfo, trataron de localizar a Miguel Ángel. El acusado es detenido posteriormente por Agentes de la Policía Nacional, entre las 10:30 y 10:45 horas de ese mismo día, en las inmediaciones de su domicilio, cuando se encontraba hablando con unos vecinos (apartados nº 33 y nº 34 del veredicto). Asimismo estimaron probado (apartado nº 47) que el acusado Miguel Ángel reconoció espontáneamente los hechos ante los Agentes que lo detuvieron.

Se fundan para ello los miembros del Jurado en el testimonio de los Agentes de la Policía Nacional nº 82.574 y nº 80.639, por un lado, y en el prestado por los Agentes nº 108.604 y nº 101.919 en el acto del juicio oral, por otro.

Efectivamente, el Agente con carnet profesional nº 80.639 manifestó en la vista que al lugar de los hechos se desplazaron dos patrullas del Cuerpo Nacional de Policía y que, nada más llegar, los testigos identificaron al autor del homicidio como el hijo de la dueña el bar “La Barca”. El Agente nº 99.617 testificó en el mismo sentido. Igualmente, el Agente nº 82.574, encargado de efectuar el reconocimiento fotográfico, señaló que todos los testigos reconocieron sin lugar a dudas al acusado como el autor de la muerte de Gustavo. Por tanto, ninguna duda existía, ya desde el primer momento en el que los Agentes se personaron en el Bar “Parque de Limpieza”, sobre la identidad de la persona que asestó la puñalada a la víctima. Y así, como testificó el Agente nº 101.919, los Agentes que fueron a detener al acusado tenían sus datos completos de filiación y su fotografía. Manifestó este Agente que cuando llegaron al domicilio, el acusado se encontraba en las proximidades del mismo, con una persona, y que rápidamente lo detuvieron, que no le dieron opción a huir o a resistirse. Y señaló este Agente que el acusado le dijo espontáneamente que había apuñalado a una persona.





Sin embargo, los hechos declarados probados no configuran la atenuante de confesión del art 21,4ª CP, ni siquiera como analógica.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2015 (ROJ: STS 1889/2015), recogiendo la doctrina sentada en la STS 832/2010, de 5 de octubre, y en la STS 240/2012, de 26 de marzo, señala que el fundamento de la atenuación en la confesión del reo radica, una vez superada la anterior concepción de la atenuación basada en motivaciones pietistas o de arrepentimiento, en razones de política criminal, pues la confesión ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal. Confesar supone poner en conocimiento de la autoridad judicial o de la policía, los hechos acaecidos, y requiere que la misma sea sustancialmente veraz, no falsa o tendenciosa o equívoca, sin que deba exigirse una coincidencia total con el hecho probado. Esa confesión, además, supone un reconocimiento de la vigencia de la norma y un aquietamiento a las previsiones de penalidad previstas en el ordenamiento para su conducta. El requisito de la veracidad de la confesión, siquiera sustancial, parte del propio fundamento de la atenuación, pues si lo que pretende el confesante no es la declaración de unos hechos posibilitando la actuación instructora, sino la defensa ante un hecho delictivo no se cumple con esa finalidad que fundamenta la atenuación.

Ahora bien, eso no implica que, puesta sobre la mesa la veracidad de los hechos, no pueda el confesante poner también de relieve aquellos elementos de donde deducir cualquier género de comportamiento atenuatorio de su responsabilidad penal.

En la STS de 25 de enero de 2000, cita la Sentencia de 17 de abril de 2015, se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que son los siguientes:

- 1º Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción.
- 2º El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable.
- 3º La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial.
- 4º La confesión ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial.
- 5º La confesión habrá de hacerse ante la autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificada para recibirla.
- 6º Tiene 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 los efectos de la atenuante .

Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la Jurisprudencia las diligencias policiales que, como primeras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS 23.11.2005 , con cita en las sentencias 20.12.1983 , 15.3.1989 , 30.3.1990 , 31.1.1995 , 27.9.1996 , 7.2.1998 , 13.7.1998 y 19.10.2005).

Esto mismo se repite en la STS 775/2008, de 26 de noviembre, en donde se destaca que tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales "a no declarar contra sí mismo" y "a no confesarse culpable", puesto que ligar un efecto beneficioso a la





confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (STC 75/1987, de 25 de mayo).

Ahora bien, la exigencia del riguroso requisito cronológico convierten en habitualmente inoperantes las confesiones que llevan a cabo los imputados cuando son requeridos para prestar declaración, tanto por la policía judicial, como en fase de instrucción sumarial, por el Juez de instrucción, de manera que la asunción de hechos, o el reconociendo de la participación en ellos del declarante, quedan a menudo sin virtualidad jurídica alguna, al no poder concedérsele ningún efecto beneficioso para el que, de esa manera, facilita la investigación criminal, cualquiera que sea el desarrollo de ésta, salvo -claro es- supuestos excepcionales. De manera, que sería un contrasentido recomendar la confesión del imputado, bajo el argumento de que es más beneficioso para el enjuiciamiento de su causa, si después, por razón de la falta de la concurrencia del requisito cronológico no sirviera absolutamente para nada.

Es bien sabido que la atenuante descrita en el número 4º del art. 21 del Código Penal, requiere la confesión de los hechos antes de que el procedimiento se dirija contra el culpable, es decir, presentarse ante el juez o la policía para declarar la realidad del delito cometido y su autoría. Semejante actitud de colaboración no es fácil que se produzca en la práctica. Es más, en los casos en que tal postura se ha constatado, se han saldado generalmente con la concesión de una atenuante muy cualificada. De ahí, que por razones de política criminal, deba rellenarse el espacio existente entre tal postura y actitud, repetimos que excepcional en términos estadísticos, y la confesión de los hechos cuando la policía judicial detiene al sospechoso, aun con un principio de prueba en su contra, resultando entonces muy útil a la investigación la clarificación de los hechos, lo que contribuirá a su completo esclarecimiento. Utilidad que debe distinguirse de una relevante fuente de colaboración, que a menudo consistirá en la incriminación de otros partícipes, o en la aportación de pruebas decisivas con dichos fines, o en el descubrimiento de fuentes relevantes de investigación, lo que deber ser acreedor de una singular bonificación, siempre por razones de política criminal, entrando en juego la conceptualización como muy cualificada por razones de la intensidad de tal colaboración, cuyo módulo ha sido desde siempre el exigido por el Tribunal Supremo para su estimación como tal.

De ahí, que nuestra Jurisprudencia haya integrado tal puesta en conocimiento del órgano instructor de datos que supongan cualquier género de colaboración, incluida naturalmente la propia confesión del imputado, con la construcción de la correspondiente atenuante analógica, actividad que supone también la admisión de los hechos por quien declara, aunque ya existan elementos indiciarios de sospecha que recaigan sobre aquél.

Para ello hemos de partir -como decían las SSTS 145/2007, de 28 de febrero , y 1057/2006, de 3 de noviembre - que para que una atenuación pueda ser estimada como analógica de alguna de las expresamente recogidas en el Código Penal, ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente.





Ahora bien, la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito referido, y dejaría sin espacio alguno a la analogía.

Por ello, añade la citada STS, reiteradamente se ha acogido por el Tribunal Supremo (v.gr STS 10.3.2004), como circunstancia analógica de confesión, la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos con el acusado. En efecto, la aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia para reconocer efectos atentatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma razón atenuatoria. En suma, en las atenuantes "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 CP.

Lo que resulta absolutamente necesario es que tal confesión sea real y sincera, es decir, que como señala la STS 1028/2011, de 11 de octubre, no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal. En este sentido, las SSTS 1072/2002, de 10 de junio; 1526/2002, de 26 de septiembre; y 590/2004, de 6 de mayo , entre otras muchas.

Es por ello que, con respecto, a la atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo, el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración, más o menos relevante para la Justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico perturbado. Así, la STS 809/2004, de 23 junio señala que el Tribunal Supremo ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4ª del Código Penal, pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito. En el mismo sentido, la STS 1348/2004, de 25 de noviembre.

La confesión tardía no siempre operará como atenuante analógica, pues como precisa la STS 1063/2009, de 29 de octubre, no existe razón de política criminal que justifique que, siempre y en todo caso, cuando el imputado por un delito confiesa su participación en los hechos, deba ver atenuada su responsabilidad criminal, referido todo ello a los supuestos en que nada aporte a la investigación, por tratarse de un caso de singulares características, absolutamente diáfanas. Sin embargo, es extensible a todos aquellos casos en los que la confesión, aun extemporánea, facilite el desenlace de una investigación ya iniciada, pues aquí los efectos atenuatorios de la responsabilidad criminal estarán aconsejados. Razones pragmáticas ligadas a la conveniencia de estimular una confesión relevante para el esclarecimiento de los hechos, hacen explicable que la ausencia de un presupuesto cronológico -es decir, que la confesión se produzca antes de conocer el imputado que el procedimiento se dirige contra él-, no se erija en requisito excluyente, sobre todo, cuando entre la atenuante genérica de confesión (art. 21.4 CP) y la analógica (21.7 CP) puede predicarse el mismo fundamento. De manera que ese fundamento atenuatorio no desaparece en los supuestos que el requisito cronológico ya no puede cumplirse, si la confesión resulta, más que relevante, útil para la investigación.





Por ello, en la STS127/2011, de 1 de marzo, se aprecia, aunque la investigación ya se hubiera iniciado. Y de utilidad también se habla en la STS 708/2005, de 2 de junio, en un caso en que, aunque el autor estaba ya identificado por ciertos testigos presenciales, se presentó por propia voluntad en el cuartel de la Guardia Civil. No resultará útil, en cambio, una confesión tardía que se produce en la declaración indagatoria, cuando el sumario estaba prácticamente concluso, y así la STS 719/2002, de 22 de abril, la denegó cualquier operatividad atenuatoria.

De todo ello hemos de convenir que la nota que debe exigirse en la confesión para su estimación como atenuante analógica es la de su utilidad, utilidad para facilitar la investigación, dejando la relevancia de la colaboración del confesante en otro espacio de tal analógica, que en su caso puede ser conceptuada, en función de los datos aportados, como muy cualificada. Solamente desde esta distinción, puede trazarse una más nítida y adecuada línea de separación entre ambos niveles de bonificación por razones de política criminal, intentando la mayor de las precisiones en la interpretación de las normas penales.

En el presente caso, el reconocimiento espontáneo por el acusado, cuando ya está detenido por los Agentes actuantes (supuesto diferente al analizado en la referida STS 708/2005), ninguna utilidad tenía para la investigación, pues no sólo estaba plenamente identificado por los testigos, sino que se conocía su domicilio, se había ya procedido a su detención y los hechos ocurridos era claros. El acusado no podía negar los hechos: incluso para él era evidente que había testigos presenciales: Pancho, Gertrudis, las personas que se encontraban en las proximidades del Bar "Parque de Limpieza". Ninguna finalidad de ser útil a los fines de la Justicia movió a Miguel Ángel. Como se deduce del testimonio del Agente nº 101.919, que señaló que el acusado estaba nervioso, según hemos expuesto, el reconocimiento de Miguel Ángel fue la constatación de que no tenía escape, pues ya sabía que había sido identificado por todos los testigos y estaba detenido. El acusado se limitó a expresar en alto sus pensamientos ante una situación irremediable.

Es más, a lo largo de la causa el acusado no ha mostrado una especial colaboración, en su legítimo derecho de defensa ciertamente, pues no ha facilitado nunca el lugar en el que dejó el cuchillo con el que acabó con la vida de Gustavo, declarando en el juicio oral que éste le golpeó y le pisó la cabeza, cuando, según lo expuesto en los Fundamentos anteriores, no fue así, pues Gustavo no intervino en la pelea previa. Los Agentes de la Policía Nacional nº 84.800 y nº 83.269 señalaron expresamente en el juicio oral esta falta de colaboración del acusado en el curso de la investigación.

A este respecto, el Jurado dio por acreditado en los apartados nº 31 y 32 de su veredicto que, posteriormente a los hechos, el acusado regresa al bar "La Barca" con el cuchillo en la mano y se desprende del mismo, con el que había apuñalado a Gustavo, y huye del lugar. Se fundan para ello los jurados en las imágenes de las cámaras de seguridad (pendrive Transcend, cámaras 3, 4 y 9 a las 8:28:25 y cámara 7 a las 8:29:25 horas) en las que, efectivamente, se observa como Miguel Ángel regresa al bar con el cuchillo en la mano y, posteriormente, sale por la puerta de atrás sin el referido cuchillo.

En conclusión, el reconocimiento espontáneo de los hechos ante los Agentes que ya habían detenido a Miguel Ángel no supuso utilidad alguna para la investigación, ni con esa finalidad fue expresado por el acusado, el cual tampoco ha colaborado en la marcha de la investigación. No concurre, por tanto, la atenuante analógica de confesión (art 21, 7ª CP en





relación con el art 21,4ª CP).

SÉPTIMO.- Alega en tercer lugar la defensa la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art 21, 6ª CP.

Antes de resolver la cuestión planteada es oportuno esbozar algunas consideraciones generales sobre la naturaleza y caracterización de la circunstancia que puedan ofrecer luz sobre la adecuación o inadecuación de la referida aplicación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2015 (ROJ: STS 1889/2015) señala que cuando se trata de la atenuación por la existencia de dilaciones indebidas, la Jurisprudencia ha vinculado la atenuación a la necesidad de pena, que se considera debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten, en atención a la gravedad de los hechos y a las circunstancias concurrentes (en este sentido la STS nº 1432/2002, de 28 de octubre ; la STS nº 835/2003, de 10 de junio y la STS nº 892/2004, de 5 de julio). Asimismo, la Jurisprudencia la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (STS nº 1583/2005, de 20 de diciembre; STS nº 258/2006, de 8 de marzo; STS nº 802/2007, de 16 de octubre; STS nº 875/2007, de 7 de noviembre, y STS nº 929/2007, de 14 de noviembre, entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado.

En el caso enjuiciado, los miembros del Jurado dieron por acreditado (apartado nº 37) que la tramitación del procedimiento se vio dilatada por la petición, por parte de la defensa del acusado, de una prueba pericial que nada aportó al esclarecimiento de los hechos. Se funda para ello en el propio reconocimiento de la defensa a este respecto.

En el acto del juicio oral el perito D. José Antonio Cuellas, autor del informe solicitado por la defensa, y que hemos analizado en detalle al estudiar los efectos de la ingesta de alcohol en el acusado, manifestó que, en un principio, cuando se le solicitó el informe pericial, tuvo que pedir una aclaración, el 21 de marzo de 2013, ya que las dosis de concentración del alcohol a las que se hacía referencia en la solicitud no estaban bien definidas. Eso motivó que el Juzgado reiterara el informe el 26 de junio de 2014, tras subsanarse el error padecido por la defensa. El informe se emite finalmente el 26 de julio de 2014.

Pues bien, el retraso en la emisión de este informe, originado por el inicial error involuntario de la defensa, tal y como señaló el Jurado, no supone esa extraordinaria paralización que requiere la atenuante. Además, tampoco consta, en el testimonio remitido, que la causa, en ese período de tiempo, estuviera totalmente paralizada y no se practicaran otras diligencias. Finalmente, tampoco se ha producido un especial perjuicio al acusado, cuya causa ha sido juzgada en un plazo razonable (dos años y nueve meses), y si bien ha permanecido en prisión preventiva, en atención a la gravedad de los hechos y el consiguiente riesgo de fuga, la pena finalmente impuesta excede considerablemente del tiempo en que se ha mantenido en prisión preventiva, sin que resulte evidente la posibilidad de disfrutar de permisos penitenciarios en los primeros años de condena por un delito de homicidio (art 47.2 Ley General Penitenciaria, LO 1/1979, de 26 de Septiembre y concordantes del Reglamento Penitenciario).

No concurre, por tanto, la atenuante de dilaciones indebidas del art 21, 6ª CP.





OCTAVO.- La pena prevista en el art 138 del Código Penal para el delito de homicidio es de diez a quince años. Al concurrir una eximente incompleta (art 21.1ª CP en relación con el art 20,2ª CP), ha de acudirse, en primer lugar, al art 68 del Código Penal.

Ya con anterioridad a la entrada en vigor del actual art 68 CP la Jurisprudencia (v. gr, STS 18-10-2004, EDJ 2004/159752) había señalado, interpretando la expresión "*podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados*" de la redacción anterior del citado art 68 CP que, en los supuestos de eximente incompleta, es preceptivo rebajar la pena en un grado y potestativo en dos.

El texto actual del art 68 CP no deja lugar a duda alguna: la rebaja de la pena en un grado es preceptiva en los casos en los que concurra una eximente incompleta, siendo potestativa la rebaja en dos grados, y ello en atención al número y entidad de los requisitos que falten o concurran y las circunstancias personales de su autor.

En el presente caso, según lo expuesto en el Fundamento de Derecho Quinto, el acusado, debido al estado en el que se encontraba tras haber discutido con el grupo de personas de nacionalidad colombiana y a la relevante ingesta de alcohol, tenía sus facultades disminuidas en grado medio y, por ello, no fue capaz de controlar sus actos ni ser consciente de los mismos. Pero esa disminución de sus facultades no se encuentra próxima a la anulación, según hemos expuesto, pues Miguel Ángel conservaba su capacidad para correr, así como su agilidad, y, además, tras los hechos, se deshace del cuchillo y huye del lugar. Por ello, se considera procedente la rebaja en un solo grado de la pena prevista para el delito de homicidio, es decir, de cinco años a nueve años, once meses y veintinueve días de prisión (art 70, 2ª CP).

Dentro de dicho grado, al concurrir una agravante (art 22, 2ª CP), la pena, de conformidad con lo establecido en el art 66, 3ª CP, ha de imponerse en su mitad superior. Y dentro de dicha mitad superior, valorando las circunstancias personales del autor y la gravedad de los hechos, ha de imponerse la pena de nueve años y once meses de prisión, pues Miguel Ángel demostró una fuerte persistencia criminal, no desistiendo de su acción pese a los intentos defensivos de la víctima, persiguiendo a D. Gustavo desde el parque en el que éste se encontraba tranquilamente sentado hasta el interior del Bar "La Barca", y, posteriormente, hasta el bar situado en frente, lugar en el que acabó con su vida.

Procede imponer asimismo al acusado la accesoria de inhabilitación absoluta (art 55 CP).

NOVENO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 109 y siguientes del Código Penal, el acusado deberá indemnizar a los familiares de D. Gustavo por los daños morales ocasionados.

En materia de daños morales constituye una doctrina arraigada en el Tribunal Supremo (v.gr. STS 20-5-2009, EDJ 2009/120233) que "el denominado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados, porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico".

Tal doctrina señala que del mismo modo que los perjuicios materiales han de probarse, los morales no necesitan, en principio, de probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos. En el mismo sentido ha establecido el Tribunal Supremo que los daños morales no es preciso que tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no





podrán los juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos, así como por razones de congruencia constatar que hayan sido objeto de petición por las partes acusadoras (véase, S.T.S. 907/2000 de 29-5 EDJ2000/11891 ; 1490/2005 de 12-12 EDJ2005/225584).

La existencia del daño moral y la virtualidad de determinados hechos delictivos para generarlo llevó al Tribunal Supremo a adoptar el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20-12-2006 que establecía que "por regla general no se excluye la indemnización por daños morales en los delitos patrimoniales y es compatible con el art. 250.1.6º C.P ". El daño moral, por tanto, puede incluso acompañar a delitos patrimoniales.

Las únicas exigencias que podrían deducirse de una pretensión indemnizatoria por daño moral serían:

- a) necesidad de explicitar la causa de la indemnización.
- b) imposibilidad de imponer una indemnización superior a la pedida por la acusación.
- c) atemperar las facultades discrecionales del Tribunal en esta materia al principio de razonabilidad.

Por otro lado, el hecho indemnizatorio (STS Sala 2ª, S 4-7-2005) nace, como obligación civil, de la previa existencia de un hecho delictivo, que se constituye en la fuente generadora de una responsabilidad monetariamente cuantificada. La acción penal proyecta sus efectos indemnizatorios sobre uno o varios sujetos que tienen algún tipo de relación personal con la víctima del delito.

Por tanto, de conformidad con lo expuesto, la madre e hijos de Gustavo tienen derecho al percibo de una indemnización por el fallecimiento de aquél, lo que desde luego supone un grave daño moral.

A este respecto, el Jurado dio por acreditado (apartado nº 38 del veredicto) que D. Gustavo Adolfo Gallón González, hijo de Dª. Constanza González Arias (por error se recoge González), con la que vivía cuando ocurrieron los hechos, falleció el día 20 de octubre de 2012 siendo padre de una niña de 10 años de edad, Nicol Gallón García fruto de su matrimonio con Dª. Leidy Johana García, siendo asimismo padre de un niño de 5 años de edad, Andrés Gallón Martín, fruto de la relación sentimental que mantuvo con Dª. Laura Martín García.

Se fundó para ello el Jurado en la testifical de Dª Constanza González Arias, madre de D. Gustavo, con la que éste convivía en el momento de fallecer. Testificó asimismo en el juicio oral Dª Laura Martín García, madre del hijo menor de aquél y que no mantenía relación con D Gustavo en la fecha de los hechos, según manifestó en la vista, por lo que no ha lugar a fijar indemnización a su favor. Del mismo modo, al no mantener D. Gustavo relación sentimental con su primera esposa, Dª Leidy Johana, y convivir, según lo expuesto, con Dª Constanza, tampoco procede establecer una indemnización a favor de aquélla, al no existir ese vínculo que justifica el daño moral, independientemente de que el matrimonio se haya o no disuelto legalmente.

Así, utilizando a título indicativo el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, si bien incrementando las indemnizaciones básicas previstas para compensar la mayor incidencia que en el aspecto moral produce un





fallecimiento derivado de una acción dolosa, frente a una culposa o de la responsabilidad cuasi-objetiva proveniente de un riesgo socialmente asumido, como el que deriva de la circulación de vehículos a motor, se fija dicha suma en ciento veinte mil euros (120.000 euros) para cada uno de sus hijos y en setenta y cinco mil euros (75.000 euros) para su madre, D^a Constanza González Arias, ya que D. Gustavo convivía con la misma, ayudaba en las tareas de la casa y hacía compañía a D^a Constanza, como ésta señaló en el juicio oral.

Estas cantidades devengarán el interés legal previsto en el art 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DÉCIMO.- De acuerdo con el artículo 123 del Código Penal las costas procesales se entienden impuestas por Ley al criminalmente responsable de todo delito o falta, por lo que se condena al acusado Miguel Ángel al abono de las costas causadas.

En las costas debe incluirse las de la acusación particular por aplicación de la doctrina jurisprudencial conforme a la cual la exclusión de las costas de la representación de la parte perjudicada por el delito únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil, superflua o gravemente perturbadora por mantener posiciones absolutamente heterogéneas con las de la acusación pública y con las aceptadas en la sentencia o pretensiones manifiestamente inviables (reitera entre muchas la SS 175/2001, de 12 de febrero EDJ 2001/3000 y la de 3 de octubre de 2002 EDJ 2002/44551), situación que no concurre en el presente caso pues no puede apreciarse en la actuación procesal de la acusación particular ni inutilidad ni absoluta heterogeneidad con las conclusiones aceptadas en la sentencia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Miguel Ángel García Cruz como responsable penal, en concepto de autor, con la concurrencia de la eximente incompleta de intoxicación etílica del art 21,1^a CP en relación con el art 20,2^a CP y la agravante de abuso de superioridad del art 22, 2^a CP, de un **delito de HOMICIDIO previsto y penado en el art 138 del Código Penal, a las penas de NUEVE AÑOS Y ONCE MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.**

Se condena asimismo al acusado Miguel Ángel García Cruz al pago de **las costas procesales** (incluidas las de la acusación particular).

En concepto de **responsabilidad civil**, el acusado Miguel Ángel García Cruz deberá indemnizar a cada uno de los hijos menores de D. Gustavo Gallón González, Nicol Gallón García, fruto de su matrimonio con D^a. Leidy Johana García, y Andrés Gallón Martín, fruto de la relación sentimental con D^a. Laura Martín García, en la suma de CIENTO VEINTE MIL EUROS (120.000 euros) para cada uno de ellos, y en la cantidad de SETENTA Y CINCO MIL EUROS (75.000 euros) a D^a Constanza González Arias, más el interés legal previsto en el art 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para el cumplimiento de la pena impuesta le será de abono al penado el tiempo que hubiere estado preventivamente privado de libertad por esta causa.





Notifíquese esta resolución a las partes, a las que se hará saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACION en el plazo de DIEZ DÍAS, a contar desde la última notificación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Llévese testimonio de esta Resolución a los autos principales

Así, por esta sentencia, de la que se remitirá certificación al Juzgado de Instrucción de su procedencia, para su constancia en la causa, definitivamente juzgando en la instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la firma, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de la fecha, de lo que doy fe.

