



Roj: **STS 4887/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4887**

Id Cendoj: **28079120012014100777**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2014**

Nº de Recurso: **11098/2013**

Nº de Resolución: **778/2014**

Procedimiento: **PENAL - JURADO**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5249/2013,**
STSJ CAT 6517/2013,
STS 4887/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del procesado **Hernan y de la Acusación particular DOÑA Adelina**, contra la Sentencia núm. 28/2013, de 26 de septiembre de 2013 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, resolutoria del recurso de apelación contra la Sentencia núm. 1/2013, de 7 de enero de 2013, de la Oficina del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala 1/2010 J.I. dimanante del Procedimiento del Jurado núm. 6/2012 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Villafranca del Penedés, seguido por delito de asesinato contra Hernan; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo partes: el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por: el procesado Hernan por la Procuradora de los Tribunales Doña María Jesús González Díez y defendido por el Letrado Don Fermín Gavilán, y la Acusación particular Doña Adelina representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Patricia Carmen Rodríguez Gómez y defendida por el Letrado Don Bruno R. Suela Rubio.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Villafranca del Penedés incoó Procedimiento del Tribunal del Jurado núm.1/2012 por delito de asesinato contra **Hernan**, y una vez concluso lo remitió al Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 7 de enero de 2013, dictó Sentencia núm. 1/13, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Los miembros del Jurado han declarado probados por unanimidad los siguientes hechos:

1º.- *Que el día 28 de febrero de 2010, sobre las 01 horas de la madrugada, el acusado Hernan, mayor de edad y sin antecedentes penales, se trasladó en el turismo Opel Kadett matrícula Q-....-QK, hasta la población de Sant Pere de Riudevitiles, en compañía de su sobrino Jose Luis, de 16 años de edad, sin que conste acreditado quien de los dos era el conductor, ni tampoco si alguno de los dos había consumido antes bebidas alcohólicas en número abusivo, de tal manera que afectara a sus capacidades cognitivas o de control de sus impulsos.*

2º.- *El joven Jose Luis ha sido ya juzgado y condenado como copartícipe en estos hechos por la Jurisdicción de Menores, donde reconoció su culpabilidad, razón por la que -de mutuo acuerdo entre el Ministerio Fiscal y su letrado defensor- se le impuso una medida de internamiento socioeducativo en centro de justicia juvenil.*



3°.- Tras estacionar el vehículo en una calle próxima al bar-pub "La taronja" ubicado en la calle Boullargues de Sant pere, ambos se bajaron del coche y entraron en el local, dirigiéndose al mostrador. Una vez allí, el acusado pidió un vaso de whisky marca "Ballantines" y una naranjada, bebida que consumió sin incidentes mientras el menor de edad permanecía a su lado. Antes de entrar en el bar, el acusado y su sobrino se pusieron de acuerdo en que había que dar un escarmiento a un joven conocido por ellos como 'Bucanero', con quien habían tenido un altercado pocos días antes. Para ello, habían cogido de su casa o de la guantera del coche un revolver, cuya marca y demás características no se han podido determinar dado que no ha sido hallado, por si era necesario hacer uso del mismo para conseguir sus objetivos.

4°.- Tras una segunda consumición idéntica, el acusado se dirigió a los clientes del bar en voz alta, y preguntó si alguien había visto al tal "Bucanero", recibiendo el silencio por respuesta. Al comprobar que Bucanero no se encontraba entre la clientela, se dirigió al dueño del bar y le increpó verbalmente diciéndole "le estamos buscando porque a mino me vacila nadie". Acto seguido, percatándose el acusado y el menor de que, sentado en una de las mesas ubicadas junto a las máquinas recreativas, se hallaba Leoncio, de 30 años de edad, se dirigieron hacía él y le preguntaron por Bucanero. Como quiera que tampoco obtuvieron respuesta satisfactoria, le ordenaron que saliera con ellos a la calle, obedeciendo Leoncio. Una vez allí, le empujaron y golpearon con las manos en la cara, razón por la que Leoncio -atemorizado- escapó entrando de nuevo en el bar, y tras cruzarlo hasta la zona de servicios, entró en el almacén/cocina y cerró la puerta con el pestillo de seguridad.

5°.- Segundos más tarde, entraron corriendo el acusado y su sobrino, llevando ya en este momento el primero un revolver en la mano. Al comprobar que Leoncio se había escondido, se dirigieron al dueño del bar y le dijeron 'dile al Leoncio ese que salga o te pegamos un tiro a ti; te vamos a destrozar el local'. El dueño del bar le respondió Zurdo aquí no me la lées". El acusado le dio entonces una bofetada y un empujón mientras buscaba a Leoncio con la vista. Mientras tanto, el menor permanecía a su lado sin intervenir de forma activa. Acto seguido, se dirigieron conjuntamente hacía la zona de servicios, y constatando que la puerta del almacén estaba cerrada, la golpearon con fuerza hasta lograr fracturar el cierre y acceder al interior. Tras breve discusión, y sin que conste si se llegó a efectuar o no un disparo en el almacén, Leoncio logró salir corriendo y tras atravesar de nuevo el bar salió por la puerta que da a la calle, siendo perseguido por el acusado y el menor.

6°.- Cuando ya habían alcanzado la calle, el acusado o el menor apuntó a la espalda de Leoncio y efectuó dos disparos con el revolver que portaba, bien inducido del ánimo de acabar con su vida, bien consciente del elevado riesgo de provocar dicho resultado, aceptando tácitamente el mismo. Los dos proyectiles impactaron por detrás en el fugitivo, a la altura del homóplato y pulmón izquierdos, respectivamente, lo que provocó la caída al suelo de la víctima y su muerte en pocos segundos. La causa clínica del fallecimiento fue un hemotórax agudo masivo por hemorragia y subsiguiente insuficiencia respiratoria. Acto seguido, el acusado y el menor corrieron hasta el vehículo Opel aparcado, lo pusieron en marcha y se dieron a la fuga, sin que conste fehacientemente quien de los dos conducía.

7°.- El acusado Hernan no disponía -en la fecha de los hechos- de permiso de armas de fuego ni licencia.

8°.- Al ejecutar los disparos, el autor se aprovechó de la situación de superioridad numéricamente objetiva derivada del hecho de ser dos los agresores, y usar uno de ellos un arma de fuego, lo que generó manifiesta Indefensión en la víctima, cuya imposibilidad de defensa eficaz estuvo además apoyada por el hecho de efectuarse los dos disparos por la espalda.

9°.- Aquel día, el acusado había consumido algunas bebidas alcohólicas, sin que se pueda precisar con exactitud su número. Sin embargo, y a pesar de ser una persona de carácter impulsivo, en el momento de cometer los hechos no se encontraba afectado por ningún trastorno mental relevante de la personalidad ni estado de embriaguez que pudieran anular o disminuir su capacidad intelectual y consciencia para entender la ilicitud de sus actos, ni tampoco la capacidad volitiva o intencional de llevarlos a cabo.

10°.- El fallecido estaba separado de su esposa Inmaculada en el momento de los hechos, sin que conste acreditado si contribuía o no económicamente al sostenimiento de la misma. Tenían una hija en común de 3 años de edad, que convivía y sigue conviviendo con la madre. Su madre y dos hermanos siguen vivos y no convivía con ellos. No consta tampoco si aportaba ingresos económicos de clase alguna a dicho entorno familiar."

SEGUNDO.- La Audiencia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que de conformidad con el veredicto de culpabilidad emitido por el Tribunal de Jurado, debo **CONDENAR** y **CONDENO** al acusado Hernan como coautor por cooperación necesaria de un delito consumado de asesinato con la agravante específica de alevosía, en concurso medial con tenencia ilícita de armas, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Por ello, le impongo la pena de **QUINCE AÑOS** y **UN DÍA** de **PRISIÓN** con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y abono de las costas procesales causadas, incluidas las de la parte acusadora particular.

En concepto de responsabilidades civiles, le condeno a indemnizar a Raimunda (madre de la víctima) en la cantidad de 60.000 euros, por daño moral, y a la hija menor de edad fruto del matrimonio del hoy difunto con Inmaculada , en la suma de 100.000 euros.

Una vez firme esta sentencia, aplíquese al penado la liquidación del período de prisión preventiva sufrido, siempre que no le hubiere sido ya imputado a otras responsabilidades."

TERCERO.- El procesado **Hernan y la Acusación particular DOÑA Adelina** recurren en apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, que con fecha 26 de septiembre de 2013 dicta Sentencia 28/2013 , cuyo **Fallo** es el siguiente:

"La SALA Civil y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA ha decidido:

1.- DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos contra dicha Sentencia por el Ministerio Fiscal y por la procuradora de los tribunales Sra. Doña. Carmina Torres Codina, en representación de la acusación particular ejercitada por Doña Adelina .

2.- ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales Sra. Doña Carmen Rami Villar, en representación del condenado por el Tribunal del Jurado D. Hernan , contra la sentencia dictada en fecha 7 de enero de 2.013 por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona , recaída en el Procedimiento núm. 6/12, derivado de la Causa de Jurado núm. 1/10 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Vilafranca del Penedés.

3.- REVOCAR parcialmente la referida Sentencia el Tribunal del Jurado a fin de:

3.1.- RECTIFICAR la relación de antecedentes procesales de la Sentencia recurrida, de la que se suprimirán:

a) el 7º, en el que se hace constar que "se procedió a la redacción escrita del Objeto del Veredicto al que se incorporaron las peticiones interesadas por el Ministerio Fiscal y las demás partes... ", y

b) el 9º, en el se recoge que el Jurado expuso "su criterio... desfavorable a la suspensión condicional de la pena".

3.2.- RECTIFICAR la relación de hechos probados suprimiendo de la de la misma el que reza de la siguiente forma:

"Al comprobar que Bucanero no se encontraba entre la clientela, se dirigió al dueño del bar y le increpó verbalmente diciéndole "le estamos buscando porque a mi no me vacila nadie."

3.2.- CONDENAR a D. Hernan como autor responsable de un delito de homicidio (art. 138 CP), con la concurrencia de una circunstancia agravante de abuso de superioridad (art. 22.2a CP) a la pena de CATORCE AÑOS de prisión, con inhabilitación absoluta por igual tiempo, y ABSOLVER al mismo del delito de tenencia ilícita de armas de fuego (art. 564.1 CP) del que venía acusado.

Se mantienen íntegramente los restantes pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, relativos a la responsabilidad civil ex delicto, al abono de la prisión preventiva y al pago de las costas procesales de la primera instancia.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales del procesado **Hernan y de la Acusación particular DOÑA Adelina** , que se tuvo 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.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Hernan , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

1º.- Infracción de precepto constitucional del art. 852 de la LECrim ., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , al entenderse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia previsto en el art. 24.2 de la CE .

2º.- Infracción de Ley por infracción de precepto constitucional del art. 852 de la LECrim ., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , al entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art.a 24.1 de la CE por inaplicación de los arts. 21.2 en relación con el art. 20.1 del C.penal o del 21.7 del mismo texto legal .

3º.- Infracción de Ley del art. 849.1 de la LECrim ., por aplicación indebida del art. 66.3 en relación con el art. 72 ambos del C.penal .

El recurso de casación formulado por la representación legal de la Acusación particular Doña Adelina , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:



1º.- Se formula al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de Ley y de doctrina legal , en relación a que dado los hechos probados, durante todo el procedimiento, el delito de tenencia ilícita de armas se debe apreciar.

2º.- Se formula al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de Ley y de doctrina legal en relación a preceptos legales de carácter sustantivo que conectan con el art. 851.1 de la LECrim ., ya que los hechos probados implican de manera automática predeterminación del fallo, y a su vez la obligada observancia de la ley penal, como es el art. 24 de la CE , en lo que a esta parte se refiere.

SÉXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución, y solicitó la inadmisión de todos los motivos y subsidiariamente su impugnación, por las razones expuestas en su informe de fecha 30 de abril de 2014; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para la Vista se celebró la misma el día 1 de octubre de 2014 con la asistencia de los Letrados recurrentes Doña Silvia Peñas Borja en defensa de Hernan y Don Bruno Suela Rubio en defensa de Doña Adelina , y del Ministerio Fiscal informando todos ellos y ratificándose en su informe.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recovó parcialmente la dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona constituida en Tribunal del Jurado, rectificando alguno de los antecedentes de hecho e igualmente la relación circunstanciada de hechos de la sentencia recurrida, y suprimiendo la condena por delito de asesinato, condenó al acusado Hernan como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio, con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, a la pena de catorce años de prisión, absolviéndole por el delito de tenencia ilícita de armas de fuego del que venía acusado, manteniéndose los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil, abono de la prisión preventiva y costas procesales.

Frente a dicha resolución judicial han formalizado este recurso de casación, tanto la representación procesal del acusado como de la acusación particular.

Recurso de la acusación particular.

SEGUNDO.- Como dice el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, los motivos formalizados por dicha parte recurrente, que son dos, inciden sobre la misma cuestión: la absolución en el recurso de apelación por el delito de tenencia ilícita de armas.

En efecto, la recurrente se refiere a cuestiones materiales, como la coposesión del arma con la que se disparó contra la víctima, quitándole la vida, cuya autoría en el concreto acto ejecutor de efectuar el disparo, el Jurado no lo determina con rotundidad, declarando como probado que el acusado o el menor apuntó a la espalda de Leoncio y efectuó dos disparos con el arma «que portaba», que impactaron por detrás del citado joven, provocando la caída al suelo de la víctima y su muerte en pocos segundos.

Pero la razón por la cual se absuelve por el Tribunal Superior de Justicia al acusado Hernan de un delito de tenencia ilícita de armas (art. 564.1 del Código Penal) no se encuentra en tales razones materiales, esto es, ni la cuestión dicha de la coposesión, ni en el tema de su utilización alternativa, ni en la ideación de su uso, ni otra cuestión alguna material o sustantiva son aspectos tomados en consideración por los que dicho Tribunal ha dejado sin efecto la extraña construcción jurídica, por otro lado, que había acogido la Audiencia, considerando que los delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas entraban en concurso medial, y aplicando una operación que desconocía el aumento de penalidad por tal concurrencia (art. 77 del Código Penal), producía una especie de «absorción punitiva» (así se expresaba el Magistrado-Presidente en su Auto de aclaración de fecha 25 de enero de 2013), lo que le vale para que el Ministerio Fiscal nos diga ahora que equivale a «confundir los efectos de la absorción del concurso medial - art. 77 CP - con los del concurso de normas - art. 8.3 CP -». De cualquier modo, tal régimen concursal fue el propuesto por las acusaciones.

Lo cierto es que en el recurso de apelación se revoca la sentencia recurrida en tanto que en el objeto del veredicto no se incluyó ninguna proposición en la que se hubiera solicitado el parecer del Jurado sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado por razón del delito de tenencia ilícita de armas, en contra de lo preceptuado en el art. 52.1.d) y e) LOTJ . Y ello parece un olvido relevante por parte del Magistrado-Presidente.

En el caso, el Magistrado-Presidente se limitó a someter a la consideración del Tribunal del Jurado si el acusado era culpable o no «de haber dado muerte a Leoncio » sin preguntar particularmente (arts. 52.1.d) y e), 60.1. 61.1.c) y 63.1.b) LOTJ) sobre si lo era **también** del delito de tenencia ilícita de armas utilizada para ello, aspecto



éste que había sido dado como probado por el Colegio Popular, y sin que ninguna de las partes planteara tampoco -cierto es- objeción alguna sobre dicha omisión en el trámite del art. 53 LOTJ (audiencia de las partes).

Al no haberse hecho así, como quiera que ni el Magistrado-Presidente se apercibiera de tal error, ni las partes objetaron nada al respecto, es lo cierto que no existe una declaración de culpabilidad o inculpabilidad, sin que le sea exigible a la defensa alzarse (entonces) con este particular al Presidente del Jurado, poniendo de manifiesto ante el citado órgano judicial tal irregularidad.

En consecuencia, el aquietamiento de la acusación particular en el momento en que se produce tal omisión, impide ahora que, extemporáneamente, pueda ser acogida esa pretensión que combate tal irregularidad, que lo sería con la característica de un defecto insubsanable, y ordenar la repetición del juicio.

En el art. 53 LOTJ, que trata de la audiencia a las partes, se dispone claramente que «antes de entregar a los jurados el escrito con el objeto del veredicto, el Magistrado-Presidente oirá a las partes, que podrán solicitar las inclusiones o exclusiones que estimen pertinentes, decidiendo aquél de plano lo que corresponda». En el apartado II del citado objeto del veredicto, únicamente se pide al Jurado que declare la culpabilidad o inculpabilidad del acusado «de haber dado muerte a Leoncio»; nada más se pregunta al Tribunal del Jurado acerca del hecho de haber cometido (ser culpable) un delito de tenencia ilícita de armas. Visto el acta del veredicto, el Jurado declara culpable al acusado de haber dado muerte Leoncio, por unanimidad (9 votos a favor, y ninguno en contra).

Pero el apartado 2 del citado art. 53 LOTJ permite a las partes cuyas peticiones fueran rechazadas, el formular protesta a los efectos del recurso que haya lugar contra la sentencia. De no hacerlo, como aquí ocurrió, no puede reabrirse este debate en esta instancia casacional.

En consecuencia, el recurso no puede ser estimado.

Recurso de Hernan .

TERCERO.- En su primer motivo, este recurrente, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la infracción de la garantía constitucional de inocencia, proclamada en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Desde esta perspectiva el motivo no puede prosperar.

En efecto, esta misma queja ya se planteó en el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, y fue respondida por éste en su fundamento jurídico tercero.

En síntesis, los hechos probados narran el episodio mortal ocurrido en la madrugada del día 28 de febrero de 2010, cuando el acusado Hernan se trasladó con su sobrino Jose Luis, a la sazón de 16 años de edad, y entraron en el bar que se describe en el *factum*, y una vez allí, consumió un whisky, lugar al que acudieron para dar un "escarmiento" a un joven conocido de ellos, con quien habían tenido un altercado unos días antes, de modo que se hallaban provistos de un revólver, y tras organizar la trifulca que se narra en la resultancia fáctica de la sentencia de primer grado, dirigieron su ira contra un cliente (Leoncio), de 30 años de edad, amigo del anterior, que por allí se encontraba, golpeándole con las manos en la cara, el cual, preso de pánico, pudo desasirse y entrar en los aseos del local, encerrándose con el pestillo de seguridad; al comprobar que el citado joven se había escondido, y como quiera que Hernan llevara un revólver en la mano (hecho 5º de los probados por el Tribunal del Jurado y consignados en la sentencia recurrida), se dirigió al dueño del local y le amenazó para que hiciera salir a tal joven, bajo el designio, en caso contrario, de pegarle un tiro a él, y destrozarle el local. A continuación, el ahora recurrente le agrede mediante una bofetada y un empujón al citado dueño del local. Tras ello, acceden tío y sobrino a la zona de servicios, y destrozan con fuerza la puerta, para acceder al interior; a continuación, Leoncio logra salir corriendo y tras atravesar de nuevo el bar, salió por la puerta que da a la calle, siendo perseguido por el acusado y el menor. «Cuando ya habían alcanzado la calle, el acusado o el menor apuntó a la espalda de Leoncio y efectuó dos disparos con el revólver que portaba», de modo que impactaron -los proyectiles- en su espalda, a la altura del homóplato y pulmón izquierdos, lo que provocó la caída del joven y su muerte a los pocos segundos.

Al contestar el Jurado a la pregunta 22º, donde se cuestionaba la autoría del recurrente en la causación de los disparos mortales, el Colegio Popular introdujo una variación, de manera que consideró probado que «cuando ya habían alcanzado la calle, el acusado o el menor apuntó a la espalda de Leoncio y efectuó dos disparos con el revólver que portaba», con ánimo de acabar con su vida, o con elevado riesgo de provocar dicho resultado, lo que fue aprobado por el Jurado por unanimidad.

Este apartado fue introducido así en la resultancia fáctica. Por lo que desde la perspectiva de la presunción de inocencia, hubo prueba plena para llegar a ese resultado probatorio: todos los movimientos habidos en el interior del bar fueron testimoniados por la numerosa concurrencia, y no hay duda alguna de que la secuencia



de hechos fue la que se ha relatado. El único punto oscuro, hubiera podido ser *quién portaba el arma* en el momento del disparo, situado fuera del local, y por consiguiente, fuera de la vista de los testigos, pero esta cuestión fue resuelta como hemos dejado expuesto.

Desde el plano de la presunción de inocencia, no puede quejarse el recurrente de vacío probatorio alguno para llegar al resultado que consta en el *factum*.

Y todo ello sin perjuicio de que la Sentencia dictada por el Juzgado de Menores, claramente atribuye la autoría «al individuo mayor de edad», que fue «quien efectuó dos disparos con la pistola que portaba, apuntando directamente y a corta distancia a la espalda de Leoncio ». Sobre esta base, el citado menor Jose Luis se *había conformado con tal relato fáctico*, ante hechos que hubieran sido calificados de asesinato si hubiera sido mayor de edad, dictando el juez de menores las oportunas medidas (aspecto que se mantuvo incólume en el recurso de apelación, salvo una cuestión relativa a indemnización civil).

De manera que desde el plano de la presunción de inocencia, todo el desarrollo descriptivo que se relata en los hechos probados, incluida la mención del disparo a cargo *de uno u otro*, está suficientemente probado mediante la amplia testifical que se desarrolló en el plenario, y no puede ser discutida.

Ahora bien, si lo que plantea el recurrente es una cuestión jurídica, esto es, si con tales hechos probados le puede ser atribuida la coautoría en la causación de la muerte de Leoncio , hemos de acudir a lo que dice nuestra STS 474/2005, de 17 marzo , en torno al art. 28 del Código Penal vigente, el cual nos permite disponer de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que tal Código fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido generalmente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia - SSTS 31/5/85 , 13/5/86 , entre otras-. Preciso es pues, concretar, que debemos entender por uno y otro elemento -objetivo y subjetivo- de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos *aporten* durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas sentencias como las de 12/2/86 , 24/3/86 , 15/7/88 , 8/2/91 y 4/10/94 . Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan *el dominio funcional del hecho* , de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, *un hecho de todos que a todos pertenezca*. Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS 3/7/86 y 20/11/81), han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, *coautoría adhesiva*, o sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (ss. 10/2/92 , 5/10/93 , 2/7/94) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SSTS 21/12/92 y 28/11/97 se afirmó que «cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho; no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el verbo rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho.

Doctrina definitivamente asentada en la sentencia TS 11/9/2000 , que con cita de la SSTS 14/12/98 , señala que «la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del CP 1995 como "realización conjunta del hecho" viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del "acuerdo previo", a los cooperadores no ejecutivos, es decir, a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por si mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común.



En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución».

En este tema, la STS 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP . no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el Código Penal, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la STS 27-9-2000 , tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SSTS 29-3-93 , 24-3-98 y 26-7-2000 , han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

Para el caso de producirse un disparo por solamente uno de dos los concurrentes al acto criminal, la STS 607/2004, de 7 mayo , precisa que para la condena de ambos no es necesaria en modo alguno la prueba de que llegara efectivamente a disparar el revólver, sino que basta que estuvieran los dos de acuerdo en efectuar el hecho, pues quien así actúa, aunque los disparos causantes del homicidio los hubiera realizado el otro, ha de responder del homicidio consumado, a título de dolo eventual, «pues es claro que tuvieron que prever los dos la posibilidad de que hubiera de hacerse uso de las armas de fuego».

En el caso enjuiciado, como ya lo hemos dejado narrado con anterioridad, la voz cantante la lleva el acusado, él es el que busca a esa persona llamada « Bucanero » para darle un escarmiento, él es el que amenaza al dueño del bar, él quien le agrede, entre los dos pegan a Leoncio , por el hecho de ser amigo de aquél, le aterrorizan y le hacen esconderse en los servicios; le buscan, echan la puerta abajo a patadas; por otro lado, en el bar, el recurrente es quien porta el revólver, y cuando sale despavorido el joven, le persiguen y los testigos escuchan dos disparos que impactan en la espalda de la víctima (informe pericial de autopsia). De manera que conforme a nuestra jurisprudencia ambos dominan la situación (diríase con más intensidad el ahora recurrente), la coautoría es aditiva, la situación de terror es provocada por ambos, y la responsabilidad por su muerte ha de ser atribuida a ambos, como así han resuelto los tribunales de instancia.

El motivo no puede ser estimado, como ya hemos anunciado.

CUARTO.- En el motivo segundo, y bajo amparo constitucional, reprocha ahora el recurrente que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en lo concerniente a las reclamadas atenuantes de embriaguez, como propia y como analógica de trastorno de la personalidad.

Sin embargo, la respuesta del Tribunal del Jurado a tales proposiciones en el objeto del veredicto fue clara: no quedó probado (y ello por unanimidad) que el acusado estuviera en estado de embriaguez en modo tal



que le impidiera la comprensión antijurídica del hecho, o que le determinara comportarse conforme a dicha apreciación. Declararon también los jurados que no consta acreditado que el acusado hubiera consumido bebidas alcohólicas en número abusivo, de tal manera que pudiera haberle afectado a sus capacidades cognitivas o de control de sus impulsos.

De igual forma, declararon probado (igualmente por unanimidad, en la proposición 33º) que, «a pesar de ser una persona de carácter impulsivo, en el momento de cometer los hechos no se encontraba afectado por ningún trastorno mental relevante de la personalidad ni estado de embriaguez que pudiera anular o disminuir su capacidad intelectual y consciencia para entender la ilicitud de sus actos, ni tampoco la capacidad volitiva o intencional de llevarlos a cabo».

Con estos elementos de la decisión fáctica, no puede mantenerse el motivo, que por lo demás, en cuanto al tema planteado, ha merecido la oportuna atención en la instancia.

QUINTO.- Finalmente, en el motivo tercero, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción del art. 66.1.3º, en relación con el 72, ambos del Código Penal.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia en grado de apelación, entendió que los hechos probados eran constitutivos de un delito de homicidio con la agravante de abuso de superioridad y le impuso la pena de 14 años de prisión.

Dice el recurrente que tal pena no es la mínima, y que debió serle impuesta la mínima de doce años y medio de prisión.

Desde el plano estricto del art. 66.1.3º del Código Penal, no ha existido infracción de ley, porque este ordena en caso de concurrencia de una agravante (o dos), la imposición de la pena en la mitad superior. La pena impuesta se encuentra en dicha franja (art. 138 del Código Penal), que discurre de 12 años y medio a 15 años, luego desde esta perspectiva el motivo no puede prosperar.

Desde el plano del art. 72 del Código Penal, esto es, motivación en la individualización penológica, en el octavo fundamento jurídico de la sentencia recurrida se explica la razón de tal dosimetría penal, como es la gravedad del hecho en sí mismo considerado, no desde el parámetro de dar muerte a una persona (que a ello ya da respuesta el citado art. 138 del Código Penal), sino en cómo se produjo tal muerte, y es claro que la operativa criminal revelaba una dosis de terror y pánico en la víctima, acreedora sin duda de elevar por encima del umbral mínimo tal imposición punitiva, todo ello con la colaboración de un menor de edad para poder sojuzgar cualquier resistencia que pretendiera interferir en sus planes de escarmentar a un tercero que, finalmente, no pudo hallar, y todo ello en un entorno de testigos presenciales que igualmente resultarían intimidados por tal acción letal, lo que implica, como dicen los jueces «a quibus», «una peligrosidad inusual en un delincuente primerizo».

El motivo no puede prosperar.

Costas procesales.

SEXTO.- Procediendo la desestimación de ambos recursos se está en el caso de condenar en costas procesales a ambos recurrentes (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal del procesado **Hernan y de la Acusación particular DOÑA Adelina**, contra la Sentencia núm. 28/2013, de 26 de septiembre de 2013 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus recursos, y a la Acusación particular a la pérdida del depósito legal si en su día lo hubiere constituido.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ