

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 854/2010

RECURSO CASACION (P) N°:10118/2010 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Voto Particular

Procedencia: Audiencia Provincial de Huesca

Fecha Sentencia: 29/09/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: MEM

- Asesinato del Alcalde de Fago**
- Derecho al Juez Predeterminado por la Ley (II)**
- Condición de esta Sala Casacional como último intérprete de la legalidad penal ordinaria (III)**
- Naturaleza de los Plenos no Jurisdiccionales. Validez no retroactiva Pleno de 20 Julio de 2010 (III y IV)**
- Solo en la contradicción puede obtenerse la verdad judicial (IX)**
- Presunción de inocencia. Doctrina (X)**
- Juicios paralelos. La justicia paralela no es justicia. Art. 10 Convenio Europeo de Derechos Humanos. No existió pérdida de la imparcialidad (XII)**
- Derecho a la última palabra. Innecesariedad de previa y específica instrucción de sus derechos al imputado en dicho trámite (XV)**
- Corrección del Tribunal sentenciador en relación a la legitimidad y credibilidad de la declaración autoincriminatoria del recurrente en sede policial a presencia de Letrado y del Secretario Judicial (XVII a XX)**
- Superación desde el canon de la lógica y de la suficiencia de las inferencias obtenidas por el Tribunal sentenciador y que le llevaron a la declaración condenatoria (XXIII y XXIV)**
- Incongruencia omisiva o fallo corto. Doctrina. Inexistencia de tal vicio (XXV)**

Nº: 10118/2010P

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Fallo: 08/06/2010

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 854/2010

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Joaquín Delgado García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Septiembre de dos mil diez.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Santiago Mainar**

Sauras, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, Sección I, por delitos de asesinato, atentado y tenencia ilícita de armas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. de Haro Martínez; siendo parte recurrida el **Partido Popular y Celia Estalrich Melero, María Pilar Grima Masiá y María Teresa Grima Masiá**, representados por los Procuradores Sr. Ferrer Recuero y Sr. Martín Fernández.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Jaca, instruyó Sumario nº 2/2008, seguido por delitos de asesinato, atentado y tenencia ilícita de armas, contra **Santiago Mainar Sauras** y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Huesca, Sección I, que con fecha 4 de Diciembre de 2009 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"UNICO: 1. El viernes día 12 de enero de 2007, el acusado Santiago Mainar Sauras (nacido en 1955, sin antecedentes penales), vivía en Fago -pequeña localidad del Pirineo aragonés, e unos treinta vecinos en esa época-, a donde de había trasladado desde Zaragoza en 1985 y en donde trabajaba como guarda forestal y, además, gestionaba una casa rural y una explotación ganadera. la tarde del indicado día 12 de enero de 2007, se dirigió al paraje conocido como Val de San Juan, dentro del mismo término de Fago, en donde se hizo con una escopeta de caza que guardaba a su disposición, entre unos arbustos, desde un tiempo no determinado. Se trataba de una escopeta de dos cañones paralelos completos de ánima lisa y con características generales similares a las que poseen, entre otros, algunos modelos de escopetas semiautomáticas del calibre 12/70 de la marca Benelli. El acusado no disponía ni de guía de pertenencia ni de licencia para esta clase de armas, sino únicamente de licencia tipo "D" para armas largas rayadas obtenida en 2001 y renovada el 1 de febrero de 2006, así como de guía de pertenencia para un rifle marca FN Browning, calibre 7 mm. Asimismo, para cargar la escopeta, recogió un cartucho con nueve postas de plomo de casi un

centímetro de diámetro cada una, el cual también tenía guardado a su disposición.- 2. Santiago Mainar pretendía disparar y matar con el arma a quien era alcalde de Fago desde 1998, Miguel José Grima Masiá, de cincuenta y un años de edad, debido a la gran animadversión que sentía hacia él desde que accedió a su cargo y a pesar de que con anterioridad habían tenido una buena relación, a tal punto que Mainar había intercedido de alguna manera para que Grima adquiriera una casa en Fago. La enemistad tenía su origen en que el acusado -al igual que algunos habitantes de Fago- que entendía que Miguel Grima era arbitrario y despótico en su actuación como alcalde. Las prolongadas diferencias habían dado lugar a enfrentamientos en diversos procedimientos judiciales, tanto en el orden contencioso administrativo como en el ámbito penal. Así, Santiago Mainar y otros habitantes de Fago habían denunciado a Miguel Grima por prevaricación en el año 2004, concretamente, por el corte del suministro de agua potable para Fago; y el acusado también denunció individualmente al Ayuntamiento de Fago por el mismo motivo. Por su parte, el alcalde de Fago había denunciado a Santiago Mainar, durante los años 2003 a 2005, por delito ecológico, como consecuencia de un vertido de purines; por distracción de aguas y por defraudación del fluido eléctrico hidráulico. Mainar también se consideraba responsable de haber traído al pueblo a Grima sobre el año 1992 -junto con su mujer, Celia Estalrich Melero- desde su anterior domicilio en Zaragoza.- 3. Durante la tarde del mismo día 12, el acusado, Santiago Mainar, movido por la idea de acabar con la vida de quien él consideraba un tirano, se dirigió por la carretera de Fago a Majones en dirección Sur provisto de una linterna frontal. Se detuvo a 1'3 kilómetros antes de llegar a esta segunda población, una vez recorridos 11,1 kilómetros, en un lugar de la carretera que, como él sabía, resultaba estratégicamente adecuado para esperar y dar muerte al alcalde y para observar con tiempo suficiente los otros vehículos que se pudieran acercar. En realidad, se trata, más que de carretera, de una pista forestal asfaltada, sin codificación alguna, situada entre las carreteras HU-V-2022 y la HU-V-2021, con el firme deteriorado, con numerosas curvas, sin señalización horizontal y con escasa señalización vertical. Sentido Fago, la carretera o pista está delimitada, a la izquierda de ese punto, por un talud, y, a la derecha, por el barranco del río Majones. Santiago Mainar sabía que Miguel Grima iba a acudir con su propio vehículo a una reunión con alcaldes de la comarca que se celebraba esa misma noche en Jaca y pensaba que Grima iba a regresar por esa carretera en lugar de hacerlo por Ansó.- 4. Una vez allí, alineó a todo lo ancho de la estrecha carretera varias piedras que había encontrado en los alrededores, con el tamaño

suficiente como para forzar al alcalde a pararse y a salir de su automóvil, cuando menos por precaución para no causarle desperfectos. Nada más colocar las piedras, se escondió en la zona del barranco a la espera de la llegada de la víctima. Alrededor de las 21:00 horas, pasó por allí, con dirección a Fago, un turismo pequeño, marca Peugeot-306, conducido por José Garmendia, el cual retiró las piedras para poder pasar, lo que obligó al acusado a reconstruir posteriormente la formación de los obstáculos.- 5. Sobre las 22:00 horas, Miguel Grima, en su viaje de regreso a Fago, detuvo el turismo de su propiedad que conducía, marca Mercedes-Benz, matrícula Z-0532-Y, en el punto en donde se encontraban las piedras, las que, después de bajar del vehículo, retiró para poder continuar su marcha hacia Fago. Cuando estaba volviendo para incorporarse nuevamente al coche, el acusado, Santiago Mainar Sauras, que había salido de su escondite y se había aproximado por la parte de atrás del automóvil hasta situarse a una distancia de entre cinco a siete metros del alcalde, amparado por la oscuridad de la noche y por su posición, le disparó inopinadamente un cartucho de postas que impactaron en el hemitórax izquierdo de Miguel Grima, lo que le provocó la muerte de forma casi instantánea por las roturas cardíacas producidas. El cadáver quedó tendido en el arcén pedregoso de la carretera después de recibir las nueve postas que componían el cartucho, las cuales ocasionaron otros tantos orificios de entrada y siete de salida y dieciséis heridas en el hemitórax izquierdo, planos anterior, lateral y posterior, incluida la axila izquierda, hasta llegar a los pulmones y a la zona abdominal, con afectación visceral e intensa hemorragia interna. Una de las postas alcanzó la puerta abierta del lado del conductor del Mercedes, y otra, la ventanilla de esa misma puerta, lo que ocasionó su rotura por estallido y la caída de los cristales a la calzada.- 6. Instantes después, el acusado observó que desde Majones se acercaba otro coche. Era un vehículo todoterreno conducido por su dueño, Ignacio María Bidegáin Alberdi, al cual acompañaban su esposa y su ahijada menor de edad, quienes se dirigían a Fago. Con el fin de no ser identificado y de impedir el descubrimiento del cadáver, Santiago Mainar subió al Mercedes y, haciendo las oportunas maniobras, le dio la vuelta hasta colocarlo sentido Majones a fin de ocultar el cuerpo de Miguel Grima mediante la posición del propio vehículo y el deslumbramiento producido por los haces del alumbrado de carretera o de largo alcance. Cuando Bidegáin llegó al lugar, reconoció el coche del alcalde de Fago y vio a una persona en su interior. Tras detenerse, Ignacio Bidegáin no identificó a Santiago Mainar como la persona que se acercó al todoterreno con una linterna frontal en su cabeza para indicar que no pasaba

nada y que siguiera la marcha.- 7. Seguidamente, el acusado arrastró el cadáver hasta el otro lado de la carretera y lo arrojó por el barranco, en donde quedó incrustado entre la vegetación de matorrales y arbolado de pinar y carrasca.- 8. Una vez apartado el cuerpo de Miguel Grima, el acusado se dirigió con el vehículo Mercedes sentido Majones y Villarreal de la Canal, hacia la carretera N-240, hasta llegar a una pista forestal que ya conocía situada a la izquierda de la carretera, dentro del término municipal de Berdún, por la que se introdujo hasta que decidió abandonar el vehículo y ocultarlo entre la maleza. La distancia en línea recta que hay entre este punto y el lugar en que se produjo la muerte violenta es de 6,450 kilómetros. A continuación, el acusado regresó a Fago.- 9. No se ha llegado a encontrar la escopeta empleada en el disparo". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: 1. CONDENAMOS al acusado, Santiago Mainar Sauras, como autor responsable de un delito de asesinato, en concurso ideal con un delito de atentado cometido con arma contra miembro de una corporación local, precedentemente definidos, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de INHABILITACIÓN ABSOLUTA durante el tiempo de la condena, así como PROHIBICIÓN DE RESIDIR O ACUDIR A FAGO durante el tiempo de la condena más un periodo de diez años y, con la misma duración, PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A MENOS DE QUINIENTOS METROS y PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN, POR CUALQUIER MEDIO, respecto de Celia Estalrich Melero, M^a. Pilar Grima Masiá y M.^a Teresa Grima Masiá.- 2. Asimismo, CONDENAMOS al acusado, Santiago Mainar Sauras, como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas, ya tipificado, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de INHABILITACIÓN ESPECIAL para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- 3. En concepto de responsabilidad civil, CONDENAMOS al acusado, Santiago Mainar Sauras, a que indemnice a Celia Estalrich Melero en la cantidad de CIENTO CINCO MIL (105.000) euros, más los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.- 4. Imponemos al acusado, Santiago Mainar Sauras, las costas causadas, con inclusión de las producidas por la acusación particular y con exclusión de las costas devengadas pro la acusación popular.- 5. Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas en esta sentencia,

abónese en su día el tiempo durante el cual el acusado ha estado provisionalmente privado de libertad por esta causa, si no le hubiera sido computado en otra ejecutoria". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Santiago Mainar Sauras**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la LECriminal por infracción del art. 24.2 C.E.

SEGUNDO: Al amparo del art. 852 de la LECriminal por infracción del art. 120.3 C.E.

TERCERO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 24.2 C.E.

CUARTO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 24.2 C.E.

QUINTO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 24.2 C.E.

SEXTO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 24.2 C.E.

SEPTIMO: Al amparo del art. 851.3º LECriminal.

OCTAVO: Al amparo del art. 851.1º LECriminal.

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 8 de Junio de 2010 y a la vista de las cuestiones planteadas singularmente la relativa a la competencia del Tribunal del Jurado, se acordó llevar la cuestión a un Pleno no Jurisdiccional de la Sala, con el fin de conocer la opinión mayoritaria de ésta, quedando suspendido entretanto el plazo para dictar sentencia, lo que así se acordó por proveído de 8 de Junio de 2010, debidamente notificado a las partes.

Séptimo.- Dicho Pleno no Jurisdiccional tuvo lugar el día 20 de Julio del presente año, alzándose seguidamente el plazo de suspensión para el dictado de sentencia. La sentencia se ha dictado con fecha 29 de Septiembre de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I- Primero.- La sentencia de 4 de Diciembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Huesca, condenó a Santiago Mainar Sauras como autor de un delito de asesinato en concurso ideal con un delito de atentado, así como de un delito de tenencia ilícita de armas a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que el recurrente Santiago Mainar en la tarde del día 12 de Enero de 2007 con intención de acabar con la vida de Miguel Grima, alcalde de Fago (y con él que se encontraba enemistado por su actuación como alcalde, existiendo diversas denuncias cruzadas) escogió un punto adecuado para sus propósitos en la pista forestal de Fago a Majones por donde sabía debía pasar ese día Santiago Mainar y le esperó. Previamente alineó diversas piedras en la calzada de suerte que cuando pasase el vehículo del alcalde se viese forzado a descender del vehículo para retirarlas. Seguidamente se escondió en un lugar próximo. Al poco rato, pasó un vehículo distinto cuyo conductor tuvo que bajarse para retirar las piedras, lo que motivó que, después de irse, el recurrente tuviese que volver a colocarlas.

Sobre las 22 horas del indicado día, llegó el vehículo Mercedes Z-0532-Y conducido por Miguel Grima quien para poder continuar el viaje, tuvo que apearse y retirar las piedras y cuando se dirigía, de nuevo, al vehículo, Santiago Mainar que había salido de su escondite, amparado por la oscuridad y desde su posición, le disparó inopinadamente un cartucho de postas desde una distancia entre cinco y siete metros, que le impactó en el hermitórax izquierdo que le provocó la muerte casi instantánea.

Poco después, el recurrente se dio cuenta que se acercaba otro coche, por lo que para evitar el descubrimiento del cadáver y ser identificado, se subió al

Mercedes y efectuó diversas maniobras para ocultar el cuerpo de Miguel Grima. Cuando llegó al lugar el vehículo, conducido por su dueño y su esposa, éste identificó el vehículo como el del alcalde y vio a una persona en su interior a la que no identificó toda vez que cuando se les acercó esa persona, llevaba una linterna frontal la que les dijo que continuara su camino.

Santiago Mainar, después, arrastró el cadáver arrojándolo al barranco que bordea la carretera, tras lo cual también ocultó con maleza el vehículo Mercedes, y finalmente regresó a la localidad de Fago.

La escopeta empleada no ha sido hallada pero se trata de una escopeta de cañones paralelos completos con anima lisa y de caracteres semejantes, entre otras, a las escopetas semiautomáticas del calibre 12/70 de la marca Benelli, para la que el recurrente no tenía ni guía ni licencia.

Se ha formalizado recurso de casación por el condenado que lo desarrolla a través de **ocho motivos**, a cuyo estudio pasamos seguidamente.

II- Segundo.- El **motivo primero**, por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales denuncia como quebrantado el derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto del derecho al Juez predeterminado por la Ley, por estimar que el Tribunal que condenó al recurrente fue el de la Audiencia Provincial de Huesca, cuando debió ser juzgado por el Tribunal del Jurado.

Un estudio de las actuaciones pone de manifiesto que toda la instrucción lo fue por los trámites del Tribunal del Jurado, y que solo en el último momento de la calificación provisional se interesó por el Ministerio Fiscal, con apoyo de las Acusaciones, Particular y Popular (que lo habían intentado con anterioridad sin éxito) el cambio de proceso; con formación de Sumario y remisión a la Audiencia Provincial de Huesca para su enjuiciamiento.

En efecto, al folio 2743, Tomo VIII de la Instrucción, por auto de 19 de Marzo de 2007 --los hechos ocurrieron el 12 de Enero anterior-- se acuerda la acomodación de los autos a los trámites del juicio ante el Tribunal del Jurado.

Presentado recurso de reforma y subsidiario de apelación por las Acusaciones Particular y Popular contra tal decisión del Sr. Juez de Instrucción, y tras los traslados pertinentes al resto de las partes --folios 2775, 2747, 3080--, por auto de 2 de Julio de 2007, folio 3513 se rechaza el recurso de las Acusaciones Particular y Popular.

En apelación, la Audiencia Provincial por auto de 30 de Julio de 2007 desestima el recurso formalizado por aquellas acusaciones y confirma la decisión del Sr. Juez Instructor --folio 3587--.

Concluida la fase de instrucción, el Ministerio Fiscal presenta escrito de calificación provisional para ante el Tribunal del Jurado, con fecha 1 de Julio de 2008 --folio 3900, Tomo X--, calificándose los hechos como constitutivos de un delito de tenencia ilícita de armas y otro de asesinato en concurso ideal con uno de atentado.

Por nuevo escrito del Ministerio Fiscal, de igual fecha de 1 de Julio de 2008 --folio 3908-- se interesa la transformación del presente procedimiento para acomodarlo a los trámites del Sumario ordinario, como razón para el cambio, se argumentó que se excluye la bis atractiva en favor del procedimiento del Jurado en aquellos casos en que se imputen delitos competencia del Jurado y otros que no lo sean.

Por auto de 23 de Julio de 2008 --folio 3958-- del Sr. Juez Instructor, se acuerda la acomodación de la causa a los trámites del Sumario ordinario.

Por la representación del imputado y actual recurrente Santiago Mainar, se formaliza recurso de queja contra el auto de 23 de Julio, que es rechazado por la Audiencia Provincial de Huesca el 10 de Noviembre de 2008 --folio 4160--.

Ya en relación al Rollo de la Audiencia, en el escrito de calificación provisional de la defensa de fecha 23 de Julio 2009 -- folio 223-- se presenta como cuestión previa la competencia del Tribunal del Jurado.

Esta breve referencia del iter procesal seguido en relación a la tramitación a seguir se ha efectuado con el único propósito de patentizar que la representación

del recurrente ha utilizado temporánea y oportunamente todos los mecanismos procesales a su alcance para solicitar el mantenimiento de la competencia del Tribunal de Jurado desde el momento en que se acordó el cambio de procedimiento.

III- Llegados a este punto, es preciso recordar que esta Sala de Casación Penal, en su condición de tal, es el último intérprete de la legalidad ordinaria penal, debiendo proporcionar el sistema jurídico la necesaria seguridad jurídica, indispensable en todo ordenamiento jurídico así como la efectividad de una interpretación uniforme de la Ley con lo que se garantiza el principio de igualdad.

Ambos tienen alcance constitucional al estar recogidos en los arts. 9-3º y 14 de la Constitución.

Para la consecución de tal fin, se articulan dos medios: los Plenos Jurisdiccionales y los Plenos no Jurisdiccionales. En los primeros, es la totalidad de los miembros de la Sala la que compone el Tribunal sentenciador. En el caso de los Plenos no Jurisdiccionales, los miembros del Tribunal designados por el turno preestablecido, para resolver el caso concernido, ante las concretas circunstancias del mismo, abocan el tema al Pleno de la Sala para conocer la opinión de todos los Magistrados y posteriormente, resolver lo que proceda con conocimiento de aquella opinión, no jurídicamente vinculante, pero sí revelante, porque el enjuiciamiento queda residenciado exclusivamente los miembros del Tribunal inicial.

Esto es lo que ocurrió en el presente caso, en el que, se contaba como precedente jurisprudencial con la sentencia 728/2009 de 26 de Junio de 2009 que supuso un giro jurisprudencial en esta materia de determinación de la competencia del Tribunal del Jurado en caso de conexión delictiva.

IV- Consecuencia de dicha sentencia fue el Pleno no Jurisdiccional del día 20 de Enero de 2010 completado el día 23 de Febrero del mismo año, cuyo contenido es como sigue:

"Cuando se imputen varios delitos y alguno de ellos sea de los enumerados en el artículo 1.2 de la LOTJ:

1. La regla general es el enjuiciamiento separado, siempre que no lo impida la continencia de la causa.

a) Se entenderá que pueden juzgarse separadamente distintos delitos si es posible que respecto de alguno o algunos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer otra sentencia de sentido diferente.

b) La analogía o relación entre varios hechos constitutivos de varios delitos, en ningún otro caso exige, por sí misma, el enjuiciamiento conjunto si uno o todos ellos son competencia del Tribunal del jurado (artículo 1.2 LOTJ).

2. La aplicación del artículo 5.2.a) no exige que entre los diversos imputados exista acuerdo. Se incluyen los casos de daño recíproco.

3. La aplicación del artículo 5.2.c) requiere que la relación funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación.

La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura.

Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad fuese alguno de los incluidos en el artículo 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente.

4. El artículo 5.3, al mencionar un solo hecho que pueda constituir dos o más delitos, incluye los casos de unidad de acción que causaren varios resultados punibles.

5. Se excluye el caso de la prevaricación, que nunca será competencia del Tribunal del Jurado.

6. En consecuencia, cuando no se aprecie alguna de las finalidades previstas en el artículo 5.2.c) o el delito fin no sea de los enumerados en el artículo 1.2; no concurren las circunstancias de los apartados a) o b) del artículo 5.2; no se trate de un caso de concurso ideal o de unidad de acción que causare varios resultados punibles; o, en cualquier caso, siempre que uno de los delitos sea el de prevaricación, y no pueda procederse al enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa, la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial".

"Cuando se imputen varios delitos y alguno de ellos sea de los enumerados en el artículo 1.2 de la LOTJ:

7. La regla general es el enjuiciamiento separado, siempre que no lo impida la continencia de la causa.

a) Se entenderá que pueden juzgarse separadamente distintos delitos si es posible que respecto de alguno o algunos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer otra sentencia de sentido diferente.

b) La analogía o relación entre varios hechos constitutivos de varios delitos, en ningún caso exige, por sí misma, el enjuiciamiento conjunto si uno o todos ellos son competencia del Tribunal del jurado (artículo 1.2 LOTJ).

8. La aplicación del artículo 5.2.a) no exige que entre los diversos imputados exista acuerdo. Se incluyen los casos de daño recíproco.

9. La aplicación del artículo 5.2.c) requiere que la relación funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación.

La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura.

Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad fuese alguno de los incluidos en el artículo 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente.

Cuando existieren dudas acerca de cuál es el objetivo principal perseguido por el autor de los hechos objeto de las actuaciones y uno de ellos, al menos, constituya delito de los atribuidos al Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ), la competencia se determinará de acuerdo con la que corresponda al delito más gravemente penado de entre los imputados.

10. El artículo 5.3, al mencionar un solo hecho que pueda constituir dos o más delitos, incluye los casos de unidad de acción que causaren varios resultados punibles.

11. Se excluye el caso de la prevaricación, nunca será competencia del Tribunal del Jurado.

12. En consecuencia, cuando no se aprecie alguna de las finalidades previstas en el artículo 5.2.c) o el delito fin no sea de los enumerados en el artículo

1.2 (cuando hubiere dudas sobre cuál es el delito fin se atenderá al criterio de la gravedad); no concurren las circunstancias de los apartados a) o b) del artículo 5.2; no se trate de un caso de concurso ideal o de unidad de acción; o, en cualquier caso, siempre que uno de los delitos sea el de prevaricación, y no pueda procederse al enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa, la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial".

Obviamente, tal Acuerdo no fue conocido por el Tribunal de la Audiencia de Huesca, ya que ésta dictó sentencia el 4 de Diciembre de 2009, y por tanto con anterioridad.

V- En este estado la situación que se planteaba a esta Sala, ante la formalización del primer motivo de casación, era la de determinar si dicho acuerdo de 20 de enero, completado el 23 de Febrero, tenía o no aplicación retroactiva, pues de una u otra solución iba a depender la suerte del motivo. Por ello se adoptó la decisión de llevar el tema a un Pleno no Jurisdiccional a fin de conocer la decisión de los Magistrados. El sentido del Acuerdo, adoptado por la mayoría muy significativa de los asistentes al Pleno no Jurisdiccional --15 a favor y 2 en contra--, el día 20 de Julio fue el siguiente:

"Los acuerdos adoptados en los plenos no jurisdiccionales de la Sala que tengan como objeto cuestiones de índole procesal no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Se exceptúan aquellos actos que hubieran incurrido en la vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante por su nulidad".

El valor de éste, y en general, de todos los acuerdos adoptados en los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala, fue concretado, a su vez, en el Pleno no Jurisdiccional de 18 de Julio 2006, según el cual:

"Los acuerdos de Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes".

Realmente no podía ser de otra manera porque caso contrario resultaría ineficaz e inútil tales acuerdos. Pues bien, en acatamiento a lo anterior, hay que resolver la denuncia casacional en el sentido adverso a lo interesado por el recurrente.

Según el Pleno no Jurisdiccional de 20 de Enero de 2010, los Acuerdos de la Sala no tienen vigencia retroactiva, sino que solo se proyecta hacia los actos procesales posteriores a la fecha del acuerdo.

En el presente caso, la resolución que acordó la tramitación de la causa por los cauces del procedimiento Sumario, y la propia sentencia recurrida lo fue con anterioridad al Pleno no Jurisdiccional de 20 de Enero de 2010. Baste recordar que la sentencia es de 4 de Diciembre de 2009, y de conformidad con lo decidido en el Pleno indicado de 20 Julio, debe estimarse correcta la decisión del Tribunal sentenciador.

Como conclusión de todo lo razonado, procede la desestimación del motivo vista la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

Procede la desestimación del motivo.

VI- Tercero.- El segundo motivo, por igual cauce casacional denuncia violación de la tutela judicial en el concreto aspecto relativo a la motivación de la sentencia, como exige el art. 120-3º de la Constitución.

En la argumentación del motivo, se dice que la sentencia incurre en graves contradicciones internas e incoherencias que prácticamente dejan sin sustento la razonabilidad de las conclusiones incriminatorias a que arribó.

En concreto, centra su denuncia en dos aspectos:

- a) El hallazgo de restos de disparos en la mano izquierda del acusado y
- b) En la valoración crítica del testimonio de Ignacio Bidegáin, la persona que con su coche pasó por el lugar de autos después de ocurridos los hechos y al a que se le acercó Santiago Mainar que previamente había movido el coche Mercedes del alcalde para ocultar el cadáver de éste de la vista de Ignacio.

Respecto de la primera cuestión dice en el motivo que el indicio del hallazgo de restos de disparo recogidos por la Policía Científica, en la mano del recurrente y en la frente dos días más tarde de los hechos, partiendo de una higiene normal lleva a la conclusión de que tales restos pudieran tener otras explicaciones y

no precisamente los derivados de que el recurrente hubiese sido el autor del disparo mortal.

Respecto de la segunda cuestión, se dice que, por un lado en los hechos probados se admite que Ignacio Bidegáin no reconoció al recurrente como a la persona que estaba en el interior del vehículo Mercedes, no lo identificó, y que, sin embargo, con posterioridad, en la motivación la sentencia se extiende en disquisiciones para no dar credibilidad a dicho testimonio.

VII- Pasamos al estudio de ambas cuestiones.

En relación al tema de los restos de disparo de arma de fuego encontrados en la mano izquierda del recurrente, lejos de lo que se dice en el motivo de que se trata de una prueba fundamental para la incriminación, en la sentencia se le otorga un simple valor corroborador de lo que vienen a ser las dos pruebas de cargo fundamentales para la sentencia:

- a) Su declaración autoincriminatoria ante la Guardia Civil y
- b) El hallazgo de restos biológicos del propio recurrente en varios puntos del vehículo del fallecido, sin explicación plausible.

En efecto, en el f.jdco. sexto se puede leer:

"...1. Nos parece asimismo una prueba decisiva que involucra indiscutiblemente al acusado en la muerte del alcalde de Fago el hallazgo tanto de restos de sangre en la zona del conductor del vehículo de la víctima (marca Mercedes-Benz, matrícula Z-0532-Y), coincidentes con el perfil genético de Santiago Mainar Sauras, como de restos orgánicos en la misma zona, en el volante, palanca de cambios y freno de mano del mismo automóvil, los cuales corresponden asimismo con el perfil genético e Santiago Mainar Sauras. Los restos de sangre provenían de los rasguños que el acusado llevaba en sus manos.

2. No podemos aceptar que el acusado hubiera utilizado hasta en tres ocasiones el coche de Miguel Grima -las dos últimas, una en diciembre de 2006 y la otra el mismo día del crimen- a fin de apartarlo de la entrada de una de sus naves y aprovechando que el Mercedes se encontraba con las llaves puestas -sin cerrar electrónicamente o mecánicamente-. De las declaraciones testimoniales practicadas en el juicio resulta acreditado que el entonces alcalde de Fago había tenido dos incidencias con su vehículo marca Mercedes: una de ellas, el pinchazo intencionado de una rueda; la otra la rotura del sistema de frenado, por pérdida

de líquido, detectada con motivo de pasar la ITV en 2003 (folio 570), lo que Miguel Grima relacionó con un acto de sabotaje. Una y otra circunstancia habían hecho susceptible al alcalde, por lo que no podemos asumir que aparcara su turismo en cualquier lugar del pueblo con las llaves puestas, y mucho menos de modo tal que impidiera el acceso a alguna finca de Santiago Mainar, máxime cuando esa circunstancia, dada la enemistad entre ambos, debería haber sido realmente llamativa....".

En definitiva, lo que nos dice la sentencia sometida al presente control casacional es que la presencia de restos biológicos del recurrente en el vehículo del fallecido y la falta de explicación razonable de este hallazgo es lo que constituye prueba de cargo, y como elemento meramente corroborador, se nos dice en el f.jdco. séptimo, y por tanto no decisivo, se hace referencia a los residuos de pólvora en las manos y frente del recurrente.

"....El descubrimiento de residuos específicos de disparo -es decir, plomo, antimonio y bario conjuntamente- en los portamuestras aplicados en el dorso de la mano izquierda del acusado constituye también un indicio relevante de criminalidad. Los peritos también detectaron residuos característicos de disparo (no son específicos porque falta uno u otro de esos tres elementos) en la mano derecha de Santiago Mainar; pero lo decisivo son los residuos específicos detectados en la mano izquierda, pues solo pueden estar relacionados con una detonación, debido a que el disparo hace que se vaporicen, formando una nube, los elementos metálicos que integran el fulminante y las distintas parte de la munición. Aunque Santiago Mainar admite que llevaba meses o incluso años sin haber disparado un arma de fuego, el indicio que estamos analizando no es decisivo, a diferencia de las otras dos pruebas examinadas (la declaración autoinculpatoria y el ADN) (el subrayado es nuestro), porque habían transcurrido dos días desde la muerte del alcalde cuando la Policía científica aplicó los portamuestras en la frente y en las manos del acusado, de forma que, partiendo de una higiene normal elimina los residuos de disparo, según aclararon los peritos, queda una mínima posibilidad, como indicaron los mismos expertos, de que la contaminación se hubiera producido por otro motivo distinto del disparo, como los expuestos por el propio Mainar (dar la mano a cazadores y recoger cartuchos en el monte), si bien no deja de ser valorable en contra del acusado, habida cuenta de todas las circunstancias que concurren....".

VIII- Por lo que se refiere a la valoración de la declaración de Ignacio Bidegáin, esta cuestión se aborda en el f.jdco. noveno en los siguiente términos:

"1. El Tribunal es consciente de que la declaración del testigo Ignacio Bidegáin favorece al acusado, puesto que en el juicio mantuvo firmemente que la persona con la que se cruzó en el lugar del crimen no era Santiago Mainar, aunque no con absoluta seguridad, porque "pudiera ser que la distorsión de la situación hubiera hecho que ni se me pasara por la cabeza (que fuera Mainar)", lo que manifestó tanto en el sumario como en el juicio. Sin embargo, no podemos dar credibilidad al descarte del reconocimiento del acusado mantenido por dicho testigo, por las siguientes circunstancias: a) la poca visibilidad que había; b) que el sospechoso debía de ir con gorro y llevaba una linterna frontal encendida, lo que dificultaba en extremo la percepción de los rasgos craneales y faciales, no obstante lo cual el testigo sí que aporta rasgos que difícilmente podían ser apreciados en esas circunstancias, como la tonalidad oscura de la tez del individuo; c) el testigo pudo estar algo deslumbrado por el foco de luz del frontal, como explicó Mainar en su primera declaración; d) el testigo dispuso de unos pocos segundos para mirar y lo hizo en diagonal, pues la persona con la que habló se quedó estratégicamente en la divisoria de ambas puertas laterales del lado izquierdo del todoterreno; e) en la diligencia de reconstrucción de los hechos, la Juez de instrucción descartó que se pudiera distinguir la cara de alguien tras reproducir las condiciones lumínicas que debía de haber el día de autos, como consta en la oportuna acta; f) la estatura no es un dato decisivo (el testigo dijo que su interlocutor desconocido medía 1'80), pues nos parece difícil determinar ese dato estando sentado en un vehículo, a tal punto que al propio Bidegáin no le convenció la altura del agente que intervino en la reconstrucción 1'80 metros, y dijo que el sospechoso medía todavía más; g) la voz ronca percibida por el testigo sí que puede corresponder con el catarro que en esa época padecía el acusado o con que éste distorsionara su voz para no ser reconocido (así lo dice en su declaración autoinculpatoria, como también que intentó deslumbrar a Bidegáin); h) el testigo declaró ante el Juzgado que "no cree que fuera Santiago Mainar, aunque no tiene la completa seguridad de que no lo fuera", y añadió la frase antes transcrita (f. 934), de igual modo que la esposa del testigo, Elena Cancer, admitió en su propia declaración que su marido podía haberse equivocado al sostener que el sospechoso no era Mainar (f.1183); e i) como admitió el testigo en el juicio y acabamos de decir, que no se esperara ver a Mainar pudo influir en que lo descartara inconscientemente....".

Pretende el recurrente que hay una contradicción interna en la sentencia porque de un lado admite que Ignacio Bidegáin no reconoció a Santiago Mainar como la persona que estaba en el interior del Mercedes y que se le acercó a su vehículo llevando una linterna frontal, y, a renglón seguido rechaza tal falta de reconocimiento *"....no podemos dar credibilidad al descarte del reconocimiento...."*.

No hay tal contradicción.

Es hecho admitido en la sentencia, y llevado a los hechos probados que Ignacio Bidegáin no reconoció a Santiago Mainar, lo que se dice en la sentencia es que esa falta de reconocimiento cierta no fue con total seguridad, y el Tribunal expone bajo las letras a) hasta i) las circunstancias que rodearon y matizaron tal declaración, pero ello no es obstáculo para que la identidad del recurrente pueda ser -- y de hecho lo fue-- por otras vías distintas, y que para llegar a tal conclusión no es obstáculo el no reconocimiento del recurrente por Ignacio Bidegáin.

IX- Se está en una manifestación concreta del principio de contradicción que se vertebra en un decir y en un contradecir, es decir, en una prueba de cargo y de descargo, ya que solo a partir de la contradicción se puede llegar a la verdad judicial, --SSTS 500/2004; 528/2006; 875/2006; 629/2007 y 273/2010, entre otras-- y en esta dialéctica, el Tribunal razonó y dio cuenta de forma cumplida del porqué la superior credibilidad de las pruebas que le llevaron a una conclusión condenatoria, frente a la exculpatoria.

Se está en dos niveles distintos. Es cierto que Ignacio no reconoció al recurrente y así consta en el *factum*, pero ese reconocimiento no impide que el Tribunal pueda llegar, por otros medios a concretar esa identidad a pesar del contenido de tal manifestación.

Esta situación lo único que acredita es una incorrección, sin mayor alcance, en la redacción de los hechos probados. Estos se refieren al juicio de certeza alcanzado por el Tribunal y solo a ellos, no debiendo hacerse constar otras certezas que el Tribunal no comparta, y eso es lo que aquí ha ocurrido, que el Tribunal, indebidamente ha volcado en los hechos probados unos que no comparte, por lo que no debió incluirlos en el *factum* sino citarlos en la motivación para rechazarlos razonadamente.

Como ya se ha dicho, el alcance de esa incorrección es limitadísimo, pues la eliminación de ese párrafo del *factum* --el sexto-- en nada altera u obstaculiza el resto.

No existió violación del deber de motivación en relación a los dos aspectos a los que se refirió el recurrente.

Procede la desestimación del motivo.

X- Cuarto.- El motivo tercero, denuncia vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías en el particular aspecto del derecho a la presunción de inocencia. Una denuncia de este tipo exige de la Sala casacional una triple verificación.

a) En primer lugar, debe analizar el "*juicio sobre la prueba*", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, inmediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) En segundo lugar, se ha de verificar "*el juicio sobre la suficiencia*", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

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

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, --SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 2002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1065/2009, 1333/2009, 104/2010, 259/2010 de 18 de Marzo y 557/2010 de 8 de Junio, entre otras--.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar.

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

XI- El recurrente anuda su denuncia a que se ha conculcado su derecho a un proceso con todas las garantías que ha conllevado la vulneración del derecho a la presunción de inocencia a tres consideraciones:

-Ha existido un juicio paralelo debido a la repercusión mediática que tuvieron los hechos enjuiciados, de manera que, en su tesis, la verdad histórica ha sido sustituida por la publicada en los medios de comunicación social. Retenemos estos párrafos de la argumentación del motivo:

"...La Audiencia Provincial de Huesca se ha visto superada por la repercusión mediática del conocido por "caso Fago", desde un primer momento se convirtió en un hecho noticiable, incluso antes de que se produjera la detención de mi mandante....".

"...Las fuerzas de orden público se vieron sobrepasadas por esta presión y por las peticiones de respuesta al crimen que demandaba la sociedad...." y hace referencia a la miniserie de una televisión privada que, modificando los nombres y antes de la celebración del juicio noveló la historia, de suerte que la Audiencia de Huesca se limitó a trasladar a la sentencia la verdad televisiva.

-Como segunda consideración se alega que en la sentencia se ha dedicado a censurar la actividad de la dirección letrada, y cita como ejemplo de esas críticas los siguientes extremos que se encuentran en los f.jdco. tercero, párrafo 4º y f.jdco. sexto, párrafo tercero:

"...Ni el acusado ni su defensa han cuestionado la correspondencia entre lo declarado y el acta manuscrita a la que acabamos de referirnos.

Era más bien a la defensa a la que le correspondía haber propuesto esa prueba si dudaba de la veracidad del acta de declaración del detenido o de la espontaneidad de las respuestas dadas por el inculpado.

Incluyendo la propia pericial oftalmológica propuesta por la defensa, siempre que sea valorada desde una posición imparcial.

Por lo demás, el informe de la autopsia no fue especialmente objeto de debate por parte de la defensa.

Frente a lo argumentado por la defensa, ninguna ilicitud apreciamos en la diligencia de toma de saliva del ahora acusado mediante el uso de un hisopo a fin de realizar el oportuno cotejo de ADN.

Debemos rechazar la impugnación genérica de las diligencias de prueba relacionadas por la defensa en su escrito de conclusiones provisionales producidas en el oportuno trámite, dado que el principio de buena fe procesal que ha de regir cualquier actuación de las partes (artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) exigía especificar las concretas irregularidades. Además, aparte de los extremos analizados, no apreciamos irregularidad alguna en la práctica de ninguna diligencia....".

-Como tercera consideración y en relación a la declaración del testigo Ignacio Bidegáin se dice que la sentencia al valorar tal testimonio y expresar sus dudas medidas sobre el no reconocimiento del recurrente por Ignacio Bidegáin efectúa una serie de juicios dubitativos incompatibles con la certeza que exige un fallo condenatorio y cita diversos motivos en clave de posibilidad, y son respecto de esos juicios dubitativos o probables que se estima que atentan contra la presunción de inocencia y así se citan en el motivo las siguientes expresiones de la sentencia:

- El sospechoso debía de ir con gorro.
- Que difícilmente podían ser apreciados en esas circunstancias (se refiere a los rasgos craneales).
- El testigo pudo estar deslumbrado.
- La estatura no es un dato decisivo.
- La voz ronca percibida por el testigo sí que puede corresponder con el catarro...
- O con que éste (el acusado) distorsionara su voz para no ser reconocido.

XII- Pasamos a dar respuesta a estas tres cuestiones:

Por lo que se refiere a los juicios mediáticos, es evidente que la publicidad es un elemento esencial de todo proceso, y por otra parte el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz abarca e incluye al derecho a informar sobre las actuaciones judiciales, y cuando éstas tienen por objetivo un hecho tan noticiable, en sí mismo, como es la aparición del cadáver del alcalde de un pueblo, es claro que la condición de autoridad pública del fallecido supone un plus de interés para los medios de comunicación. Es evidente que la publicación de hipótesis y suposiciones en los medios de comunicación es una simple consecuencia de la libertad de prensa que constituye una divisa de toda sociedad democrática. Hay que recordar que la obviedad de que la justicia no puede ser administrada correctamente de espaldas del pueblo de quien emana, precisamente, como se proclama en el art. 117-1º de la Constitución.

Por ello, el control social aparece como medio de legitimación del quehacer judicial sin perjuicio de reconocer que el discurso judicial nunca puede ser vicario de la voluble y a veces evanescente opinión pública. Con frecuencia se ha de --por decirlo gráficamente-- remar a contracorriente, porque el discurso judicial es el de las garantías del proceso debido. Dicho esto, es preciso reconocer que la

publicación de noticias e hipótesis pueden hacer aparecer como culpables ante la Sociedad a personas que solo están o han sido imputadas, y que como tal tienen a su favor el derecho a la presunción de inocencia, solo desde la autocontención de los medios de comunicación y desde el rigor de veracidad de las noticias que transmitan puede hablarse de límites. El límite último es el Cpenal pero este es la última trinchera, nunca la primera.

La profesión periodística, tan crítica siempre con quienes desempeñan actividades con repercusión pública también debe/debería efectuar una reflexión, desde la serenidad, en relación a las consecuencias que pueden derivarse de lo que se escribe o dice, a veces con ligereza y precipitación y por ello una apelación a la deontología profesional nunca está de más. Una última afirmación y un recordatorio necesario.

Como afirmación, declarar que la justicia paralela no es justicia.

Justicia solo es la que se pronuncia en los Tribunales tras la valoración de toda la actividad probatoria, coincida o no con los "*aprioris*" que puedan circular en la Sociedad.

Como recordatorio, es preciso hacer referencia al Convenio Europeo de 1950. En su artículo 10, se cita entre las restricciones legítimas del derecho a la libertad de expresión "*garantizar la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial*". Es claro que se está ante una limitación del derecho a la libertad de expresión que debe ser respetada por todos los profesionales concernidos.

Dicho lo que antecede, el objeto de nuestro control casacional se limita a verificar si, como se dice en el motivo, la Audiencia y la policía se vieron sobrepasadas por la presión mediática, y ello en el aspecto esencial que debe quedar extramuros del derecho de libertad de expresión: si las noticias del caso y en definitiva, el juicio paralelo, ha podido llegar a lesionar objetivamente la imparcialidad del Tribunal, de suerte que su decisión ya haya podido ser pre-escrita en las noticias publicadas, con lo que el Tribunal aparece/aparecería como vicario de la opinión pública y así acotado nuestro examen hay que rechazar con toda claridad esa afirmación.

Nada se acredita de forma objetiva que pueda dar sustento a esa afirmación: antes al contrario, de la lectura de la sentencia se deriva que el Tribunal de manera objetiva e imparcial fue valorando toda la actividad probatoria, de cargo y de descargo, dando razón de las decisiones valorativas adoptadas que arribaron a la conclusión condenatoria.

El recurrente expone una sospecha que en este control casacional no encontramos justificada. En modo alguno aparece que la Audiencia se haya visto sometida a presiones que hubieran podido influir en su decisión, y enlazado con ello no estará demás recordar que el quehacer judicial siempre se desarrolle en un campo conflictivo y tenso fruto de dos causas:

-La propia contradicción en la que se desarrolla el proceso, que es un decir y un contradecir como ya se ha dicho.

-La trascendencia mediática del hecho, que cada vez es mayor y por esto tal "*presión*" no es sino un elemento normal en la actividad judicial.

XIII- Por lo que se refiere a las censuras a la dirección letrada por parte del Tribunal, creemos que tampoco le asiste razón al recurrente. Corresponde a la acusación la aportación de pruebas de cargo que sostengan la acusación, ninguna iniciativa probatoria de descargo se le exige a la defensa, porque ya se parte de que dispone a su favor de la presunción de inocencia que desplaza a aquélla de la labor de cuestionarla.

Las expresiones en las que el recurrente centra su queja no afectan en absoluto al reparto de la actividad probatoria, ni menos se ha producido una inversión en tal iniciativa. Dicho de otro modo, esas consideraciones carecen de toda trascendencia en relación al derecho a la presunción de inocencia.

XIV- Finalmente por lo que se refiere a la declaración del testigo Ignacio Bidegáin, que ya ha sido entendida y valorada en el motivo anterior. Simplemente hay que decir, más bien reiterar, que dicho testimonio no fue valorado como prueba de cargo por lo que difícilmente desde este hecho incontrovertido puede afirmarse que su valoración por el Tribunal de instancia cuestionó el derecho a la presunción de inocencia.

Reiteramos que lo que se dice en la sentencia en que dicho testigo no pudo identificar al recurrente, pero ello no implica que a la vista del resto del material probatorio, no pueda establecerse la identidad del autor por otros medios, como así ocurrió en el presente caso.

Resulta relevante el párrafo 2º del f.jdco. noveno:

"...Además, aunque admitiéramos hipotéticamente que el acusado no habló con Ignacio Bidegáin poco después de que el crimen fuese cometido, lo cierto es que no podríamos prescindir en ningún caso de las pruebas que inculpan al acusado y, en esta situación, la única explicación plausible sería que Santiago Mainar no actuó solo....".

En definitiva lo que hizo la Sala fue dar explicación --razonar-- el escaso valor que le dio a la declaración de Ignacio ante las pruebas de cargo con que contó.

No hubo violación del derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva efectuada por el recurrente, éste fue condenado en virtud de prueba de cargo obtenida con todas las garantías, introducida en el Plenario, prueba que fue suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia y prueba que, en fin, fue razonada y razonablemente valorada.

Procede la desestimación del motivo.

XV- Quinto.- El **motivo cuarto**, vuelve a alegar vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, vulneración que relaciona con el derecho a la última palabra.

En la argumentación, tras referirse al derecho como manifestación del derecho a la autodefensa del imputado en el proceso, derecho que el Tribunal Constitucional en su sentencia 13/2006 de 16 de Enero, elevó a derecho fundamental, se alega que el Tribunal no informó al recurrente, al invitarle a ejercer tal derecho de que lo que dijera podría ser valorado, y asimismo que por ello debía ser, nuevamente, instruido de sus derechos, y como esta información no se dio, se vulneró su derecho.

El motivo es claramente vacuo.

El derecho al ejercicio de la última palabra en el proceso penal, recogido en el art. 739 LECriminal le permite al imputado a que, directamente, y sin

intermediación alguna, efectúe las alegaciones que le interesen, pudiendo matizar, concretar, añadir o rectificar todo lo dicho por su letrado, en su defensa, --lo que constituye una manifestación del derecho de autodefensa--, censurar la actividad probatoria de cargo, y, eventualmente aportar nuevos datos o elementos que, obviamente, pueden ser tenidos en cuenta por el Tribunal.

La sorprendente pretensión que se sostiene en el motivo, en el sentido de que tiene que ser, nuevamente, instruido de sus derechos, y de que el Tribunal debe advertirle de que lo que diga puede ser valorado, carece de todo apoyo normativo, y, además es claramente innecesario.

El imputado fue advertido de sus derechos al principio del Plenario, incluido del derecho a ejercer el *ius tacendi* --derecho al silencio--, esa instrucción cubre toda la actuación del imputado durante la vista en la que está permanentemente asistido de su letrado. Por otra parte ¿para qué el ejercicio de tal derecho si no es para que el Tribunal pueda valorar lo que diga?.

Consta en el Acta del Plenario que el recurrente hizo uso del mismo y que se manifestó en los términos que constan en el acta --folios 4416 y 4416 vuelto, rollo de la Audiencia, Tomo XI--. Siendo de destacar que el Tribunal sentenciador solo efectuó una referencia a lo que dijo en el ejercicio de tal derecho --f.jdco. tercero, punto 4, pág. 10--.

Procede la desestimación del motivo.

XVI- Sexto.- El motivo quinto, por la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia, en relación al a validez que le concedió la sentencia a la declaración autoincriminatoria del recurrente.

XVII- Desde la doctrina ya expuesta sobre el ámbito del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia, pasamos a analizar esta cuestión. El recurrente en su argumentación dice que la declaración autoincriminatoria efectuada por el mismo, a los miembros de la Guardia Civil a las 17'55 horas del día 2 de Febrero de 2007, cuando los agentes fueron a su casa, carece de validez por cuanto no existe constancia de que lo manifestado sea verdad o que tal manifestación hubiese sido realmente espontánea.

Hay que recordar que para el Tribunal sentenciador tal declaración autoincriminatoria se alza como una de las dos pruebas fundamentales de cargo para justificar la condena --f.jdco. primero, párrafo primero--, siendo analizada esta declaración en los fundamentos siguientes, in extenso, para concluir que en la misma no se aprecia irregularidad alguna, no existiendo objeciones razonables que se opongan a la voluntariedad de tal manifestación, y porque detalles facilitados por él en esa declaración solo pudieron ser dichos por haber efectivamente participado en los hechos, amen de que en dicha declaración estuvo presente el Secretario Judicial que se encontraba en el domicilio del recurrente para efectuar una diligencia ordenada de entrada y registro, la que se suspendió para estar presente en dicha declaración.

Un examen directo de las actuaciones, pone de manifiesto que, en efecto, a los folios 897 al 902 de la instrucción consta la declaración del recurrente, redactada de forma manuscrita por un agente de la Guardia Civil.

Dicha declaración fue prestada ante varios agentes de la Guardia Civil, entre ellos el Instructor del atestado, estando presente el letrado del imputado así como el Sr. Secretario del Juzgado de Instrucción nº 1 de Jaca.

La manifestación de Santiago Mainar lo fue en su condición de detenido y previa nueva instrucción de derechos.

En dicha manifestación, Santiago Mainar relató los hechos que en lo sustancial fueron aceptados por el Tribunal y que constan en el relato de hechos probados.

Hay que añadir que tanto el Sr. Instructor como los agentes actuantes acudieron al Plenario y la declaración fue introducida correctamente en el Plenario mediante su lectura y sometida a contradicción --f.jdco. tercero, párrafo primero--.

Y es en esta situación, que el Tribunal sentenciador rechazó la versión del recurrente que sin negar la realidad de lo por él manifestado en esa diligencia, alegó que la había efectuado "*por altruismo*" y a cambio de que "*....la policía judicial*

abandonaría la investigación respecto de los demás habitantes de Fago...." -- f.jdco. tercero, apartado tercero--.

El rechazo de la tesis del recurrente lo razonó el Tribunal porque carece de toda lógica que una persona se autoincrimine de un delito tan grave por tranquilizar a los enemigos del Alcalde de Fago. No hay lógica en tan singular actuación que es contraria a las máximas de experiencia, nos dice la sentencia --f.jdco. cuarto, párrafo 2º--, máxime cuando se trata de proteger "*in genere*", a los vecinos de Fago, es decir, sin tratar de exculpar a nadie concreto, pues, se dice en la sentencia, si trataba de exculpar a una persona concreta, en tal hipótesis, resultaría que conocía los hechos y habría tenido una intervención en ellos.

En relación a esta manifestación, se dice por el recurrente en el último párrafo del motivo que estamos estudiando que:

"....Esta prueba en absoluto debía haber sido válida pues no existe constancia de que la verdad se manifestó o si esas manifestaciones se realizaron libremente sin presión alguna....". No le asiste la razón al recurrente.

El Tribunal sentenciador razonó sólidamente los argumentos que le llevaron a estimar válida como prueba de cargo, tal declaración autoincriminatoria por las razones ya explicitadas.

XVIII- En este control casacional, comprobamos lo ajustado de la decisión del Tribunal y en definitiva, coincidimos con él en que la decisión de valorar dicha manifestación como prueba de cargo no supuso vulnerar la interdicción de valorar prueba nula.

Aún a fuer de ser repetitivos, las razones que abonan la legitimidad de tal prueba como susceptible de valoración está apoyada en los siguientes datos:

1- Fue una declaración, ciertamente en sede policial, pero prestada con todas las garantías correspondientes al status del declarante: imputado y en situación de detenido, por tanto precedida de la instrucción de derechos --nueva instrucción-- y a presencia de su letrado quien no efectuó ninguna observación o reserva a dicho acto.

2- También estaba presente el Secretario Judicial, lo que le dota de una especial legitimidad en cuanto al respeto de las garantías procesales, no hay que

olvidar que el Secretario es el custodio de la fe pública procesal, lo que es predicable en todas las actuaciones en las que está presente, y en esta declaración estuvo presente.

XIX- Por lo que se refiere a la credibilidad de tal manifestación, verificamos que:

a) El propio recurrente no negó haber efectuado tales manifestaciones autoincriminatorias, así lo reconoció en el Plenario. A tal efecto, retenemos el párrafo 4 del f.jdco. tercero:

"....ni el acusado ni su defensa han cuestionado la correspondencia entre lo declarado y el acta manuscrita a la que acabamos de referirnos....".

b) No estamos en presencia de una declaración autoincriminatoria que se alce como prueba única que soporte la condena. antes bien, junto con esta manifestación, el Tribunal sentenciador contó con otra prueba de singular potencia acreditativa constituida por el hallazgo de restos biológicos de Santiago Mainar en varios puntos del vehículo Mercedes propiedad de la víctima, lo que hay que poner lo en relación con lo por él declarado de que manipuló y condujo dicho vehículo después de dar muerte a Miguel José Grima.

XX- Ciertamente esta Sala en varias sentencias tiene declarado que solo la presencia del Juez tiene la capacidad de generar actos de prueba ya que es la única autoridad dotada de suficiente independencia en el proceso, al estar encargado de la gobernanza del proceso y por tanto ser independiente del resto de las partes --SSTS 1338/2003; 1048/2006; 640/2006 ó 1043/2009, y en el mismo sentido STC 206/2003, f.-jdco. segundo--: *"....Juez es el único órgano que por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria....".*

Pero resulta que la declaración que se comenta ofrece características muy singulares:

a) Fue efectuada ante el Secretario Judicial.

b) Fue introducida en el Plenario y

_____c) No negada en su realidad por el recurrente quien solo alegó no responder a la realidad de lo ocurrido, pero a esa realidad llegó el Tribunal sentenciador por la valoración de otras pruebas, singularmente por los restos biológicos del recurrente

hallados en el vehículo de la víctima. En esta situación ninguna objeción puede hacerse a la decisión del Tribunal sentenciador.

En conclusión, el vacío probatorio de cargo que se denuncia no existió.

El recurrente fue condenado en virtud de prueba obtenida con respeto a las exigencias constitucionales, prueba que fue introducida en el Plenario de acuerdo con las exigencias de legalidad ordinaria exigibles y sometida a los principios que vertebran el juicio oral. Prueba que fue suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, y, prueba que en fin, fue razonada y razonablemente valorada, por lo que está extramuros de toda decisión arbitraria.

Procede la desestimación del motivo.

XXI- Séptimo.- El motivo sexto, que está relacionado con el anterior, por el mismo cauce denuncia idéntica violación del derecho a la presunción de inocencia, solo que ahora en relación a la prueba indiciaria por estimar que la prueba de indicios en que se basa la sentencia no permite arribar a la conclusión condenatoria.

Después de efectuar un resumen de la doctrina jurisprudencial existente sobre la prueba indiciaria, el recurrente concreta su denuncia en relación a la detección de pólvora en las manos de Santiago Mainar, hecho del que, se dice, no supera los cánones establecidos para estimarlo como indicio capaz de soportar la condena dada la debilidad del mismo.

Realmente la existencia de este motivo solo puede explicarse como una defensa a ultranza del defendido, a cuyo fin se llega a afirmar extremos no dichos pro la propia sentencia.

Ni siquiera se efectúa una re-lectura de la misma, más bien se le hace decir cosas que la sentencia no dice.

Brevemente, recordaremos que en el f.jdco. primero, de forma clara e indubitada se concretan las dos fuentes de prueba y los elementos incriminadores de ambas que justifican la condena: 1º- la declaración autoinculpatoria de Santiago Mainar y 2º- el hallazgo de restos biológicos del mismo en el vehículo de la

víctima. La primera es prueba directa al tratarse de una confesión, la segunda es una prueba indiciaria de singular potencia acreditativa.

XXII- Ciertamente ambas pruebas constituyen el núcleo duro que justifica la condena. Además, el Tribunal valoró --como es su obligación-- todo el resto de actividad probatoria, concretamente, la declaración de Ignacio Bidégain y los restos de pólvora encontrados en las manos y frente de Santiago Mainar. Respecto de éstos, se dice en el f.jdco. séptimo, al que ya nos hemos referido que dicho indicio es menor porque la prueba fue efectuada dos días después de la muerte del alcalde, de forma que por un lado, la higiene normal puede eliminar rastros, y por otra lado tales restos de pólvora pueden tener otras explicaciones. Es en este concreto y preciso contexto muy matizado --y debilitado-- que se dice en la sentencia:

"....si bien no deja de ser valorable en contra del acusado, habida cuenta de todas las circunstancias que concurren....".

Es patente que dicho indicio en solitario no puede permitir ni justificar la condena. No fue esa la decisión del Tribunal, simplemente, y *ex abundantia* --y por tanto de forma prescindible-- el Tribunal degradó tal indicio a una mera corroboración a lo que ya estaba acreditado por las dos pruebas antes citadas.

XXIII- Con lo dicho basta y sobra para rechazar la denuncia, pero con el fin de dar respuesta, incluso más allá de las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, hay que decir que en relación al derecho a la presunción de inocencia y a la prueba indiciaria, el control casacional se concreta en el examen que debe efectuar esta Sala de Casación sobre la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante, y ello desde una doble perspectiva:

Desde el canon de la lógica o de la coherencia y desde el canon de la suficiencia. Desde el primero, para verificar si la conclusión condenatoria fluye de las evidencias tenidas en cuenta de forma natural. Desde el segundo para verificar que la conclusión alcanzada puede coexistir con otros, dada la debilidad de los indicios y su imprecisión.

XXIV- Pues bien, en el presente caso, la conclusión condenatoria, supera el doble canon de la lógica y de la suficiencia, ya que de la unión de la declaración inculpativa y de los restos biológicos de Santiago Mainar hallados en el vehículo

de la víctima, que él mismo reconoció haber utilizado, fluye normalmente que él fue el autor del disparo que mató al Alcalde de Fago y esa conclusión no es débil o imprecisa sino cierta y consistente.

Se está, y así lo verificamos, ante una certeza que se sitúa más allá de toda duda razonable, que como se sabe es el canon de certeza exigible para toda decisión condenatoria. SSTs 474/2006; 924/2007; 2/2009; 43/2009; 1043/2009, 104/2010; 336/2010 ó 395/2010, entre las más recientes; SSTC 187/2003; 263/2005 ó 117/2007; SSTEDH de 18 de Enero 1978; 27 Junio 2000 (Salman vs. Turquía); 10 Abril 2001 (Tamli vs. Turquía); 8 Abril 2004 (Tahsin vs. Turquía).

Procede la desestimación del motivo.

XXV- Octavo.- El **motivo séptimo** por la vía del Quebrantamiento de Forma y con apoyo en el art. 851-3º LECriminal denuncia fallo corto por no haber resuelto el Tribunal todas las cuestiones jurídicas planteadas por la defensa.

La STS 728/2008 de 18 de Noviembre, reiterando la constante doctrina de la Sala en relación a este vicio procesal, tiene declarado que:

1) Que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) Que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derechos debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) Que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica.

b) Que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida, lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede

razonablemente deducirse no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.

3) Que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso.

En el presente caso, en las conclusiones definitivas, el acusado no concreta las irregularidades que imputa a las pericias que impugna (ver folio 4415 del Tomo XI del rollo de Sala). Ni siquiera en el escrito del recurso de casación se alude a ellas.

En efecto, en el acta de la Vista, en relación a las impugnaciones de las periciales solo consta que *"....el letrado de la defensa....eleva a definitivas sus conclusiones provisionales, incluyendo las impugnaciones contempladas en el Pleno del Tribunal Constitucional de 21 de Mayo de 1999...."*.

Es claro que corresponde al impugnante concretar y justificar las impugnaciones de las periciales que le interese, sin que pueda desplazar esa actividad sobre el Tribunal que no puede ni debe asumir el papel de adivinar, como un zahorí, cuales sean esas impugnaciones. Al respecto es significativo la impugnación que efectúa en el escrito de conclusiones provisionales --folios 229 y siguientes-- de 29 informes, actas, fotos y cintas sin ninguna argumentación y remitiéndose a lo que se dirá en el Juicio Oral.

Procede la desestimación del motivo.

XXVI- Noveno.- El motivo octavo, por el cauce del art. 851-1º LECriminal denuncia como indebida la aplicación del art. 142 LECriminal.

En su síntesis, se dice que en la motivación se han desliado hechos cuyo lugar hubiera debido ser el relato de hechos probados, censurando la técnica de la complementación.

Tampoco concreta ni identifica cuales sean los hechos indebidamente desliados en la motivación, como ejemplo basta retener este párrafo de la argumentación del motivo (pág. 81 del recurso).

"....Es evidente que cuando la sentencia se olvida de unos hechos y los recoge de manera puramente dialéctica en los fundamentos de derecho nunca se dice, de forma concluyente que dichos pasajes se declaran expresa y terminantemente probados....".

Es patente la falta del deber del denunciante de concretar el vicio aludido. Esta Sala carece de poderes de adivinación ni por otra parte es su cometido.

Procede la desestimación del motivo.

Décimo.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede la imposición al recurrente de las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **Santiago Mainar Sauras**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, Sección I, de fecha 4 de Diciembre de 2009, con imposición al recurrente de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección I, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García

Andrés Martínez Arrieta

Francisco Monterde Ferrer

Alberto Jorge Barreiro

Joaquín Delgado García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:29/09/2010

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, respecto de la Sentencia nº 854/2010 de fecha 29 de Septiembre de 2010, recaída en el Recurso de Casación nº 10118/2010P, interpuesto por Santiago Mainar Sauras, contra la sentencia dictada por la Sección I de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 4 de Diciembre de 2009.

Con el máximo respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal en relación al motivo primero del recurso referente a la competencia del Tribunal de la Audiencia Provincial de Huesca para juzgar del caso, considero que el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 20 de Julio --apartado V de la sentencia-- motivado, precisamente para conocer la opinión de toda Sala en orden a determinar la naturaleza retroactiva o no de los Acuerdos de la Sala, al determinar exceptuar de la no retroactividad que en dicho Acuerdo se proclama "*....aquellos actos que hubieran incurrido en la vulneración de un derecho fundamental que fueran determinantes por su nulidad....*", permite, a mi juicio, estimar, que el caso concernido afecta al derecho al juez predeterminado por la Ley, pues el delito de asesinato comprende en cuanto a su enjuiciamiento, al Tribunal del Jurado. Desde esta perspectiva cabe considerado, desde el respeto al Acuerdo citado, que la atribución del conocimiento a la Audiencia Provincial de Huesca supuso una vulneración del derecho a ser juzgado por el Juez ordinario predeterminado por la Ley --el Tribunal del Jurado--, lo que incluso tiene una proyección en la materia del derecho al acceso a los recursos, ya que, sin perjuicio de reconocer que el actual

recurso de casación es un recurso efectivo en los términos del art. 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y del art. 13 del Convenio Europeo, tampoco se puede olvidar que la atribución del conocimiento de la causa al Tribunal del Jurado, tiene por consecuencia el derecho a la segunda instancia, además del Recurso de Casación.

Por ello es mi opinión que se puede seguir sosteniendo que el conocimiento de esta causa debió corresponder al Tribunal del Jurado, desde el respeto al Acuerdo no Jurisdiccional de 20 de Julio del presente año.

Fdo.: Joaquín Giménez García

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