



Roj: **STS 3314/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3314**

Id Cendoj: **28079120012019100561**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2019**

Nº de Recurso: **10356/2019**

Nº de Resolución: **500/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 4664/2019,**
STS 3314/2019,
ATS 13084/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 500/2019

Fecha de sentencia: 24/10/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10356/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/10/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3 DE VALENCIA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MGS

Nota:

-

RECURSO CASACION (P) núm.: 10356/2019 P

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 500/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde



D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 24 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto con el número 10356/2019-P, los recursos de casación interpuestos por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma por: **Don Paulino**, representado por la procuradora Doña Margarita Helena Leal Mora, bajo la dirección letrada de Don Joan Bertomeu I Castelló; **Don Ricardo**, representado por la procuradora Doña Elena Galán Padilla, bajo la dirección letrada de Doña Estrella Arjones Varela; **Don Roque**, representado por el procurador Don Carlos Alberto de Grado Viejo y bajo la dirección letrada de Don Álvaro García Quinta y por **Don Sixto**, representado por el procurador Don Carlos Alberto de Grado Viejo y bajo la dirección letrada de Doña Encarnación Arranz Sanjuan, contra la sentencia n.º 205/2019 dictada, el 10 de abril de 2019, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, que les condeno por los delitos; de robo, asesinato y lesiones. Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de LLiria, incoó Sumario con el número 1/2015, por los delitos de robo, asesinato y lesiones contra Don Ricardo, D. Paulino, Don Sixto y Don Roque, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, cuya Sección Tercera dictó, en el Rollo n.º 48/2017, sentencia el 10 de abril de 2019, con los siguientes **hechos probados**:

<<Primero. Se declara probado que sobre las 7,20 horas del día 3/01/15 los acusados Luis María, Ricardo, Roque y Sixto, puestos de común acuerdo y con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito, se dirigieron al bar "El Chiringuito", sito en la carretera de Pedralba a Villamarchante en la localidad de Pedralba, propiedad de Amadeo y de Ramona, el cual está comunicado con el domicilio de los propietarios. Una vez allí, y en ejecución del plan previamente establecido, que incluía el uso de cualquier clase de fuerza física para lograr su propósito, el acusado Ricardo, que había conducido el vehículos que les había transportado a todos ellos a dicho lugar y siendo conocedor de los propósitos de sus acompañantes, los dejó en las cercanías del bar y se marchó, no constando que se quedara allí realizando labores de vigilancia dentro del coche en el que se habían desplazado. Los otros tres acusados entraron en el bar cubriéndose el rostro con un pasamontañas y portando el acusado Luis María un arma de fuego simulada metálica, el acusado Roque una pata de cabra y el acusado Sixto un objeto metálico alargado apto para disparar cartuchos, objetos que llevaban para amedrentar, y en su caso golpear, a los allí presentes, exigiendo la entrega de sus objetos de valor. Para obtener los mismos, uno de los tres acusados entró en la zona destinada a domicilio y, con la intención de menoscabar la integridad física ajena, golpeó con el arma en la cabeza a Ramona, causándole herida inciso contusa interparietal y crisis de hipertensión arterial, cuya curación precisó de sutura de la herida de seis puntos bajo anestesia local, antihipertensivo y ansiolíticos, habiendo invertido en su curación diez días, dos de los cuales fueron impeditivos. Los acusados se apoderaron de dos ordenadores, varios teléfonos móviles, una consola de videojuego, la caja registradora, 500 euros en efectivo y diversas joyas.. Los perjudicados no reclaman por estos hechos.

Segundo. En fecha 21/01/15, los acusados Valle, Ricardo, Roque, Sixto y Paulino se desplazaron desde la localidad de Almazora hasta el domicilio del acusado Luis María, sito en la localidad de Liria. Una vez allí, puestos de común acuerdo y con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito, los acusados Luis María, Ricardo, Roque, Sixto y Paulino, siguiendo indicaciones del primero de ellos, se desplazaron en un turismo, cuya titularidad estaba a nombre de la acusada Valle y que habitualmente conducía Ricardo, conduciéndolo éste también en esta ocasión, y sin que exista segura constancia de que aquella conociese lo que éstos iban a hacer, hasta el domicilio de Indalecio, sito en la calle n.º NUM000 - NUM001 .de la URBANIZACION000 de Liria, al que llegaron sobre la 1'30 horas del día 22/01/15.

Tras llegar a las inmediaciones del citado domicilio, y en ejecución del plan previo que incluía el uso de toda fuerza necesaria para lograr su propósito, así como de aprovecharse de lo avanzado de la noche para acceder con más facilidad al domicilio, el acusado Ricardo, una vez los otros acusados se bajaron del coche, se marchó del lugar sin que conste que se quedase por allí en el interior del coche dando vueltas por las inmediaciones en labores de vigilancia y de facilitar la huida, si bien era conocedor de los planes de sus acompañantes. Los otros cuatro acusados se cubrieron el rostro con pasamontañas y entraron en el domicilio de Indalecio provistos de una pata de cabra, un cuchillo, una pistola simulada metálica y un objeto metálico alargado apto para disparar cartuchos, objetos que llevaban para amedrentar y en su caso golpear al morador del domicilio, llevando el acusado Roque la pata de cabra, el acusado Paulino el cuchillo, el acusado Luis María la pistola simulada



y el acusado Sixto el tubo metálico apto para disparar cartuchos, si bien sorprendieron al señor Indalecio mientras dormía.

Aprovechándose del hecho de que Indalecio estaba dormido y no pudo advertir la presencia de los acusados, así como del hecho de ser cuatro contra uno, los acusados se abalanzaron sobre Indalecio y le golpearon reiteradamente con los objetos que portaban, a la vez que le intentaron atar las manos para evitar cualquier posible defensa por su parte. Como Indalecio se resistía fuertemente, dificultando su inmovilización, pese a los constantes golpes que recibió en la cara y en las piernas por parte de los acusados, uno de ellos le cogió del cuello y lo apretó fuertemente, asfixiándole hasta matarle, sin objeción de los demás que veían lo que estaba sucediendo y continuaban golpeándole indiscriminadamente, hasta que Indalecio quedó inmóvil como consecuencia de haber muerto por ahogamiento.

Los acusados se apoderaron de un televisor, un equipo de música, dos teléfonos móviles, una cadena de oro que éste llevaba, una pequeña cantidad de cocaína y dinero en efectivo, que introdujeron en el vehículo perteneciente al señor Indalecio, que, cogieron del interior de su chalet en donde estaba aparcado, y se lo llevaron consigo. Todos esos efectos, una vez se volvieron a reunir todos en el chalet del acusado Luis María, y tras repartírselos entre los acusados, los trasladaron al vehículo del acusado Ricardo. Tras el reparto, los acusados se desplazaron con el coche del fallecido y con el vehículo de Valle, quien lo condujo llevando en el interior a varios de los acusados y algunos de los objetos sustraídos, hacia la localidad de Almazora, con la intención de deshacerse del vehículo del señor Indalecio y así dificultar el ser localizados. La acusada Valle, a sabiendas de que los acusados habían perpetrado el robo acabado de referenciar y de que la víctima había resultado muerta, decidió ayudar a quienes había cometido este hecho aprestándose a la venta de la cadena de oro del señor Indalecio el mismo día 22/01/15, lo que hizo en Castellón en un establecimiento abierto al público y los 181 euros que percibió los entregó a quienes perpetraron el robo, repartiéndoselo entre ellos. Andrés, hijo del señor Indalecio, reclama por estos hechos.

Tercero. Realizadas las oportunas pesquisas policiales para el esclarecimiento de los hechos, en fecha 12/03/15 se dictó auto de entrada y registro en los domicilios de los acusados. Practicadas las correspondientes diligencias de registro, se hallaron en dichos domicilios diversos efectos procedentes de varios robos, no habiéndose especificado en el escrito de conclusiones, definitivas de qué objetos se trataba, cuál era su procedencia ni si su actual poseedor los había adquirido con conocimiento de su ilícita procedencia. En concreto, tal y como se dice en el escrito de conclusiones provisionales, y además de algunos efectos procedentes del domicilio del señor Indalecio, se hallaron efectos procedentes los siguientes actos sustractivos: robo cometido el 16/12/14 en el domicilio de la CALLE000 NUM002 de Castellón, propiedad de Clemencia y Emilio; robo cometido el 18/02/15 en la alquería de la CARRETERA000 NUM003 de Almazora, propiedad de Porfirio; robo cometido el 18/02/15 en la alquería de la CARRETERA000 NUM003 de Almazora, propiedad de Beatriz; robo cometido el 18/02/15 en la alquería de la CARRETERA000 NUM003 de Almazora, propiedad de Fidela; robo cometido el 18/02/15 en la alquería de la CARRETERA000 NUM003 de Almazora, propiedad de Joaquina; robo cometido el 18/02/15 en la alquería de la CARRETERA000 NUM003 de Almazora, propiedad de Doroteo; robo cometido el 18/02/15 en la alquería de la CARRETERA000 NUM003 de Almazora, propiedad de Marina; robo cometido el 18/02/15 en la alquería de la CARRETERA000 NUM003 de Almazora, propiedad de Palmira; robo cometido el 25/09/14 en el interior del vehículo Opel Vectra D...IK en la avenida Chatellerault de Castellón, propiedad de Iván; robo cometido el 17/01/15 en el domicilio de la parcela NUM004 de la URBANIZACION000 de Liria, propiedad de Lucas; robo cometido entre los meses de enero y marzo de 2015 en los adosados del CAMINO000 de Almazora, Propiedad de Luis Manuel; robo cometido entre los días 11/02/15 al 15/02/15 en el chalé de la CALLE001 NUM000 de Liria, propiedad de Lina; robo cometido entre los días 22/12/14 al 1/01/15 en el domicilio de la CALLE002 nº NUM005 de Liria, propiedad de Modesta.

Cuarto. Asimismo, en el registro del domicilio de los acusados Ricardo y Valle se localizó la cantidad de 1.516'88 gramos de cannabis que ambos acusados poseían para destinarlo al consumo de terceras personas, así como diversos efectos destinados al cultivo de, la citada sustancia. El precio de la sustancia intervenida hubiera alcanzado en el mercado ilícito un valor de 7.000 euros.

Quinto. Ricardo ha sido condenado por sentencias de fechas 14/04/00 y 28/02/01 como autor de sendos delitos de robo con violencia a sendas penas de tres años y seis meses de prisión, respectivamente, cumplidas el 17/09/13. Roque ha sido condenado por sentencia de 2/01/14, firme el 3/04/14, como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de un año de prisión. Luis María carece de antecedentes penales. Paulino ha sido condenado por sentencia firme de fecha 6/03/13 como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de 9 meses de prisión. Sixto tiene antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia Valle carece de antecedentes penales.>>

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



<<FALLO: En atención a todo lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia ha decidido:

Primero. Condenar a los acusados a las penas siguientes:

A) Roque es responsable de dos delitos de robo, de un delito de asesinato y de un delito de lesiones, concurriendo en él la

circunstancia agravante de reincidencia para los delitos de robo, la de disfraz para los cuatro delitos y la de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo para los delitos de robo y de asesinato, así como la circunstancia atenuante de confesión analógica, por lo que procede imponerle las siguientes penas:

a) Por el robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, con reincidencia, disfraz y confesión, la pena de prisión 4 años y 8 meses.

b) Por las lesiones con uso de instrumento peligroso, con disfraz y confesión, la de prisión de 3 años de prisión.

c) Por el robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, con reincidencia, disfraz, tiempo y confesión, la pena de prisión de 4 años y 9 meses.

d) Por el asesinato, con disfraz, tiempo y confesión, la pena de prisión de 19 años.

B) Luis María es autor de dos delitos de robo, de un delito de asesinato y de un delito de lesiones, concurriendo en él la circunstancia agravante de disfraz para los cuatro delitos y la de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo para los delitos de robo y de asesinato, por lo que procede imponerle las siguientes penas:

a) Por el robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, con disfraz, la pena de prisión de 4 años y 8 meses.

b) Por las lesiones con uso de instrumento peligroso, con disfraz, la pena de prisión de 3 años y 6 meses.

c) Por el robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, con disfraz y tiempo, la pena de prisión de 4 años y 9 meses.

d) Por el asesinato con alevosía, disfraz y tiempo, la pena de prisión de 20 años.

C) Sixto es autor de dos delitos de robo, de un delito de asesinato y de un delito de lesiones, concurriendo en él la circunstancia agravante de disfraz para los cuatro delitos y la de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo para los delitos de robo y de asesinato por lo que procede imponerle las siguientes penas:

a) Por el robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, con disfraz, la pena de prisión de 4 años y 8 meses.

b) Por las lesiones con uso de instrumento peligroso, con disfraz, la pena de prisión de 3 años y 6 meses.

c) Por el robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, con disfraz y tiempo, la pena de prisión de 4 años y 9 meses.

d) Por el asesinato con alevosía, disfraz y tiempo, la pena de prisión de 20 años.

D) Paulino es autor de un delito de robo y de un delito de asesinato, concurriendo en él la circunstancia agravante de reincidencia para el delito de robo, y la de disfraz y aprovechamiento de la circunstancia de tiempo para el delito de robo y de asesinato, y también la circunstancia atenuante de reparación del daño y de confesión analógica en ambos delitos, por lo que procede imponerle las siguientes penas:

a) Por el robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, con reincidencia, disfraz y tiempo, así como reparación y confesión analógica, la pena de prisión de 4 años y 6 meses.

b) Por el asesinato con disfraz y tiempo, y con reparación y confesión, la pena de prisión de 18 años.

E) Ricardo es cooperador necesario de dos delitos de robó, concurriendo en ambos la circunstancia agravante de reincidencia y la de disfraz y sólo en un robo la de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo, y también es autor de un delito contra la salud pública, por lo que procede imponerle las siguientes penas:

a) Por el robo con violencia con uso de instrumento peligroso, aunque no cometido en casa habitada, con disfraz, la pena de prisión de 4 años y 6 meses.

b) Por el robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso con reincidencia, disfraz y tiempo, la pena de prisión de 4 años y 10 meses.

c) Por el delito contra la salud pública, la pena de un año de prisión y multa de 7.000 euros, con un arresto sustitutorio en caso de impago de seis meses.



F) Valle es encubridora de un delito de robo, con la atenuante de confesión analógica, por lo que se le impone la pena de prisión de 6 meses.

Las penas de prisión inferiores a diez años llevarán consigo la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, y las penas de prisión superiores a los diez años llevarán consigo la pena accesoria de inhabilitación absoluta.

Segundo. Los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente, con las prevenciones contenidas en el artículo 116 del Código Penal, en la cantidad de 100.000 euros más los intereses legales a favor de Andrés , así como deberán pagar las correspondientes costas causadas, incluidas las de la acusación particular, debiéndose decretar el comiso de la sustancia y efectos intervenidos.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo prevenido en el artículo 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el plazo prevenido en el artículo 856 de dicha Ley.>>

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por los acusados recurrentes, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación procesal de D. Paulino , basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse infringido el artículo 66.1.7º CP, por indebida valoración y compensación de atenuantes y agravantes, que ha conllevado una indebida determinación de la pena, dado que es evidente el fundamento cualificado de atenuación debido a la mayor relevancia de las atenuantes analógica de confesión (21.4 CP en relación con 21.7 CP) y de reparación del daño (21.5 CP), en relación a las agravantes impuestas en la Sentencia combatida en cuanto a los dos delitos por los que ha sido condenado mi defendido.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim, por haberse aplicado de forma indebida el artículo 139.1 CP por haberse condenado a mi representado en aplicación de dicho precepto, dado que del *factum* de la Sentencia solo puede extraerse su absolución respecto del delito de asesinato.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim, por indebida aplicación del 139.1 CP e indebida inaplicación del 451.1º y 2º CP, dado que en base al *factum* de la Sentencia debe deducirse que en caso de haber participación de mi representado en la muerte de Indalecio , únicamente podría ser como encubridor de la misma, debiendo ser condenado por éste tipo penal.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim, por indebida aplicación del Artículo 28 CP e indebida inaplicación de los Artículos 29 y 63 CP en relación todos ellos con el 139.1 CP, debido a que de deducirse del *factum* de la Sentencia algún tipo de participación ésta lo sería en grado de cómplice con la correspondiente reducción penológica.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim, únicamente a efectos dialécticos en tanto que negamos cualquier participación del Sr. Paulino en la muerte del Sr. Indalecio y en concordancia con nuestro informe en la vista oral en que se mostraba adhesión a todas las peticiones que se formularan por el resto de defensas en cuanto pudiesen favorecer a mi representado. Por considerar que los hechos declarados probados infringen un precepto penal de carácter sustantivo que debe ser observado en la aplicación de la ley penal, en concreto consideramos que se han infringido los artículos 139.1 CP sobre delito de asesinato. Al considerar que no concurre el elemento subjetivo del tipo, al no existir una voluntad de matar en la persona de mi representado, y que en ningún caso consta ninguna conducta de mi representado que indicie *animus necandien* mi representado, ni puede deducirse un plan de matar, los hechos deben calificarse como homicidio imprudente (art. 142.1 CP) o por dolo eventual (art.138 CP), por lo que se consideran infringidos también dichos preceptos .

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse infringido el artículo 66.1.7º CP en relación con los artículos 21.4 y 21.7 CP, por no haberse apreciado la atenuante analógica de confesión como muy cualificada. Dado que la inexistencia de sospechas policiales sobre la participación de mi defendido, su poca relación con el resto de acusados, así como la ausencia de pruebas objetivas de su participación, merece una especial consideración en cuanto a la importancia de su confesión. Así como también la persistencia de la misma que se da ante todas las autoridades, tanto en sede policial, como en instrucción como ante el plenario.



Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse infringido el artículo 66.1.7º CP en relación con el Artículo 21.5 CP, debido a que la atenuante de reparación del daño se debería haber aplicado como muy cualificada.

Octavo.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de la circunstancia agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo del artículo 22.2ª CP en relación con el delito de asesinato, en tanto que la ausencia de plan de matar y el desconocimiento de mi representado de la zona impiden la aplicación de dicha agravante en relación a la muerte del Sr. Indalecio , debiendo tenerse en cuenta además que, en ningún caso ni el lugar de los hechos ni la hora de comisión facilitaron la impunidad del asesinato dado que en el *factum* ha quedado acreditado ningún plan de fuga aunque, quizá pudiera aumentar la indefensión de la víctima, por tanto, dicha circunstancia quedaría absorbida por la alevosía requerida en el tipo penal de asesinato, vulnerándose el principio non bis in ídem. Asimismo también consideramos indebidamente apreciada dicha agravante en relación al delito de robo en casa habitada.

Noveno.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación de la eximente completa de drogadicción (20.2 CP) o subsidiariamente eximente incompleta o atenuante muy cualificada (21. 1 Y 2 CP) con los efectos del 66. 2 y/o 68 CP que resultan indebidamente inaplicados. Dado que en la fundamentación jurídica de la Sentencia combatida se da por acreditado un largo historial de adicción a las drogas, y en consecuencia dicho historial en tanto que forma parte del relato de hechos probados de la misma es suficiente para la aplicación de las atenuantes no aplicadas. Reiterada jurisprudencia proclama que resulta suficiente para la aplicación de lo previsto en los artículos 21.1 y . 2 CP en relación con 20.2 CP la acreditación de un largo historial de drogadicción por encontrarnos ante un supuesto delincuencia funcional, cuya prueba es precisamente dicho historial clínico que la Sala da por acreditado en el *factum* de la Sentencia.

Décimo.- Por Infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba practicada, basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador en relación con el art. 20.2 del Código Penal o subsidiariamente con el 21.1 y 21.2 CP por su indebida inaplicación, con la consecuente indebida inaplicación de los artículos 66. 2 y/o 68 CP.-

Décimo Primero.- Por Infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la apreciación de la prueba practicada, basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador el art. 20.2 del Código Penal o subsidiariamente con el 21.1 y 21.2 CP por su indebida inaplicación, con la consecuente indebida inaplicación de los artículos 66. 2 y/o 68 CP que resultan indebidamente inaplicados. En concreto se denuncia error en la apreciación de los informes periciales obrantes en la causa, en concreto los informes periciales de Médicos Forenses y de Eva .

Décimo Segundo.- Por Infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba practicada, basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador en relación con el art. 21.5 CP, dado que la documental obrante en autos se desprende el especial esfuerzo económico realizado por Paulino , así como la completa satisfacción de la responsabilidad en cuanto a Paulino por parte del hijo de la víctima, lo que debe conllevar la aplicación del 66.2 CP.

Décimo Tercero.- Por infracción de ley al amparo de lo previsto en el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba practicada, basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador en cuanto a la condena a mi representado al pago de responsabilidad civil, de las costas procesales y en cuanto a la fijación de la cuantía de la indemnización a cuyo pago ha sido condenado mi representado a pagar a la víctima, por ello han sido indebidamente aplicados los artículos 109 a 122 CP y 123 CP.

Décimo Cuarto.- Al amparo del 851.1º LECrim, por quebrantamiento de forma por existir contradicción entre los hechos declarados probados, en relación a la descripción de las conductas llevadas a cabo por mi representado según el *factum* de la Sentencia. No pudiendo atribuírsele ninguna conducta concreta de atentado contra la vida o integridad física del Sr. Indalecio , de ahí que no se exprese claramente en la sentencia combatida.

Décimo Quinto.- Al amparo del 852 LECrim y del art. 5.4º de la L.O.P.J. por infracción de precepto constitucional y en concreto del derecho a la presunción de inocencia del 24.2CP en relación con el 139.1º CP, por no haber prueba de cargo que lleve concluir que la conducta de mi representado suponga su participación en modo alguno en la agresión a Indalecio ni tampoco su acuerdo con la misma, por ello mi representado debe ser absuelto del delito de asesinato.-



Décimo Sexto.- Al amparo del 852 LECrim y del art. 5.4º de la LOPJ por infracción de precepto constitucional y en concreto del derecho a no sufrir indefensión del 24.1 CE y del 120.3 CE en relación con el 139.1º y 237, 242.1, 2 y 3 CP así como con el 22.2 CP, por no haberse valorado en base a la prueba practicada que la intención inicial de los acusados fue entrar a robar en otra vivienda, plan del que se desistió por haber gente en dicha primera vivienda, tal y como consta de toda la prueba practicada en fase plenaria y de las declaraciones sumariales, a los efectos de determinar la no concurrencia de la agravante de aprovechamiento de las circunstancias del tiempo en relación al delito de robo en casa habitada ni tampoco del de asesinato dado que, en ningún caso, se buscó una situación favorable para provocar la muerte de nadie, ni para actuar violentamente contra nadie, únicamente para robar en una vivienda deshabitada debido a que se tenía constancia de que había drogas en dicha vivienda. No buscándose ni la impunidad ni la indefensión de nadie en cuanto que no había plan de matar.

Décimo Séptimo.- Al amparo del 852 LECrim y del art. 5.4º de la LOPJ por infracción de precepto constitucional y en concreto de los Artículos 24.1 Y 25.1 CE debido a que en base a una motivación ilógica e irracional se ha vulnerado el principio non bis in idem que ha sido vulnerado debido a la apreciación de la agravante de aprovechamiento de las circunstancias (Art. 22.2 CP) en el delito de asesinato con alevosía (139.1º CP), dado que dicha circunstancia agravante genérica queda absorbida por la agravante específica inherente al tipo penal aplicado.

Décimo Octavo.- Al amparo del 852 LECrim y del art. 5.4º de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional y en concreto del derecho a no sufrir indefensión y a la presunción de inocencia del 24.1 y 2 CE en relación con el 120.3 CE por haberse motivado de forma parcial, ilógica, arbitraria e irracional por la sala A Quo la participación del Sr. Paulino en los hechos ocurridos en el domicilio del Sr. Indalecio , en tanto que se razona en el sentido contrario a la prueba practicada, con omisiones arbitrarias de aspectos relevantes de las declaraciones del resto de acusados y del resto de pruebas practicadas en que se dan por acreditado que el Sr. Paulino accedió al domicilio de Indalecio y se abalanzó sobre el mismo agrediéndole igual que el resto de acusados, así como su aceptación de las agresiones del resto de acusados y su apoyo a las mismas, algo que no se deduce de la prueba practicada, así como que Paulino participó en el reparto de los efectos incautados. Todas estas apreciaciones de la Sala A Quo, son contrarias al sentido de la prueba practicada en fase plenaria.

Décimo Noveno.- Al amparo del 852 LECrim del art. 5. 4º LOPJ por infracción de precepto constitucional del derecho a la presunción de inocencia del 24.2 CE y a no sufrir indefensión del 24.1 CE en relación con 120.3 CE por basarse en una motivación parcial, ilógica e irracional de la prueba practicada para la condena de Paulino en base al 139.1º CP en relación con el Art. 28 CP, por ser autor únicamente de un delito de robo en casa habitada con instrumento peligroso (art. 237 y 242.1, 2 y 3 CP) o subsidiariamente, como autor de un delito de robo en casa habitada con instrumento peligroso y de un delito de encubrimiento (451.1 1 y 2 CP).

Vigésimo.- Al amparo del 852 LECrim del art. 5. 4º LOPJ por infracción de precepto constitucional y en concreto del derecho a la presunción de inocencia 24.2 CE y a no sufrir indefensión del 24.1 CE en relación con el 120.3 CE en relación con el Art. 29 CP en relación con el 139.1ºCP, por ausencia de prueba de cargo sobre la participación de mi representado en grado de autor del delito de asesinato existiendo una motivación ilógica e irracional de la sentencia en relación con la participación del Sr. Paulino en los hechos, por deber considerarse al Sr. Paulino cómplice del delito de asesinato.

Vigésimo Primero.- Al amparo del 852 LECrim y del art. 5. 4º LOPJ por infracción de precepto constitucional y en concreto del derecho a no sufrir indefensión del 24.1 CE en relación con el 120.3 CE en relación con el Art. 66.1.7º CP en relación con los arts. 21.4 CP junto 21.7 CP y 21.5 CP, así como también el 22.2 CP por no haberse motivado o en su caso haberse motivado de forma deficiente, ilógica e irracional la existencia de un fundamento cualificado de agravación para imponer las penas en su mitad superior, debiendo apreciarse en base a la entidad de las atenuantes apreciadas un fundamento cualificado de atenuación.

Vigésimo Segundo.- Al amparo del 852 LECrim y del art. 5. 4º LOPJ por infracción de precepto constitucional y en concreto del derecho a no sufrir indefensión del 24.1 CE en relación con el 120.3 CE por no haberse motivado de ningún modo la determinación de la pena impuesta a cada uno de los acusados en relación con la conducta llevada a cabo por cada uno de ellos según la prueba practicada, así como en relación a las atenuantes concurrentes, o en su caso haberse motivado de forma deficiente, ilógica e irracional.

Vigésimo Tercero.- Al amparo del 852 LECrim y del art. 5.4º LOPJ por infracción precepto constitucional y del derecho a no sufrir indefensión del 24.1 CE en relación con el 120.3 CE por haberse motivado ilógica e irracional la no concurrencia de la eximente o atenuante muy cualificada de drogadicción de Paulino de los artículos 20.2 y 21.1 y . 2 CP, a pesar de existir abundante prueba documental médica, pericial y declaraciones en fase plenaria del Sr. Paulino que no ha sido valorada en su integridad por la Sala, a pesar de acreditar un historial adictivo y de trastornos que implican su afección en el momento de los hechos, procediendo la apreciación



de la exigente completa de drogadicción o, en su caso, la exigente incompleta o atenuante muy cualificada de drogadicción.

Vigésimo Cuarto. - Al amparo del 852 LECrim y del art. 5.4º LOPJ por infracción de precepto constitucional y del derecho a no sufrir indefensión del 24.1 CE en relación con el 120.3 CE por haberse motivado de forma ilógica e irracional el grado de concurrencia de la atenuante de reparación del daño del 21.5 CP, debiendo aplicarse dicha atenuante como muy cualificada debido a que el Sr. Paulino ha sido el único que ha pagado parte de la responsabilidad civil, en una cantidad que cubre casi en su totalidad la proporción que le sería exigible, a pesar de la delicada situación familiar de su familia que ha sido acreditada.

Vigésimo Quinto.- Al amparo del 852 LECrim y del art. 5.4º LOPJ por infracción de precepto constitucional y del derecho a no sufrir indefensión del 24.1 CE en relación con el 120.3 CE por no haberse motivado el grado de concurrencia de la atenuante de analógica de confesión del 21.4 CP en relación con el 21.7 CP, debiendo aplicarse dicha atenuante como muy cualificada debido a que de la prueba practicada, así como de la declaración en instrucción del Sr. Paulino, se deduce que su confesión ha sido fundamental para determinar su participación dada la ausencia de pruebas objetivas contra el mismo, así como por ser la única que ha persistido en fase plenaria íntegramente, y a pesar de ello dichas circunstancias no han sido valoradas de forma individualizada en la Sentencia.

Vigésimo Sexto.- Al amparo del 852 LECrim y del art. 5.4º de la L.O.P.J. por infracción de precepto constitucional y en concreto del derecho a no sufrir indefensión del 24.1 CE en relación con el derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa del 24.2 CE en relación con los Artículos 20.2 y 21.2 CP por exigir una prueba diabólica para la acreditación de la circunstancia atenuante o exigente de drogadicción.

Vigésimo Séptimo.- Al amparo del art. 852 LECrim y del art. 5.4º de la L.O.P.J., por infracción de precepto constitucional, en concreto por vulneración del derecho a la igualdad del Artículo 14 CE en relación con el derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa del 24.2 CE en relación con los Artículos 20.2 y 21.2 CP, debido a que existe una evidente contradicción entre la Sentencia aquí combatida en relación a otras Sentencias de la misma Sala A Quo respecto a la prueba exigida para la acreditación de la atenuante de drogadicción, en concreto en relación a las Sentencias 360/2016 de 7 de Junio y Sentencia 234/14 de 10/04.

Vigésimo Octavo.- Al amparo de lo previsto en el art. 852 de la LECrim y del artículo 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional y del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE y a que no se produzca indefensión del artículo 24.1 de la Constitución española, al no estar unida a autos la prueba documental que se anunció en el escrito de defensa (19/09/2017 Fs. 180 a 186, T1 Rollo de Sala), que se presentó en fecha a 26/09/2017 a requerimiento de la Sala (F. 262 T.1 Rollo de Sala) y que fue admitida expresamente por la misma en fase de conclusiones provisionales en fecha de 21/09/2017 mediante auto de admisión de pruebas (Fs. 189 y 190 T1 Rollo de Sala) y que se tuvo por debidamente presentada por DIOR de 28/09/2017 (Fs 263 T1 Rollo de Sala).

QUINTO.- La representación procesal de D. Ricardo, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por Infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 28 apartado b) del Código Penal.

Segundo.- Por Infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 22.2 del Código Penal.

Tercero.- Por Infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la indebida no aplicación de la atenuante de la responsabilidad criminal del art. 21.2 del Código Penal.

Cuarto.- Por Infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la indebida inaplicación de la atenuante de confesión del artículo 21.7 del Código Penal (atenuante de Confesión tardía).

Quinto.- Por infracción de Precepto Constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho a tutela judicial efectiva garantizada en el artículo 24.1 de la Constitución, en su vertiente de tener una resolución motivada y fundada en derecho, implícito en todos los motivos anteriores.

SEXTO.- La representación procesal de D. Roque, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 847.1. b) de la LECrim, por la infracción de precepto legal prevista en el número 1º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, al haberse aplicado indebidamente el artículo 20 y 139 del Código Penal.

Segundo. - Por Infracción de Precepto Constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art 852 Lecrim y al amparo del art 5.4 LOPJ, ya que la resolución recurrida incurre en una patente falta de motivación, se ha



producido una violación del art 24.1 C.E derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de tener una resolución judicial motivada y fundada en derecho.

SÉPTIMO.- La representación procesal de D. Sixto , basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Breve extracto de su contenido.- Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia - artículo 24.2 CE- en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva -deber de motivar suficiente y adecuadamente las sentencias de manera que se haga patente el *iter* discursivo que conduce desde los medios de prueba hasta los hechos que en la propia sentencia se declaras probados-, establecido en el artículo 24.1 CE en relación con el artículo 120 CE..

Precepto que autoriza el motivo.- El artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo.- Breve extracto de su contenido.- Infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 139 1ª e inaplicación del artículo 148 1º, ambos del Código penal, toda vez que mi representado ni produjo la muerte ni debe comunicarse al mismo el exceso en el que incurrió otro de los acusados.

Precepto que autoriza el motivo.- El artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tercero.- Breve extracto de su contenido.- Infracción de ley por inaplicación del artículo 77.2 del Código penal, vigente al tiempo de ocurrir los hechos, conforme al cual cuando un delito (asesinato) constituya el medio para cometer otro (robo) se aplicará en su mitad superior (de diecisiete años, seis meses y un día a veinte años) la pena prevista para la infracción más grave (asesinato).

Precepto que autoriza el motivo.- El artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuarto.- Breve extracto de su contenido.- Infracción de ley por aplicación indebida del artículo del artículo 22 2ª (aprovechando las circunstancias de tiempo -nocturnidad-), toda vez que esta agravante no es de aplicación cuando los hechos ocurren en casa habitada y/o en local abierto al público y, máxime, cuando ya ha sido de aplicación la agravante de disfraz.

Precepto que autoriza el motivo.- El artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Quinto.- Breve extracto de su contenido.- Infracción de ley, por inaplicación del artículo 21 7ª del Código penal, en relación con los artículos 21 1ª y 20 1ª del mismo Código -atenuante analógica con la de enfermedad mental-.

Precepto que autoriza el motivo.- El artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sexto.- Breve extracto de su contenido.- Infracción de ley, por inaplicación del artículo 21 2ª del Código penal -la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo 20-.

Precepto que autoriza el motivo.- El artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Séptimo.- Breve extracto de su contenido.- Infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 148 1º del Código penal, toda vez que mi representado ni produjo las lesiones ni debe comunicarse al mismo el exceso en el que incurrió otro de los acusados.

Precepto que autoriza el motivo.- El artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Octavo.- Breve extracto de su contenido.- Infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 148 1º del Código penal e inaplicación del artículo 147 del mismo Código. Este motivo se articula con carácter alternativo o subsidiario del anterior, es decir, para el caso de que el anterior no fuera estimado.

Precepto que autoriza el motivo.- El artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

OCTAVO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal, solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; las representaciones procesales de los recurrentes, en sus respectivos escritos, se adhieren al resto de los recursos formalizados en todo lo que les pudieran beneficiar; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

NOVENO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 10 de octubre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recurrentes, Don Paulino , Don Ricardo , Don Roque y Don Sixto han sido condenados en sentencia núm. 205/2019, de 10 de abril, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de



Valencia, en el Rollo de Sala 48/2017, dimanante de la causa Sumario núm. 1/2015, instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Liria como responsables de los siguientes delitos:

Don Paulino como autor de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso y un delito de asesinato, concurriendo las circunstancias agravantes de reincidencia en el delito de robo, y la de disfraz y aprovechamiento de la circunstancia de tiempo en ambos delitos, así como las circunstancias atenuantes de reparación del daño y de confesión analógica en ambos delitos, a las penas de 4 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, por el delito de robo; y 18 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta, por el delito de asesinato.

Don Ricardo como cooperador necesario de un delito de robo con violencia con uso de instrumento peligroso, concurriendo la circunstancia agravante de disfraz, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, concurriendo las circunstancias agravantes de reincidencia, disfraz y aprovechamiento de la circunstancia de tiempo a la pena de 4 años y 10 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; y como autor de un delito contra la salud pública, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y multa de 7.000 Euros, con arresto sustitutorio en caso de impago de seis meses.

Don Roque como autor de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, concurriendo las circunstancias agravantes de reincidencia y disfraz y atenuante de confesión, a la pena de prisión 4 años y 8 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; como autor de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso, concurriendo la circunstancia agravante de disfraz y atenuante de confesión a la pena de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; como autor de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, concurriendo las circunstancias agravantes de reincidencia, disfraz y aprovechamiento de la circunstancia de tiempo y la atenuante de confesión, a la pena de 4 años y 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; y como autor de un delito de asesinato, concurriendo las circunstancias agravantes de disfraz y aprovechamiento de la circunstancia de tiempo y la atenuante de confesión, a la pena de 19 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta.

Don Sixto como autor de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, concurriendo la circunstancia agravante de disfraz, a la pena de prisión 4 años y 8 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; como autor de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso, concurriendo la circunstancia agravante de disfraz, a la pena de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; como autor de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, concurriendo las circunstancias agravantes de disfraz y aprovechamiento de la circunstancia de tiempo, a la pena de 4 años y 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; y como autor de un delito de asesinato, concurriendo las circunstancias agravantes de alevosía, disfraz y aprovechamiento de la circunstancia de tiempo, a la pena de 20 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta.

También fueron condenados a indemnizar conjunta y solidariamente, con las prevenciones contenidas en el artículo 116 del Código Penal, en la cantidad de 100.000 euros más los intereses legales a Don Andrés, y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Igualmente se decretó el comiso de la sustancia estupefaciente y efectos intervenidos.

Recurso formulado por Don Paulino

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso formulado por Don Paulino se deduce al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 66.1.7º del Código Penal, por indebida valoración y compensación de atenuantes y agravantes, que ha conllevado una indebida determinación de la pena, dado el fundamento cualificado de atenuación debido a la mayor relevancia de las atenuantes analógica de confesión y de reparación del daño en relación a las agravantes apreciadas. Objeta que la Audiencia ha optado por aplicar la pena en la mitad superior, a pesar de apreciar la concurrencia de dos atenuantes, y ninguna justificación se da a la existencia un fundamento cualificado de agravación.



En el mismo sentido, a través de los motivos vigesimoprimer y vigesimosegundo, que deduce al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del art. 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional, y en concreto del derecho a no sufrir indefensión del artículo 24.1 en relación con el artículo 120.3 de la Constitución Española y con los artículos 66.1.7º, 21.4, 5 y 7 y 22.2 del Código Penal, por no haberse motivado o en su caso haberse motivado de forma deficiente, ilógica e irracional la existencia de un fundamento cualificado de agravación para imponer las penas en su mitad superior, debiendo apreciarse, en base a la entidad de las atenuantes de reparación y confesión concurrentes, un fundamento cualificado de atenuación para rebajar en un grado la pena impuesta en ambos delitos, por razones de reinserción social, prevención general y Justicia material. Denuncia que se le ha dado igual tratamiento que al resto de acusados en los que no concurren esas atenuantes, pues si bien el beneficio penológico es de dos años menos de prisión, le afecta el límite máximo de cumplimiento de 20 años, que es igual para todos. Aduce que él no agredió al Sr. Indalecio y que mostró su oposición a la violencia que estaban ejerciendo algunos de los acusados, que su confesión ha sido fundamental para el esclarecimiento de los hechos en relación a su participación y el gran sacrificio realizado por él y su familia para dar satisfacción al hijo de la víctima, al que ha hecho entrega de 12.000 euros.

1. En orden a la motivación de la pena, esta Sala ha recordado con reiteración (sentencia núm. 241/2017, de 5 de abril) la "conveniencia de una motivación sobre el particular, explicitando las razones que hayan presidido la solución aceptada" (sentencias de 5 de diciembre de 1991 y 26 de abril de 1995, entre otras), porque, como dice la Sentencia de esta Sala, de 21 de junio de 1999, la facultad de individualizar la pena dentro del marco legalmente determinado esta jurídicamente vinculada por los criterios de gravedad del hecho y personalidad del delincuente y afectan en supuestos como el presente a un derecho fundamental de contenido sustancial, el derecho a la libertad personal del recurrente que constituye, además, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Es necesaria una motivación especial de la pena, en los supuestos siguientes: a) cuando la pena se exaspera al máximo sin razón aparente (sentencias 4 de febrero de 1992, 26 de abril de 1995 y 4 de noviembre de 1996); b) cuando se hace uso de la facultad atribuida por la ley para aplicar una pena de grado superior a la inicialmente predeterminada (párrafo segundo del artículo 74 del Código Penal 1995, por ejemplo); c) cuando uno de los autores de los mismos hechos en quien no concurren específicas circunstancias de agravación es sancionado con una pena notoriamente superior a la de los demás sin motivo aparente; d) cuando por unos mismos hechos se impone a varios coautores una pena idéntica, siendo así que en uno de ellos concurre una circunstancia modificativa de la responsabilidad que no resulta aplicable a los demás, existiendo margen legal para valorar el efecto atenuatorio o agravatorio de la circunstancia (sentencia núm. 1182/1997 de 3 de octubre); e) cuando la norma legal permite reducir la penalidad bien en uno bien en dos grados (tentativa, atenuantes plurales o muy cualificadas y eximentes incompletas), en cuyo caso dicha opción debe ser motivada con referencia a los criterios legales (sentencias de 27 de julio de 1998 y 3 de junio de 1999) siempre recordando que la exigencia de motivación no constituye un requisito formal sino un imperativo de la racionalidad de la decisión, por lo que no es necesario explicar lo obvio. (F.J.3º).

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que la motivación de la individualización punitiva puede deducirse del conjunto de la resolución, no siendo necesaria la vinculación formal a un apartado específico de la resolución. Lo relevante es que en la sentencia consten las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho que justifica la imposición de la pena en la extensión adecuada (SS. 1590/2003, de 22 de abril de 2004, y 898/2006, de 18 de septiembre).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 de la Constitución Española ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado.

2. En el supuesto sometido a consideración, Don Paulino ha sido condenado como autor de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso y como autor de un delito de asesinato, concurriendo las circunstancias agravantes de reincidencia en el delito de robo, y la de disfraz y aprovechamiento de la circunstancia de tiempo en ambos delitos, así como las circunstancias atenuantes de reparación del daño y de confesión analógica en ambos delitos, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión; y como autor de un delito de asesinato a la pena de 18 años de prisión.

La pena que corresponde al delito contemplado en el artículo 139.1ª del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos es de 15 a 20 años de prisión. Y la pena que corresponde al delito de robo, conforme a los artículos 242,1, 2 y 3 del Código Penal, es de 4 años y 3 meses a 5 años. Al concurrir dos circunstancias agravantes en el delito de asesinato, tres en el delito de robo y dos circunstancias atenuantes



en ambos delitos, todas ellas anteriormente relacionadas, el Tribunal ha aplicado la regla contenida en el artículo 66.1.7ª del Código Penal, en virtud del cual, "cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior". La mitad inferior de la pena de prisión por el delito de asesinato oscila entre 15 años y 17 años y 6 meses, y la mitad superior entre 17 años, 6 meses y 1 día y 20 años. Por su parte, la mitad inferior de la pena de prisión por el delito de robo se encuentra entre 4 años y 3 meses y 4 años, 7 meses y 15 días, y la mitad superior entre 4 años, 7 meses y 16 días y 5 años. En el caso del delito de robo, el Tribunal ha aplicado las penas en su mitad inferior, sin apreciar especial fundamento cualificado de atenuación o agravación. Sin embargo ha impuesto en su mitad superior la pena señalada para el delito de asesinato. En el fundamento de derecho sexto de la sentencia impugnada, refiere el Tribunal que fueron cuatro las personas que entraron en la vivienda de la víctima, durante la noche, cubriendo sus rostros con pasamontañas y armados con diversos instrumentos, todo ello en ejecución del plan previo que incluía el uso de toda fuerza necesaria para lograr su propósito, así como de aprovecharse de lo avanzado de la noche para acceder con más facilidad al domicilio, debilitando con ello la defensa del ofendido y facilitando la impunidad de los acusados. Y más adelante destaca el Tribunal que los acusados aprovecharon que se trataba de una hora intempestiva, la una y media de la madrugada, en una zona en la que, si bien había algunos chalets en las cercanías, eran más bien pocos, había además poca iluminación y el chalet de la víctima estaba en una calle sin salida, donde había muy poca circulación de vehículos. Por ello, mientras cometieron los mencionados delitos de robo y asesinato resultaba facilitada la impunidad de los acusados, pues era muy difícil que la víctima pudiese recibir cualquier tipo de ayuda. Se trata de circunstancias, todas ellas, que han servido de base para apreciar los subtipos agravados de casa habitada e instrumento peligroso respecto del delito de robo, y las circunstancias agravantes de alevosía, disfraz y tiempo. Junto a ello el Tribunal ha puesto de manifiesto la actitud mostrada por el Sr. Paulino, quien se limitó a lo sumo a decir a los demás que parasen, sin acometer ninguna acción encaminada a que cesasen en su acción, aceptando así la eventualidad de cualquier resultado, incluida la muerte de la víctima. Posteriormente el Sr. Paulino salió junto a los demás de la vivienda y procedió a repartirse con ellos los objetos sustraídos. Igualmente se habló de la posibilidad de que la víctima hubiera fallecido, recogiendo el Tribunal en este punto la manifestación realizada por el propio Sr. Paulino en el sentido de que hicieron comentarios acerca de que podría estar muerto. Ningún rechazo mostró el acusado con relación a esas conductas y tampoco efectuó declaración ni exteriorizó acto alguno de contrición demostrativo del menor desvalor de su acción hasta ser detenido dos meses después tras ser identificado por la Guardia Civil como resultado de las "complejas diligencias" de investigación llevadas a cabo.

En relación a las circunstancias que pudieran llevar a considerar un menor desvalor de la conducta del Sr. Paulino, la Audiencia Provincial ha apreciado la reparación solo parcial del daño y, aun cuando aprecia la concurrencia de una circunstancia análoga de confesión, destaca que ésta fue postrera ya que se produjo durante la instrucción. También expresa que, si bien tal confesión contribuyó a corroborar el resultado final de la compleja investigación policial, ello no obstante se realizó de forma interesada al ofrecer el acusado una versión de los hechos favorable a sus intereses. Por ello su confesión tampoco merece una cualificación especial, al efectuarse después de ser identificado y detenido, tras haber sido desvelada su participación en los hechos por otros investigados.

Es evidente pues que el Tribunal sentenciador no ha considerado especiales circunstancias que aconsejen o expliquen que deba apreciarse un fundamento cualificado de agravación, pero tampoco refleja situaciones o condiciones que aconsejen la rebaja en un grado de la pena por concurrir un fundamento cualificado de atenuación.

Ello no obstante, el Tribunal no explica el diferente criterio seguido para la imposición de las penas por el delito de robo y asesinato. Como hemos visto, por el delito de robo, en el que concurrían tres agravantes y dos atenuantes ha optado por imponer la pena en su mitad inferior, respetando con ello las reglas de determinación de la pena, en concreto lo dispuesto en la regla 7ª del artículo 66.1 del Código Penal. Sin embargo, por el delito de asesinato, en el que concurrían dos agravantes y dos atenuantes, ha impuesto la pena en su mitad superior, sin expresar los motivos que le han llevado a ello y sin apreciar un fundamento cualificado de agravación. Es cierto que podía haber recorrido la pena en toda su extensión, incluso podía haberla impuesto en el máximo legal de 20 años, pero ello exige la imprescindible motivación reforzada que en el caso de autos el Tribunal no ha realizado.

En consecuencia, en ausencia total de datos que justifiquen la exasperación punitiva, procede, con estimación parcial del presente motivo, imponer a Don Paulino la pena señalada al delito de asesinato por el que es condenado en su mitad inferior y en extensión de 17 años de prisión.



TERCERO.- El segundo motivo del recurso formulado por Don Paulino se deduce por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse aplicado de forma indebida el artículo 139.1 del Código Penal.

Considera el recurrente que, aun cuando la sentencia contiene contradicciones en los hechos probados y fundamentación jurídica en torno a si Don Paulino participó o no en la agresión perpetrada contra Don Indalecio y por tanto sobre si fue atacado por tres o cuatro personas, lo que sí puede afirmarse a su juicio es que existió una respuesta defensiva fuerte y violenta de la víctima que consiguió zafarse de los agresores e incluso morder a uno de ellos. Por ello estima que esta defensa efectiva realizada por la víctima, conlleva que no se haya podido acreditar el elemento definitivo del artículo 139.1º del Código Penal, la alevosía, y que, por tanto, dicho precepto penal devendría inaplicable. Añade que los efectos portados por los acusados son más propios de ser utilizados en robos con efectos disuasorios o intimidatorios que con fines predatorios, lo que se corrobora con el hecho de que ninguno de los acusados utilizó los efectos que portaba para dar muerte a la víctima ya que ésta falleció por ahogamiento manual, sin que existiese cualquier plan preconcebido o concierto previo para dar muerte a la víctima o un plan para buscar su indefensión y garantizar la integridad física de los acusados.

Reprocha también el recurrente que la sentencia impugnada no es clara en relación a su participación en los hechos que finalizaron con el fallecimiento de Don Indalecio. Expresa que la sentencia se refiere en los hechos probados y en determinados párrafos de la fundamentación jurídica a la participación conjunta de los cuatro acusados en el ataque que ocasionó el fallecimiento del Sr. Indalecio. Sin embargo, excluye su participación en la agresión en el párrafo último del fundamento de derecho primero y de forma tácita en el fundamento de derecho segundo, al acabar reconociendo que fueron tres los acusados que trataron de inmovilizar a la víctima. De esta forma, concluye que el Tribunal no ha sido capaz de atribuir al Sr. Paulino ningún acto de violencia contra la víctima, ni por tanto participación alguna en el fallecimiento del Sr. Indalecio.

A partir de lo expuesto, el Sr. Paulino entiende que únicamente podría ser condenado por un delito de robo en casa habitada con instrumento peligroso o por este delito y un delito de encubrimiento. En su defecto, por un delito de robo en casa habitada con instrumento peligroso y por un delito de lesiones, o por un delito de homicidio con agravante de superioridad junto con un delito de robo en casa habitada con instrumento peligroso.

En consonancia con ello, en el motivo quinto de su recurso, deducido también al amparo del artículo 849.1 del Código Penal, defiende el recurrente que los hechos deben calificarse como homicidio imprudente del artículo 142.1 del Código Penal o por dolo eventual (artículo 138 del Código Penal). Reitera en este apartado el Sr. Paulino que en ningún momento agredió a Don Indalecio, que permaneció en la parte de arriba de la vivienda durante la mayor parte de la acción predatoria y que trató de impedir la muerte de la víctima diciendo a los demás que pararan en su agresión. Considera por ello que existió un acuerdo respecto del robo en la casa de Don Indalecio, pero no respecto al hecho de dar muerte al mismo.

En los motivos tercero y cuarto del recurso, que se deducen también por infracción de Ley conforme al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considera el recurrente indebidamente aplicados los arts. 139.1 y 451.1º y 2º, así como los artículos 28, 29 y 63, todos del Código Penal, al deber haber sido condenado el Sr. Paulino como autor de un delito de encubrimiento o, subsidiariamente, como cómplice de un delito de asesinato.

1. El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En análogos términos se pronuncia la sentencia de esta Sala 842/2014, de 10 de diciembre, que, con referencia a otras sentencias (SSTS 8/3/2006, 20/7/2005, 25/2/2003, 22/10/2002; ATC 8-11-2007), señala que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los



hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884. 3 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. Teniendo en cuenta la anterior doctrina, debemos atenernos al relato fáctico de la sentencia impugnada, en la que, a los efectos que ahora nos interesan, se describe que ..."Tras llegar a las inmediaciones del citado domicilio, y en ejecución del plan previo que incluía el uso de toda fuerza necesaria para lograr su propósito, Los otros cuatro acusados se cubrieron el rostro con pasamontañas y entraron en el domicilio de Indalecio provistos de una pata de cabra, un cuchillo, una pistola simulada metálica y un objeto metálico alargado apto para disparar cartuchos, objetos que llevaban para amedrentar y en su caso golpear al morador del domicilio, llevando el acusado Roque la pata de cabra, el acusado Paulino el cuchillo, el acusado Luis María la pistola simulada y el acusado Sixto el tubo metálico apto para disparar cartuchos, si bien sorprendieron al señor Indalecio mientras dormía.

Aprovechándose del hecho de que Indalecio estaba dormido y no pudo advertir la presencia de los acusados, así como del hecho de ser cuatro contra uno, los acusados se abalanzaron sobre Indalecio y le golpearon reiteradamente con los objetos que portaban, a la vez que le intentaron atar las manos para evitar cualquier posible defensa por su parte. Como Indalecio se resistía fuertemente, dificultando su inmovilización, pese a los constantes golpes que recibió en la cara y en las piernas por parte de los acusados, uno de ellos le cogió del cuello y lo apretó fuertemente, asfixiándole hasta matarle, sin objeción de los demás que veían lo que estaba sucediendo y continuaban golpeándole indiscriminadamente, hasta que Indalecio quedó inmóvil como consecuencia de haber muerto por ahogamiento."

Se trata de analizar si el relato fáctico que contiene la sentencia de instancia, relativo a la concurrencia de la agravante comentada, incorpora todos los elementos fácticos para su apreciación.

Conforme se expresaba en la sentencia núm. 496/2018, de 23 de octubre, la doctrina de esta Sala viene señalando (sentencia 161/2017, de 13 de marzo) que "la alevosía resulta de la falta de defensa de la víctima; es decir, el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes.

Hemos dicho en nuestra sentencia 39/2017, de 31 de enero, que la agravante de alevosía concurre cuando el autor comete el delito contra las personas (elemento normativo aquí no discutido) empleando tanto medios como modos o formas caracterizados porque tienden (lo que exige el componente subjetivo de conciencia de esa funcionalidad) directa o especialmente a asegurarla (nota objetiva compartida con otras circunstancias como la de abuso de superioridad) sin el riesgo para la persona del autor, pero de un riesgo que se estime procedería de la acción defensiva de la víctima.

Esta última nota -conjurar el riesgo generable por la víctima- es la más específica de la alevosía. Ciertamente tal conjura, entendida como acción de impedir o evitar con previsión una situación que puede resultar peligrosa (según diccionario RAE), puede procurarse bajo diversas modalidades de comisión. Así cuando la víctima está inerme o indefensa por sus propias condiciones personales o por la situación en que se encuentra. O cuando, por la confianza depositada en el autor, no se previene frente a eventuales ataques del autor del delito. O bien porque éste lleva a cabo sus actos cuidando, mediante la rapidez o el ocultamiento de su intención, de que la víctima no disponga de tiempo para precaverse mediante cualquier modalidad defensiva que implique precisamente eventuales daños para la persona del autor."

El artículo 22.1 del Código Penal dispone que concurre "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido". A partir de esa definición legal, la jurisprudencia de esta Sala (sentencia 16/2018, de 16 de enero), "ha exigido para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades. ..."

Respecto a la reacción de la víctima, continúa la misma sentencia señalando, con remisión expresa a STS 51/2016 de 3 de febrero, que "la eliminación de toda posibilidad de defensa que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del



propio instinto de conservación pero sin capacidad verdadera de surtir efecto contra el agresor y la acción homicida (en este sentido STS 626/2015 de 18 de octubre y las que ella cita)."

En el supuesto examinado, según se describe en la sentencia, los acusados Don Roque , Don Paulino , Don Luis María y Don Sixto penetraron en el domicilio de Don Indalecio por una ventana tras saltar el muro que rodeaba la vivienda. Los cuatro iban armados, portando respectivamente una pata de cabra, un cuchillo, una pistola simulada y un tubo metálico apto para disparar cartuchos. Tales objetos eran aptos para causar no solo lesiones sino la muerte de una persona, máxime si eran utilizados simultáneamente. En el interior de la vivienda hallaron al Sr. Indalecio tumbado y dormido ante el televisor, y por ello totalmente desprevenido y desarmado, iniciando al menos tres de los citados acusados en esa situación un ataque contra él en el transcurso del cual la víctima fue atada de pies y manos y brutalmente agredida utilizando al efecto los acusados los objetos que portaban. Muestra de ello son las múltiples contusiones que la víctima sufrió en cabeza, tronco y extremidades. Finalmente Luis María le cogió por el cuello y lo apretó fuertemente, asfixiándole hasta matarle. De esta forma, concluye el Tribunal, la víctima no pudo oponer defensa eficaz alguna contra sus atacantes.

Efectivamente, según este relato, los acusados se valieron de su superioridad, al actuar conjuntamente, apoyando de esta manera cada uno de ellos las acciones de los demás, y al ir armados con objetos que por sus características han de reputarse peligrosos. Se trataba de objetos metálicos que habían cogido ex profeso para la ocasión, todos ellos contundentes, uno de ellos cortante y otro capaz de disparar cartuchos. Además, el Sr. Indalecio se encontraba tranquilo, confiado en la seguridad que le proporcionaba su morada, y totalmente desprevenido. Todo ello, unido al ataque conjunto y sorpresivo que se llevó a cabo sobre la víctima, provocó que el Sr. Indalecio no pudiera oponer una defensa eficaz de su persona. Y desde luego, no podían ser los acusados ajenos a que con ese modus operandi anulaban cualquier posibilidad de defensa efectiva por parte de la víctima, además de eliminar todo riesgo para ellos. De hecho, así fue, pues únicamente refieren como resultado lesivo sufrido por ellos a consecuencia de la acción directa del Sr. Indalecio el mordisco sufrido en la mano por Luis María .

Por lo demás, el hecho de que la víctima pudiera llegar a resistirse inicialmente, llegando incluso a morder la mano de uno de sus atacantes, no elimina la concurrencia de la alevosía, teniendo en cuenta el número de golpes que recibió y la zona donde estos fueron proyectados, la imposibilidad de huida de la víctima, como lo atestiguan que le diesen muerte en el mismo lugar en que dormía cuando los acusados irrumpieron en la vivienda, y el hecho de que éstos le llegaran a atar de pies y manos.

Por ello, puede concluirse que no existió una defensa mínimamente efectiva que permita eliminar la concurrencia de la agravante de alevosía que cualifica el asesinato, en favor de la agravante genérica de abuso de superioridad, reservada para aquellos supuestos en que las posibilidades de defensa de la víctima no lleguen a quedar eliminadas, sino notablemente disminuidas tal y como señala la sentencia núm. 16/2018, de 16 de enero, con referencia expresa a las sentencias núm. 888/2013, de 27 de noviembre; núm. 225/2014, de 5 de marzo y núm. 626/2015, de 18 de octubre.

La confianza de la víctima en la normalidad y tranquilidad de su hogar, la traición por una sorpresiva e inopinada intromisión violenta en su domicilio, la indefensión del agredido, la superioridad en número de los atacantes, la naturaleza de los instrumentos que éstos portaban y la ausencia de riesgo para los agresores, son elementos que en su conjunto satisfacen las exigencias objetivas y subjetivas de la alevosía ex artículo 139.1ª del Código Penal.

3. Si nos atenemos al relato efectuado en los hechos probados de la sentencia, fueron todos los acusados los que se abalanzaron sobre el Sr. Indalecio . Ahora bien, el Tribunal de instancia expresa determinada duda en relación a si el Sr. Paulino participó activamente en la agresión de que fue objeto el Sr. Indalecio , o por el contrario se dedicó a inspeccionar el piso superior de la vivienda en tanto los otros tres acusados le agredían. Por ello, para determinar cuál ha de ser la calificación jurídica de los hechos que se le imputan, delito de asesinato u homicidio imprudente o doloso en base a dolo eventual, deberá partirse de esta segunda posibilidad, como así ha hecho el Tribunal de instancia señalando que en todo caso, "... no debe perderse de vista que este acusado decidió no participar en esos actos agresivos porque vio que los otros tres estaban encargándose de ese menester y entonces él decidió ir a la planta superior para buscar cosas que sustraer. Es claro que se produjo así un reparto de papeles, y que luego cuando Paulino bajó y vio que las agresiones continuaban, pudo decir retóricamente que parasen, cosa que obviamente no consiguió, pero nada más hizo al respecto, lo que significa que aceptó la eventualidad de cualquier resultado, incluida la muerte de la víctima, debiéndose añadir que salieron todos juntos del lugar y se fueron juntos a sus respectivos destinos repartiéndose los objetos sustraídos, lo que permite dudar de esos alegatos interesadamente defensivos de este acusado."



4. Sobre el dolo homicida y sus distintas modalidades, la sentencia de este Tribunal de fecha 30 de enero de 2010, con cita de las sentencias núm. 210/2007, de 15 de marzo, 172/2008, de 30 de abril, y 716/2009, de 2 de julio, sintetiza la doctrina de esta Sala en los siguientes términos:

"El elemento subjetivo del delito de homicidio no solo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS. 8.3.2004)".

"Como se argumenta en la STS. de 16.6.2004 el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado".

"Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto, "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado" (STS de 1 de diciembre de 2004, entre otras muchas). Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3 de julio de 2006, bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia tanto el dolo directo como el eventual".

"Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sabe el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual continúa su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción. En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca".

Por consiguiente, tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados, esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico") ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

Sin embargo, ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta.

Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de asentimiento, asunción, conformidad y aceptación, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección



alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo.

Por lo demás, también parece claro que el conocimiento siempre precede a la voluntad de realizar la conducta que se ha previsto o proyectado. Si a ello se le suma que probatoriamente la acreditación del elemento intelectual, una vez que el riesgo es notablemente elevado para que se produzca el resultado, deriva en la acreditación inferencial de la voluntad, es comprensible la postergación de ésta en la práctica del proceso. Y es que tras constatarse que el autor actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, no parece fácil admitir probatoriamente que el acusado no asume el resultado lesivo. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado. Sólo en circunstancias extraordinarias podrían aportarse datos individualizados que permitieran escindir probatoriamente ambos elementos. Las alegaciones que en la práctica se hacen en el sentido de que se confiaba en que no se llegara a producir un resultado lesivo precisan de la acreditación de circunstancias excepcionales que justifiquen esa confianza, pues ésta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado. En principio, el sujeto que ex ante conoce que su conducta puede generar un grave riesgo para el bien jurídico está obligado a no ejecutarla y a no someter por tanto los bienes jurídicos ajenos a niveles de riesgo que, en el caso concreto, se muestran como no controlables.

La obliteración procesal del elemento de la voluntad ha acabado afectando, sin duda, a la construcción del dolo en su dimensión teórico-dogmática. El hecho de haber quedado ese elemento diluido o desdibujado debido a su posición subordinada y a su carencia de autonomía en el marco del proceso, ha determinado en gran medida su absorción por el conocimiento del peligro concreto de la acción.

De otra parte, la jurisprudencia de esta Sala viene considerando como criterios de inferencia para colegir el ánimo de matar los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (SSTS. 57/2004 de 22-1; 10/2005, de 10-1; 140/2005, de 3-2; 106/2005, de 4-2; y 755/2008, de 26-11)."

Conforme señalábamos en la Auto núm. 1939/2007, de 8 de noviembre, "la construcción de la muerte como un delito culposo sólo es posible considerando previamente cuál fue el dolo directo del autor y hasta qué punto asumió el resultado de su acción (STS núm. 696/1.997). Como ya dijera la sentencia de esta Sala núm. 16/1997, de 21 de enero, la preterintencionalidad heterogénea ha de encontrar su correspondencia técnica y su sanción punitiva en las reglas generales del concurso de delitos, viniendo atribuido el segundo de ellos a título de culpa. El "ultra propositum" o "plus in effectum", al diferir notablemente el resultado de la intención animadora, lleva a la ruptura del título de imputación, reputándose al reo autor de una infracción dolosa en cuanto a lo que quiso ejecutar y ejecutó, y como agente de otra culposa en cuanto a la que no quiso ejecutar y, sin embargo, produjo. En general, se destaca que en el delito preterintencional se da cita una especie de "mixtura de dolo y culpa", es decir, nos hallamos ante un hecho-base de contornos intencionales, entrevisto y aceptado en su fundamental "substratum", y otro hecho- consecuencia que, escapando a las previsiones del agente, aunque ciertamente previsible (culpa inconsciente) o previsto pero no aceptado (culpa consciente), acaba por imponerse, sin que se eche de menos, naturalmente, el preciso nexo causal."

5. En el caso de autos, el Tribunal valoró las pruebas practicadas a su presencia, como testificales, periciales y documental, y la propia declaración de los acusados, a través de las cuales extrae una serie de hechos y circunstancias que le llevan a la consideración de que los cuatro acusados que penetraron en la vivienda del Sr. Indalecio deben responder en concepto de autores de un delito de asesinato.

Aun cuando el ánimo que guiara la acción de los acusados estuviera dirigido finalísimamente a la obtención de un beneficio patrimonial (ánimo de enriquecimiento), conforme se relata en el apartado de hechos probados, el medio utilizado para vencer la resistencia de la víctima fue aporrearla primero con objetos contundentes causándole importantes lesiones en cabeza, tronco y extremidades, para a continuación atarla de pies y manos, terminando uno de los atacantes cogiéndole por el cuello apretándole fuertemente, asfixiándole hasta matarle, mientras que los demás, que veían lo que estaba sucediendo, no solo no hacían objeción sino que continuaban golpeándole indiscriminadamente, hasta que el Sr. Indalecio quedó inmóvil como consecuencia de haber muerto por ahogamiento. Tras ello, se apoderaron de determinados objetos del fallecido que se encontraban en el domicilio, abandonándolo a continuación.



Tal actuación sin lugar a duda exterioriza intenciones que exceden con mucho de las meramente lesivas. Lejos de ello, el ánimo homicida atribuible a los acusados fluye de forma evidente pues no cabe estimar que los acusados ignoraran el peligro concreto para la vida de la víctima que crearon con las conductas descritas, a pesar de lo cual no desistieron de su acción, aceptando con ello el resultado probable que habría de producirse, como finalmente aconteció.

Es tan clara la capacidad letal de la conducta desplegada por los acusados que el resultado de muerte no fue sino la materialización de un riesgo voluntariamente introducido por ellos, aceptando las consecuencias mortales, que llevaba implícita la peligrosa agresión ejecutada. No puede afirmarse que no se tiene voluntad de matar, cuando se realizan conscientemente los actos adecuados para causar la muerte.

Los hechos que describe la sentencia de instancia ponen de manifiesto la participación directa de los cuatro acusados y también la conformidad por parte de cada uno de ellos con la acción desplegada por su compañero. En concreto, en relación al Sr. Paulino, y aun admitiendo la sentencia que el mismo no golpeara materialmente al Sr. Indalecio, penetró en el domicilio junto a los demás, cubiertos todos ellos con un pasamontañas y armados con instrumentos aptos para atentar contra la vida de una persona. Por ello es evidente que preveían la posible existencia de la víctima en el interior de la vivienda, la potencial oposición que ésta pudiera ofrecer y la necesidad de utilizar contra ella los objetos que portaban para vencer su resistencia, como así efectivamente acaeció. Y conforme expone el Tribunal, el Sr. Paulino "...decidió no participar en esos actos agresivos porque vio que los otros tres estaban encargándose de ese menester y entonces él decidió ir a la planta superior para buscar cosas que sustraer." Y después, cuando bajó "...y vio que las agresiones continuaban, pudo decir retóricamente que parasen, cosa que obviamente no consiguió, pero nada más hizo al respecto, lo que significa que aceptó la eventualidad de cualquier resultado, incluida la muerte de la víctima..." A ello, añade el Tribunal que "... tras el fallecimiento, el Sr. Paulino y conociendo los acusados esta circunstancia, se apoderaron de diversos objetos con los que abandonaron todos juntos el lugar marchando juntos a sus respectivos destinos y repartiéndose los objetos sustraídos."

Igualmente el Tribunal describe el estado en que quedó la víctima puesto de manifiesto por los dos agentes de la Policía y de la Guardia Civil que hallaron el cadáver describiendo que estaba atado de pies y manos y que presentaba signos externos de haber sufrido diversos actos de violencia, tales como el tabique nasal roto, nueve costillas rotas, hematomas en el tronco y en las extremidades, estando la cara amoratada con mucha sangre. Asimismo dijeron dichos agentes policiales que había una sábana y un almohadón con manchas de sangre, y que incluso había sangre en el techo que había sido proyectada hasta allí como, consecuencia de las agresiones sufridas por la víctima. Ello coincide con lo manifestado por el Sr. Sixto expresando el Tribunal que éste señaló que se asustó porque nunca había visto tanta sangre, siendo muchos los golpes recibidos por el fallecido; y también con lo manifestado por el Sr. Roque quien expuso que le pusieron una sábana encima del cuerpo por respeto, ya que estaba en paños menores.

En el mismo sentido, la diligencia de autopsia destaca la existencia de múltiples contusiones distribuidas por todo el cuerpo, con especial afectación de la región facial y craneal, que presentaban lesiones contusas de gran entidad, y del tronco donde se objetivaron fracturas costales.

En estas circunstancias parece difícil afirmar desconocimiento sobre el estado en que se encontraba el Sr. Indalecio cuando abandonaron la vivienda.

Cabe destacar también la referencia que contiene la sentencia en relación a las grabaciones obtenidas desde un video instalado en un centro escolar próximo a la vivienda de la víctima, a través del cual se pudo comprobar, entre otros extremos, que los acusados permanecieron en la vivienda alrededor de una hora y cuarenta y dos minutos, de donde se infiere el tiempo que pudo durar la agresión.

A ello puede añadirse que, si bien algunos de los acusados pusieron de manifiesto que Paulino dijo que dejaran de golpear a la víctima, se expresa en la sentencia que Luis María manifestó que nadie les dijo que parasen. Y desde luego ninguno de los acusados refiere ninguna actuación en firme por parte del Sr. Paulino a fin de poner fin a la agresión y ello pese a portar un cuchillo.

Por último, el Sr. Paulino abandonó el domicilio junto al resto de los acusados dejando a la víctima en el estado en que la encontró la policía, antes descrito, y sin interesarse por su estado.

De esta manera puede afirmarse que todos los acusados ostentaban el codominio del hecho y, por tanto, dominaban las acciones comunes y necesarias hacia el cumplimiento del tipo penal. Todos actuaron de manera conjunta apoyándose recíprocamente en la acción emprendida contra el Sr. Indalecio. Todos fueron conscientes de la agresión dirigida contra él, así como de sus consecuencias. Ninguno de ellos se opuso seriamente a ninguno de los actos llevados a cabo por los demás. Tras su fallecimiento nadie manifestó repulsa u objeción alguna, sino que continuaron con el plan proyectado apoderándose de determinados objetos



con los que abandonaron el lugar, y procedieron posteriormente a su reparto. Por ello es acertada la conclusión que establece la Audiencia considerándoles como coautores de la totalidad de las acciones realizadas frente al Sr. Indalecio, esto es, de las que materialmente ejecutó cada uno y de las que, con su acción conjunta, permitió y apoyó que ejecutara su compañero, dominando de esta forma conjuntamente la totalidad del hecho delictivo.

Todos ellos actuaron con conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, ya que cuando se va a robar por la noche y en casa habitada, no puede considerarse descartable de modo alguno la causación de los males de las características de los sufridos por el Sr. Indalecio, máxime cuando se va provisto de armas para hacer frente a la posible defensa que pudiera desplegar la víctima. Además, aun cuando el Sr. Paulino no participara activamente en la agresión del Sr. Indalecio, conoció desde el principio la brutal paliza de que este fue objeto por parte de los demás acusados mientras él registraba la vivienda. Igualmente conoció el estado en que aquel quedó al abandonar el domicilio, llegando a comentar los compañeros la posibilidad de que el Sr. Indalecio hubiera fallecido, sin efectuar repulsa u objeción alguna, huyendo del lugar junto a los demás y repartiéndose el botín. Incluso se mantuvo en ignorado paradero durante cerca de dos meses hasta ser detenido por la Guardia Civil, en lugar de confesar desde el inicio los hechos excluyendo su participación en la muerte del Sr. Indalecio.

La tesis de la sentencia es razonable y se asienta sobre una prueba suficiente, describiendo la actitud anterior, coetánea y posterior de los acusados, que permite considerar que la desviación de los acontecimientos era completamente previsible.

En consecuencia, los motivos deben ser desestimados.

CUARTO.- El sexto motivo del recurso formulado por Don Paulino se deduce al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse infringido el artículo 66.1.7ª del Código Penal en relación con los artículos 21.4 y 21.7 del Código Penal, por no haberse apreciado la atenuante analógica de confesión como muy cualificada.

Considera el recurrente que la confesión del Sr. Paulino tiene unas características diferentes que cualitativamente la sitúan en un plano superior a las de Doña Valle y la de Don Roque. De esta forma señala que ninguna prueba objetiva existe sobre su participación en los hechos. El teléfono del Sr. Paulino no se localizó ni en el lugar ni en la hora de los hechos junto a los del resto de acusados, ni se obtuvieron restos biológicos suyos, ni sus huellas junto al cadáver, ni tampoco en casa del Sr. Indalecio, ni en su coche. Por lo que dicha ausencia de pruebas objetivas, que únicamente se da en el caso del Sr. Paulino debería poner en mayor valor su confesión. La búsqueda y detención del Sr. Paulino surge con posterioridad a la del resto de acusados, y ésta se da a partir de las declaraciones policiales de Roque, Valle, Zulima y Isidro, todos ellos detenidos y en un primer momento imputados policialmente. De ellos, solo uno participó en el asalto a la casa del Sr. Indalecio no siendo el resto testigos directos de los hechos, por lo que de no haber reconocido los hechos, la única prueba contra él hubiera sido la declaración de uno de los coimputados. Por ello entiende que, de no haber reconocido los hechos, deberían haberse llevado a cabo nuevas diligencias de investigación, como ruedas de reconocimiento del resto de detenidos. Añade que en la fecha de su detención no se había modificado el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que implica que no se pudo entrevistar con el Letrado previamente a declarar ante la policía, pues este derecho no estaba reconocido en la anterior redacción del precepto, lo que implica que su confesión no puede entenderse como parte de una estrategia defensiva. Considera por tanto que la confesión efectuada reviste una relevancia que debe llevar a la aplicación de la atenuante como muy cualificada, tanto en el delito de asesinato como en el de robo.

1. Conforme señalábamos en la núm. 108/2019, de 5 de marzo, es reiterada la doctrina de esta Sala que reconoce la posibilidad de apreciar la atenuante de confesión como atenuante analógica (SS 08/10/2014, 17/02/2012, 22/12/2011, 08/11/2018). Se trata de aquéllos casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que, de alguna forma, contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado (SS 809/2004, de 23 junio, y 1348/2004, de 25 de noviembre). En tales supuestos la justificación de la atenuante, como acaece en general con las que atienden a circunstancias posteriores a la consumación del delito, se encuentra en consideraciones de política criminal orientadas a impulsar la colaboración con la justicia en el concreto supuesto del art. 21.4ª del Código Penal, pero en todo caso debe seguir exigiéndose una cooperación eficaz, seria y relevante aportando a la investigación datos especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados (SS 14/05/2001, 24/07/2002), que la confesión sea veraz, aunque no es necesario que coincida en todo (SS 31/01/2001 y 22/01/1997). No puede apreciarse atenuación alguna cuando la confesión es tendenciosa, equivoca y falsa, exigiéndose que no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir



sus responsabilidades (S 20/09/2006). No se considera confesión la sola inculpación de otros si el acusado no confiesa su hecho, siendo preciso que se mantenga en todas las fases del procedimiento.

2. En el supuesto examinado, ninguna referencia se hace en los hechos probados a actividad alguna realizada por el acusado directamente relacionada con el reconocimiento de los hechos. Ello no obstante, en el fundamento de derecho sexto de la sentencia señala el Tribunal que Paulino, junto a Valle y Roque "... durante la instrucción de la causa y ante presencia policial decidieron contar lo sucedido. Bien es verdad que sus manifestaciones han sido interesadas y han tratado de ofrecer una versión favorable a sus propios intereses, pero eso no es obstáculo para admitir que con sus declaraciones contribuyeron a corroborar el resultado final de la compleja investigación policial, y eso merece un reconocimiento, bien que limitado, mediante la apreciación de una circunstancia de atenuación analógica."

De esta forma se observa que ha sido precisamente la corroboración de la compleja investigación policial, que el acusado propició con su confesión, lo que ha llevado al Tribunal de instancia a la apreciación de la circunstancia analizada. El hecho de que, de las personas que inicialmente confesaron los hechos, solo Roque participara en el asalto de la vivienda del Sr. Indalecio, lo que podría haber llevado efectivamente a la necesidad de practicar nuevas diligencias de investigación, no hubiera impedido la corroboración final de la participación del Sr. Paulino en los hechos que se le imputan. Los acusados se conocían entre ellos, incluso por sus nombres, lo que hubiera determinado necesariamente su identificación por el resto de sus compañeros, de los cuales, los que con él perpetraron los hechos en la vivienda del Sr. Indalecio afirmaron en el acto del juicio oral la presencia del Sr. Paulino en el lugar de los hechos. Y, en todo caso, del contenido de la diligencia extendida a los folios 322 y 323 del Tomo II de las actuaciones, a la que se refiere la sentencia al examinar el material probatorio, se infiere que los investigadores tenían suficiente información para considerar racionalmente la participación del Sr. Paulino en los hechos, siendo precisamente por ello por lo que se procedió a su localización y detención.

En consecuencia, no cabe apreciar algo más que un mero reconocimiento de hechos efectuado de forma tardía, parcial e inevitable de los hechos. Además, la actuación del acusado a lo largo de todo el procedimiento ofreciendo una versión interesada de los hechos, no es congruente con esa relevante confesión que afirma, por lo que el fundamento atenuatorio en este caso no actúa con especial intensidad.

El motivo no puede por tanto acogerse.

QUINTO.- El séptimo motivo del recurso formulado por Don Paulino se deduce al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse infringido el artículo 66.1.7ª del Código Penal, en relación con el artículo 21.5 del Código Penal, al considerar que la atenuante de reparación del daño se debería haber aplicado como muy cualificada.

Sustenta el recurrente este motivo afirmando que Don Paulino ha sido el único que ha decidido pagar parte de la responsabilidad civil en una cuantía nada despreciable para una familia humilde, 12.000 euros, habiendo realizado él y su familia un gran esfuerzo. Reitera las circunstancias en que se ha producido su confesión de los hechos, en los mismos términos ya señalados en el anterior motivo, y añade que apreciación de las dos atenuantes solo le ha supuesto dos años de prisión menos que al resto de partícipes en los que no ha concurrido ninguna atenuante, y pone de relieve que finalmente su tiempo en prisión será el mismo que el del resto de acusados, si se tiene en cuenta que el límite máximo de cumplimiento son 20 años, por lo que entiende que las penas que le han sido impuestas no son acordes con el principio de proporcionalidad y su fijación ha sido contraria a los principios constitucionales.

1. En relación a la atenuante de reparación invocada, señala la sentencia de esta Sala núm. Tribunal Supremo 489/2014, de 10 de junio, con remisión expresa a la sentencia núm. 239/2010, de 24 de marzo, que "... por su naturaleza objetiva, esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior; por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Consecuencia de este carácter objetivo, su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se cumple siempre que la reparación se haga efectiva en cualquier momento del procedimiento, con el límite de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica. El elemento sustancial consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo



110 del Código Penal. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución o de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante."

Argumenta la sentencia núm. 1063/2009, de 29 de octubre, que "La jurisprudencia de esta Sala ha asociado el fundamento material de la atenuante de reparación a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso."

2. En el supuesto de autos, Don Paulino ha abonado 12.000 euros al hijo del fallecido. La cantidad total fijada como indemnización a favor de Don Andrés es de 100.000 euros, razón por la que la aludida consignación supone una insuficiente reparación de los daños y perjuicios causados. En concreto, constituye un 12% del total fijado por el Tribunal, y no llega a la mitad de la indemnización cuyo pago corresponde al Sr. Paulino, sin olvidar su responsabilidad solidaria respecto al resto de los condenados por el fallecimiento del Sr. Indalecio. Por ello, siendo adecuada la apreciación de una atenuante de reparación sobre la base del abono llevado a cabo por el Sr. Paulino, la cantidad entregada carece por sí sola de especial entidad y relevancia para servir de base a esa especial cualificación interesada por el recurrente. Debe tenerse en cuenta, además, que no nos encontramos ante un delito exclusivamente patrimonial que pueda ser totalmente reparado mediante el abono de una determinada cantidad de dinero, sino que el perjuicio irrogado proviene de un delito contra las personas en el que se ha ocasionado la lesión de un bien jurídico personal irreparable, por lo que difícilmente el abono de una parte del perjuicio fijado por el Tribunal puede compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico protegido.

En este sentido son diversas las sentencias de esta Sala (sentencias núm. 1156/2010, de 28 de diciembre; 117/ 2015, de 24 de febrero; 710/2016, de 21 de septiembre y 118/2017, de 23 de febrero, entre otras) en las que incluso se recuerda que la reparación completa del perjuicio sufrido, que no es lo que acontece en el presente caso, no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada. Para ello se necesitaría mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena.

El motivo no puede por tanto acogerse.

SEXTO.- El octavo motivo del recurso formulado por Don Paulino, por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia aplicación indebida del artículo 22.2ª del Código Penal en relación con los delitos de asesinato y robo en casa habitada.

Entiende el recurrente que, partiendo del relato de hechos probados, en ningún caso se relaciona la hora y el lugar de comisión de los hechos con la muerte del Sr. Indalecio, desprendiéndose de dicho relato que el plan previo llevado a cabo por los acusados en ningún caso pretendía buscar su muerte y sí la comisión de un robo.

Aduce que en ningún caso se eligió el domicilio del Sr. Indalecio porque ello fuera a facilitar la impunidad de los autores de su muerte. Expone que el apartado de hechos probados únicamente se refiere a que la hora en que tuvieron lugar los hechos, 1:30 h, fue aprovechada por los autores para facilitar el acceso al domicilio de la víctima. Sin embargo no existía un plan de salida y el desconocimiento de la zona por el Sr. Paulino le impedía elegir el lugar donde iba a entrar a robar. Añade que el motivo de elegir casa del Sr. Indalecio fue la búsqueda de patrimonio del fallecido y no su facilidad de escape. Por último señala que el cadáver permaneció en el lugar del crimen y se abandonó el vehículo en una zona en que fue fácilmente encontrado, por lo que no hubo acciones tendentes a facilitar la impunidad del hecho, que denoten un especial interés en ello. Concluye por todo ello afirmando que la circunstancia de aprovechamiento de las circunstancias del lugar y del tiempo para la comisión del hecho prevista en el artículo 22.2ª del Código Penal está indebidamente aplicada ya por ausencia del elemento subjetivo requerido por la circunstancia agravante para el delito de asesinato ya por vulnerar el principio *non bis in idem*, debido a que el tipo del asesinato ya incluye la circunstancia de alevosía que absorbe la disminución de la defensa de la víctima o su posible auxilio.

1. Comenzando por esta última afirmación, lo primero que debe destacarse es que la sentencia fundamenta la aplicación de ambas agravantes, aprovechamiento de las circunstancias del lugar y tiempo y alevosía, en hechos y circunstancias diferentes, no refiriéndose ni a la hora ni al lugar en que tuvieron lugar los hechos para fundamentar la concurrencia de alevosía. De esta forma, se relata en el apartado de hechos probados que "Aprovechándose del hecho de que Indalecio estaba dormido y no pudo advertir la presencia de los acusados, así como del hecho de ser cuatro contra uno, los acusados se abalanzaron sobre Indalecio y le golpearon



reiteradamente con los objetos que portaban, a la vez que le intentaron atar las manos para evitar cualquier posible defensa por su parte."

Tales circunstancias, y no otras son las que han determinado la apreciación de la alevosía que ha llevado a calificar los hechos como delito de asesinato, remitiéndonos en este punto a lo ya expresado en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 365/2012 de 15 de mayo, "se exigen como requisitos de la agravante de tiempo dos objetivos: existencia de oscuridad y de soledad, y uno subjetivo, que esas circunstancias hayan sido buscadas de propósito o al menos aprovechadas por el agente del hecho." Y según señala la sentencia núm. 48/1998, de 6 de abril, "en el nuevo código se amplían las circunstancias de lugar y tiempo a supuestos distintos de los de despoblado y nocturnidad, en los que las características del emplazamiento o del momento cronológico determinan debilitaciones de la defensa del ofendido o impunidad para el delincuente. Será preciso que tales características locales o temporales se aprovechen para llevar a efecto el delito, con disminución del riesgo de defensa de la víctima y del peligro de descubrimiento del delito y de la captura del delincuente por los agentes de policía (sentencia núm. 2047/2001, de 4 de febrero).

También hemos dicho que, en principio, la compatibilidad entre las circunstancias de alevosía y de tiempo es problemática, pues ambas inciden en un mismo objeto: la evitación del riesgo que pueda suponer la defensa del ofendido, si bien existe un matiz diferenciador constituido por la búsqueda de la impunidad -fin alternativo de todas las circunstancias del número dos del artículo 22- que está ausente de la estructura de la alevosía, en la medida que en ésta lo apetecido por el agresor es la ejecución de su acción con la elección de medios modos o formas que tiendan a neutralizar la reacción de la víctima, sin referencia ni blindaje a la posible impunidad de su acción, impunidad que si bien es un fin normal dentro de la lógica delictiva, es lo cierto que cuando se observa en la ejecución de un hecho que, además de la neutralización de la defensa de la víctima, se ha escogido/ aprovechado un escenario especialmente idóneo para no dejar rastro delictivo, para facilitar la impunidad, habrá de convenirse que se está en presencia, en tales casos, de un desvalor de la acción delictiva que no está absorbida ni compensada con la alevosía, y por ende, sería posible la compatibilidad entre ambas (sentencia núm. 252/2007, de 8 de marzo y 647/2013, de 16 de julio).

En el caso de autos, el Tribunal, en el apartado de hechos probados declara acreditado que "Tras llegar a las inmediaciones del citado domicilio, y en ejecución del plan previo que incluía el uso de toda fuerza necesaria para lograr su propósito, así como de aprovecharse de lo avanzado de la noche para acceder con más facilidad al domicilio, ..."

Y en la fundamentación jurídica expone, refiriéndose a tal circunstancia, que la misma es aplicable a ambos delitos teniendo en cuenta que "los acusados aprovecharon que se trataba de una hora intempestiva, como la una y media de la madrugada, en una zona en la que, si bien había algunos chalets en las cercanías, eran más bien pocos, había además poca iluminación y el chalet de la víctima estaba en una calle sin salida, donde había muy poca circulación de vehículos, (...). Por lo que mientras cometieron los mencionados delitos de robo y asesinato resultaba facilitada la impunidad de los acusados, pues era muy difícil que la víctima pudiese recibir cualquier tipo de ayuda."

De esta forma, el Tribunal explica lo que ya se infiere del relato de hechos probados, esto es, que los acusados se aprovecharon de la oscuridad reinante a la hora elegida para perpetrar su acción para acceder al domicilio de la víctima sin ser vistos por terceras personas, lo que lógicamente, no solo facilitaba su acción sino también su impunidad. Ello supone un mayor desvalor de la acción delictiva que no está absorbido ni compensado con la alevosía.

Procede en consecuencia la desestimación del motivo.

SÉPTIMO.- El noveno motivo del recurso formulado por Don Paulino se deduce por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación de la eximente completa de drogadicción (artículo 20.2 del Código Penal) o subsidiariamente eximente incompleta o atenuante muy cualificada (artículo 21. 1 y 2 del Código Penal) con los efectos del artículo 66. 2 y/o 68 del Código Penal que considera indebidamente inaplicados.

Señala el recurrente que, respetando el factum de la sentencia de instancia, la Sala considera acreditado que Paulino presenta un largo historial de adicción a las drogas. Destaca también los antecedentes penales del acusado y el hecho de la sustracción de diversos objetos para su venta y de una pequeña cantidad de droga. Entiende que todo ello evidencia que nos encontramos ante un caso de delincuencia funcional, lo que debería haber llevado a la aplicación del artículo 20.2 en relación con el artículo 21.2 del Código Penal.

En el motivo décimo del recurso, que se articula también por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considera el recurrente que la sentencia de instancia incurre en error



en la apreciación de la prueba. Denuncia nuevamente ausencia de documentación en el expediente que sin embargo afirma fue tenida en cuenta en el informe Médico Forense y consta como anexo al informe emitido por Doña Eva . Relaciona y explica los documentos que a su juicio acreditan que el Sr. Paulino estaba en un periodo de grave afectación en el momento de los hechos y que ponen de manifiesto las atenciones médicas recibidas y tratamientos pautados en momentos anteriores y posteriores. Finalmente invoca la apreciación de la atenuación que solicita y las consecuencias que debe tener en la determinación de las penas correspondientes a ambos delitos y, especialmente, sobre la circunstancia agravante de reincidencia concurrente en el delito de robo.

En los motivos vigésimo tercero, vigésimo sexto y vigésimo séptimo, deducidos al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción precepto constitucional y del derecho a no sufrir indefensión del 24.1 de la Constitución Española, en relación con el 120.3 de la Constitución Española y con el derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa del 24.2 del texto constitucional, por haberse motivado de forma ilógica e irracional la no concurrencia de la eximente o atenuante muy cualificada de drogadicción de Paulino de los artículos 20.2 y 21.1 y 2 del Código Penal, a pesar de existir abundante prueba documental médica, pericial y declaraciones en fase plenaria del Sr. Paulino y del resto de los acusados que relaciona y que a su juicio no han sido valoradas en su integridad por la Sala, a pesar de acreditar un historial adictivo y de trastornos que implican la afección de aquel en el momento de los hechos. También denuncia que se le ha exigido una prueba diabólica para la acreditación de las citadas circunstancias atenuante o eximente de drogadicción. Considera por último que existe una evidente contradicción entre la sentencia impugnada y otras sentencias de la misma Sala de instancia respecto a la prueba exigida para la acreditación de la atenuante de drogadicción.

Finalmente, en el motivo vigesimooctavo, deducido al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción de precepto constitucional y del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución Española y a que no se produzca indefensión del artículo 24.1 de la Constitución Española, denuncia nuevamente la ausencia en el expediente de determinados documentos que fueron presentados por la parte ante la Audiencia Provincial el día 26 de septiembre de 2017, y que por tanto no han podido ser valorados por el Tribunal de instancia en el momento de dictar sentencia, entendiéndose que dicha documental junto con la pericial debería haber dado lugar al reconocimiento de la eximente del artículo 20.2 del Código Penal o de la atenuante del artículo 21.2 del mismo texto legal.

1. Conforme ya se expresó en la anterior sentencia dictada por este Tribunal, núm.152/2019, de 21 de marzo, consta en el Rollo de Sala que la representación de Paulino el 26 de septiembre presentó "la documental requerida", en concreto se hace constar "documento nº 4", y que por Diligencia de Ordenación de 28 de septiembre de 2017 se tiene por evacuado el requerimiento al tener por acompañada la documentación requerida. Y si bien es cierto que la citada documentación no se encuentra unida, también lo es, que recurrente a través de su representación, mediante escrito presentado el 10 de noviembre de 2017 hace constar que "habiéndose revisado el expediente obrante en la causa, se ha advertido la ausencia de algunos de los documentos anunciados en el escrito de defensa presentado...en fecha 19/09/2017 y que fue completado en fecha de 26/09/2017...se aportan nuevamente..", documentos que sí obran unidos a las actuaciones (F.191 a 198 TII).

Y, como puede observarse, los documentos aportados por la defensa unidos a los folios 182 a 208 del Tomo 3 del Rollo de Sala, que constituyen, según sus manifestaciones, la totalidad de los presentados, coinciden con los incorporados junto al informe emitido por la Dra. Eva a los folios 251 a 296 del Tomo 2. Además toda la referida documentación ha sido considerada y valorada tanto en el informe emitido por los Médicos Forenses como por la Dra. Eva .

Por ello es evidente que la totalidad de la documentación estuvo a disposición del Tribunal de instancia al tiempo de dictar sentencia.

2.1 Es doctrina reiterada de esta Sala (SSTS núm. 577/2008, de 1 de diciembre, 810/2011, de 21 de julio, 942/2011, de 21 de septiembre, 675/2012, de 24 de julio, 695/2013, de 9 de julio, 147/2018 de 22 de marzo y 455/2018, de 10 de octubre) que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuante. No se puede, pues, acceder a la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para que proceda la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la repercusión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.



Para poder apreciar la circunstancia de drogadicción, sea como una mera atenuante, sea como una eximente incompleta, es imprescindible que conste probada la concreta e individualizada situación psicofísica del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la duración de la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como a la singularizada alteración de las facultades intelectivas y volitivas cuando ejecutó la acción punible; sin que la simple y genérica expresión de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y matices, permita aplicar una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (SSTS núm. 577/2008, de 1 de diciembre, 315/2011, de 6 de abril; 796/2011, de 13 de julio; y 738/2013, de 4 de octubre).

La sentencia de esta Sala núm. 645/2018, de 13 de diciembre, aborda de manera extensa la incidencia de la drogadicción en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, recordando en igual sentido que "... el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto..." siendo imprescindible, para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, "... que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adición a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones..." "... En estos casos la ofensa al bien jurídico no es el resultado de un acto irreflexivo, impulsado por la adicción a las drogas o el deterioro psicossomático asociado al consumo prolongado de estupefacientes. Es cierto que la jurisprudencia del SSTS. 201/2008, de 28-4, y 457/2007, de 12-6, ha llevado a cabo una renovada interpretación del régimen jurídico-penal de las toxicomanías adaptada a la verdadera influencia de aquellas en la capacidad de culpabilidad de quien la padece (STS 28/2004, de 1-3). Pero por más flexibilidad que quiera atribuirse a la aplicación, no ya de la inviable eximente incompleta, sino de la atenuante de drogodependencia, su marco jurídico no puede desconectarse de una exigencia clave que se desprende del artículo 21.2 del Código Penal, a saber su significación causal, su perturbadora influencia en la voluntad del acusado.

Como recuerdan las SSTS 343/2003, de 7-3 y 507/2010, de 21-5, lo característico de la drogadicción a efectos penales es la relación funcional con el delito, es decir, que actúe como un elemento desencadenante del mismo, de tal manera que el sujeto actúa impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y conecta al hecho delictivo, hace para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar sus posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo continuar con sus costumbres e inclinaciones, no bastando por ello, con la mera condición de consumidor de sustancias estupefacientes, aunque el consumo sea habitual."

2.2 En el supuesto de autos, el Tribunal ha examinado la documentación aportada por la defensa. El hecho de que se refiera solo a determinados documentos no implica que no haya prestado atención a su conjunto. También ha examinado y valorado los informes periciales emitidos por los profesionales que han reconocido al acusado y que han estudiado la documentación aportada por su defensa, compartiendo determinadas conclusiones de los peritos. En concreto destaca que, no obstante presentar el acusado un largo historial de adicción al consumo de drogas en general, no consta que al tiempo de los hechos se encontrara psíquicamente afectado por un concreto consumo de drogas o por su falta de consumo.

Objeta el recurrente determinados informes emitidos sobre el acusado, que relaciona y explica, los más cercanos confeccionados dos meses antes y casi dos meses después de los hechos, que ponen de manifiesto su adicción a las drogas y sus intentos de deshabituación, pero tales documentos no hacen sino que confirmar las conclusiones de los peritos que han examinado al acusado y del propio Tribunal, en los términos que han sido expuestos.

El Tribunal de instancia razona suficientemente porqué excluye la apreciación de tan cualificada atenuación interesada por el recurrente, analizando los informes periciales sometidos a su consideración y exponiendo las conclusiones emitidas por los peritos, por lo que no puede serle reprochada falta de motivación. En este punto destaca que si bien el informe forense señala que Paulino "presenta un diagnóstico compatible con trastorno relacionado con sustancias por consumo/dependencia a opiáceos y cocaína", añadiendo que "se considera que la dependencia que padece es crónica y grave, dados los antecedentes, múltiples tratamientos, abandonos y recaídas", y que actualmente, a 13 de noviembre de 2017, que es cuando se emite dicho informe,



"el informado no presenta alteraciones de sus capacidades cognitivas y Volitivas". E insiste en que los médicos no vieron en este acusado un trastorno de la personalidad y aunque detectaron que había sufrido dos episodios psicóticos por consumo, señalaron que no se produjeron fuera del hecho mismo del consumo, por lo que no es un trastorno psicótico sino episodios breves sin mayor relevancia. Tampoco vieron que lo que movió al acusado a actuar fuese una necesidad irrefrenable de conseguir droga, dado que no era ni es apreciable en él que su capacidad de decidir estuviese dañada o modificada por el consumo de drogas. Y destaca que la perito Sra. Eva , si bien señaló que como consecuencia de su largo historial de adicción al consumo de drogas el Sr. Paulino podría tener afectada su capacidad para tomar decisiones, sin embargo, no pudo precisar en qué estado se hallaba al tiempo de cometer los hechos.

Es evidente pues que no concurren razones para estimar que el Tribunal de instancia haya apreciado erróneamente las condiciones de imputabilidad de Don Paulino . Únicamente ha podido determinarse el consumo por parte del mismo de sustancias estupefacientes de forma intermitente, con periodos de rehabilitación a lo largo de su vida, pero no existe base alguna para poder inferir racionalmente que en el momento de la ejecución de los hechos concurría una especial limitación de sus facultades intelectivas y volitivas, esto es, que padeciera una adicción tan grave que le impidiera autocontrolar su conducta y adecuarla a las exigencias de la norma, no solo teniendo en cuenta, como destaca el Tribunal de instancia, la escasa complejidad de los actos llevados a cabo, sino también la desproporción con los bienes jurídicos lesionados con su actuar.

3. No puede compartirse el criterio del recurrente en el sentido de que se le ha exigido una probatio diabolica de los hechos negativos.

La doctrina de la carga de la prueba más que determinar quién viene obligado a probar algo, se refiere a quién debe sufrir las consecuencias de la falta de prueba, pues el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba. No se trata de que corresponda a la acusación o a la defensa probar determinado hecho o circunstancia, ya que el Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad viene también obligado a contemplar la concurrencia de circunstancias, favorables o desfavorables para el acusado.

La drogadicción del acusado y la repercusión que sus efectos puedan tener en relación a su responsabilidad penal no constituye tampoco un hecho negativo sino positivo, aunque con él trate de negar o atenuar su responsabilidad. No se trata de demostrar que algo no ha ocurrido, sino precisamente su existencia.

Tanto la jurisprudencia de esta Sala como la doctrina del Tribunal Constitucional coinciden en que corresponde a la defensa del acusado alegar y probar las circunstancias de hecho que sirven de base a una eximente de la responsabilidad penal.

En la sentencia de este Tribunal núm. 531/2007, de 18 de junio, decíamos: "Cuando se trata de circunstancias eximentes o atenuantes la regla de juicio halla su presupuesto en el principio general que late en nuestro Código Penal al estructurar las causas de imputabilidad de forma negativa, de modo que debemos siempre entender que una persona disfruta de las facultades mínimas de comprender y querer, salvo que se pruebe lo contrario, esto es, las causas de exención o restricción de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad deben hallarse tan acreditadas como el hecho principal mismo sobre el que inciden. La carga de la prueba en nuestro caso, en el que se postula la estimación de una atenuante cualificada, compete a la defensa que la alega, que no ha probado la base fáctica que propiciaría su acogimiento."

En el mismo sentido señala la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 209/1999, de 29 noviembre, que la apreciación de la existencia o no de una eximente entra de lleno en el ámbito propio de la apreciación y valoración de las pruebas en relación con una cuestión de mera legalidad, que no pertenece al ámbito constitucional de la presunción de inocencia. En semejante sentido se pronuncian las sentencias núm. 81/1988, de 28 de abril; 211/1992, de 30 de noviembre; y 133/1994, de 9 de mayo. Y la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 36/1996, de 11 de marzo, expresa claramente que la concurrencia y prueba de una causa de justificación no corresponde a la acusación, sino a la defensa que es quien la alega. Igualmente, la sentencia núm. 87/2001, de 2 abril, confirma esta doctrina y declara que las partes acusadoras no tienen que probar la inexistencia de eximentes y que, por el contrario, la prueba de una eximente por parte de la defensa no supone la prueba de un hecho negativo.

4. Por último, como señala el Ministerio Fiscal, con cita de la sentencia de este Tribunal de 13 de febrero de 1999, el principio de igualdad no puede ser invocado para obligar a un Tribunal a valorar la prueba en un determinado sentido, pues el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no establece un sistema de prueba tasada, sino de libre apreciación de la prueba.

Expresa el recurrente que si el criterio jurisprudencial del Tribunal a quo es entender que una pericial psicológica sobre drogodependencias es una prueba oportuna para acreditar la drogadicción, no puede ser que se varíe



este criterio jurisprudencial apartándose contra reo de esa opinión y sin ningún tipo de argumentación que justifique esa modificación del criterio, careciendo de justificación que en un determinado caso flexibilice los criterios para admitir una prueba como válida y en otro caso análogo los restrinja. Se refiere a otras sentencias dictadas por el Tribunal de instancia en las que ha considerado probada la drogadicción mediante un informe realizado por una psicóloga y una trabajadora social cuatro años después de los hechos. Y entiende que si la misma Sala de la Audiencia venía aceptando que la drogadicción se prueba bien mediante los informes psicológicos ratificados en Sala o bien con estos informes junto con los informes médicos que acrediten la adicción, no resulta jurídicamente admisible que en esta sentencia considere que no está comprobada la drogadicción con dichos informes que, además, han sido ratificados en Sala y completados con las declaraciones testimoniales y periciales sin justificar el porqué de esa forma de apartarse de sus propios criterios jurisprudenciales.

Conforme señala el Tribunal Constitucional, el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la resolución judicial impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan resuelto de forma contradictoria (STC 140/2003, de 14 de julio, FJ 4). Por ello, es preciso que los supuestos que constituyen el término de comparación sean esencialmente iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí puede efectivamente pretenderse que la solución dada para uno sea igual a la del otro (SSTC 102/1999, de 31 de mayo, FJ 3, y 133/2002, de 3 de junio, FJ 6).

En el presente caso, el Tribunal de instancia no ha limitado las pruebas propuestas por el recurrente para acreditar la influencia que el consumo de drogas pudiera tener en sus capacidades de querer y conocer. Tampoco excluye que una pericial psicológica sobre drogodependencia pueda constituir prueba oportuna para acreditar la drogadicción. Cuestión distinta es la conclusión alcanzada por los peritos en la prueba practicada y la valoración que hace el Tribunal del resultado de tales pruebas, informes médicos y periciales, practicadas en el presente procedimiento, lo que entra de lleno en la libertad que le otorga la Ley en relación valoración de la prueba. No se trata de exigir la aportación de determinados informes o de practicar determinada pericial para considerar acreditado determinado extremo, sino de valorar el contenido de aquéllos junto al resto de las pruebas practicadas por el Tribunal conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y esto es lo que ha llevado a cabo en Tribunal en este procedimiento y en los reseñados por el recurrente. La distinta convicción alcanzada en cada uno de ellos respecto al estado del acusado en el momento de la comisión de los hechos no implica vulneración del principio de igualdad, sino que es consecuencia del principio de libre valoración en conciencia de la prueba aportada.

Los motivos en consecuencia deben ser desestimados.

OCTAVO.- A través del motivo undécimo, articulado también por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia el recurrente el error del Tribunal al apreciar y valorar los informes periciales emitidos por los Médicos Forenses y por Doña Eva teniendo en cuenta que los mismos describen un amplio historial de dependencia de Don Paulino desde su juventud, con adicción a heroína y cocaína y coinciden en considerar que la dependencia del Sr. Paulino es crónica y grave debido a los antecedentes, múltiples tratamientos y recaídas. Igualmente establecen la presunción de que el Sr. Paulino muy probablemente se encontraría en periodo de recaída, siendo éste un periodo de afectación máxima de la adicción.

1. Los informes periciales no vinculan de modo absoluto al juzgador porque no son en sí mismos manifestaciones de una verdad incontrovertida; han de ser valorados, pues, por el juzgador, atendiendo a su convicción y a los criterios de la sana crítica.

La jurisprudencia constante de esta Sala ha venido proclamando que los Tribunales no están vinculados por las conclusiones de los peritos, salvo cuando éstos se basan en leyes o reglas científicas incontrovertibles, por lo que no puede prosperar cualquier alegación que pretenda fundamentar el error del juzgador "a quo" en las conclusiones de las pericias médicas manejadas. Es decir, que la prueba pericial no es nunca vinculante para el juzgador. Los expertos -utilizada la expresión en sentido general incluyendo los titulados y los no titulados- aprecian, mediante máximas de experiencia especializadas y propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que el perito adquirió por el estudio o la práctica o a través de ambos sistemas de obtención de conocimientos y que el juez puede no tener, en razón a su específica preparación jurídica. Por ello el perito debe describir la persona o cosa objeto de la pericia, explicar las operaciones o exámenes verificados y fijar sus conclusiones (artículo 478 LECr) que tiene como destinatario el Juzgador. Y en este sentido el juez estudia el contenido del informe y, en su caso, las explicaciones orales, reflexiona sobre las preguntas y repreguntas que se le hacen y, finalmente, lo hace suyo o no, o lo hace parcialmente. No se trata, pues, de un juicio de peritos, sino de una fuente de conocimientos científicos, técnicos o prácticos que ayudan al juez a descubrir la verdad. La no vinculación del juez a la pericia determina que él mismo pueda apreciar determinadas circunstancias distintas de las que examinó el perito.



2. En el supuesto examinado, el Tribunal ha contado con los dos informes médicos relacionados por el recurrente, que expresamente analiza. Ambos ponen efectivamente de manifiesto el amplio y antiguo historial de dependencia a opiáceos por parte del acusado. Tal conclusión es aceptada por el Tribunal, quien sin embargo rechaza que la adicción del acusado afectara sus facultades de querer y conocer en el momento de la comisión de los hechos, no solo en base a las propias conclusiones de los peritos sino también teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias de los delitos por los que el Sr. Paulino es condenado. Por lo demás, los peritos hablan en clave de probabilidad más o menos intensa, pero ninguno de ellos ha podido determinar el verdadero estado del acusado en el momento de la comisión de los hechos. Y es evidente que el Tribunal no puede moverse en el ámbito de la probabilidad sino de lo probado o acreditado.

Lo que pretende el recurrente con la designación de tales documentos, no es la acreditación de un error sino que este Tribunal proceda a realizar una nueva valoración de la prueba a partir de esos documentos. La vía de impugnación elegida por el recurrente exige designar un documento que por su contenido asertivo entre en abierta colisión con el hecho probado o suponga la necesidad incorporación al relato fáctico de un hecho relevante para la subsunción. No es documento, por tanto, la documentación de la prueba pericial practicada en el juicio oral sobre la que el recurrente realiza una valoración distinta de la obtenida por el Tribunal a quien compete la valoración de la prueba.

La jurisprudencia de esta Sala (SSTS 14/10/1985, 26/12/1986, 10/07/87, 04/07/1988, 18/01/1989, 15/01/1990, 17/01/1991 y 17/02/1992) permite excepcionalmente la posibilidad de acreditar el error en la apreciación de la prueba fundándose en la prueba de peritos, equiparándola a la documental a los efectos del número 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando habiendo un solo informe de esta clase o varios coincidentes, y no existiendo otras pruebas sobre el mismo hecho, bien se ha tomado dicha prueba de modo incompleto, mutilado o fragmentario, bien se ha prescindido de la misma de modo no razonable llegando a conclusiones divergentes, opuestas o contrarias a las expuestas por los peritos, todo ello, en definitiva, a fin de corregir errores evidentes, dando así el debido cumplimiento al mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proclamado por el art. 9.3 de la Constitución Española, que es el verdadero fundamento de esta excepcional doctrina jurisprudencial que extiende la aplicación del número 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, más allá de lo que permite su redacción literal (SSTS. 17/09/1988, 20/11/1989, 26/03/1990, 30/11/1990 y 17/02/1992).

Sin embargo, en el caso examinado los documentos designados no entran en colisión con los hechos probados. Lejos de ello, el Tribunal parte del largo historial de adicción al consumo de drogas en general que presenta el Sr. Paulino , de acuerdo con la prueba pericial practicada. Pero igualmente destaca la imposibilidad de los peritos de constatar que al tiempo de los hechos aquel se encontrara psíquicamente afectado por un concreto consumo de drogas o por su falta de consumo.

Aun cuando el recurrente discrepe con las conclusiones alcanzadas por la Audiencia, los razonamientos que se expresan en la sentencia se ajusten a las reglas de la lógica y son ajenos al error que se denuncia en el motivo examinado, que en consecuencia debe ser rechazado.

NOVENO.- Los motivos duodécimo y décimo tercero del recurso formulado por Don Paulino se deducen por infracción del ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba, basados en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador en relación con la apreciación de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal que debió ser apreciada como muy cualificada, rebajándose en un grado las penas impuestas. Igualmente considera que existe error en el pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil por cuanto que el Sr. Paulino no debe abonar cantidad alguna al Sr. Indalecio debiendo quedar reducida en 12.000 euros la responsabilidad civil que deba ser abonada por el resto de los condenados, al no tener en cuenta un documento firmado por éste, en el que se considera totalmente resarcido por parte del Sr. Paulino y renuncia a cualquier tipo de acción, penal o civil, contra el mismo. Estima también que tal renuncia debe afectar a la condena al Sr. Paulino de las costas causadas por la Acusación Particular.

1. En relación al motivo de casación por error en la apreciación de la prueba esta Sala (sentencias núm. 936/2006, de 10 de octubre, 778/2007, de 9 de octubre y 424/2018, de 26 de septiembre), viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad



para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001, de 19 de julio- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el Tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos lo que estaría bajo discusión sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos el referido vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos: 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiente, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error; y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial" (STS 310/2017, de 3 de mayo).

2. Los documentos citados por el recurrente (recibo de indemnización por parte de Andrés , libro de familia de los padres del acusado, extracto de las cuentas bancarias con el saldo de ambos padres, sus declaraciones de renta, vida laboral del acusado, resoluciones de minusvalía de su hermana e internamiento de su sobrino) carecen de la condición de literosuficiencia. Su lectura no conduce de forma inequívoca a la conclusión de que el Juzgador haya valorado erróneamente la prueba, y en ningún caso tienen aptitud suficiente para modificar el fallo.

El cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, elegido por el recurrente, es erróneo dado que este motivo exige como primer requisito que el error surja de forma incontestable del particular de un documento.

Como decíamos en la sentencia núm. 1205/2011, de 15 de noviembre, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, que es lo que pretende el recurrente.

No estamos ante un supuesto en el que en base a un documento o documentos se deban excluir del relato fáctico unos hechos que erróneamente se han declarado probados. De hecho, el Tribunal ha considerado acreditado que han sido satisfechos 12.000 euros al hijo del fallecido, Don Andrés . Cuestión distinta es la valoración que el Tribunal realiza de tal resarcimiento, lo que ya ha sido expuesto en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución, en el que se ha hecho contestación al recurrente sobre la cualificación de la atenuante que propugna.

Únicamente cabe añadir en este momento que los documentos reseñados por el recurrente lo que ponen de manifiesto es que la reparación ha sido hecha efectiva por los padres del acusado. Y conforme doctrina de esta Sala expuesta en la sentencia núm. 791/2017, de 7 de diciembre, con cita a su vez de sentencia núm. 733/2012, de 4 de octubre, la reparación debe provenir de actos personales y voluntarios del responsable del delito, o al menos atribuibles al mismo a través de su participación activa. En el mismo sentido se refiere a la sentencia núm. 1006/2006, se señalaba que "Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta "personal del culpable".

3. La renuncia a que se refiere el recurrente con cita del documento obrante a los folios 208 y siguientes del T.II del Rollo de Sala tampoco puede producir en este momento los efectos pretendidos por aquel. Tal renuncia no ha sido ratificada a presencia judicial. Tampoco ha sido efectuada en documento fehaciente que deje constancia de su autenticidad. Además, conforme señala el Ministerio Fiscal, en el juicio oral nadie pidió la ratificación del escrito, no habiendo sido confirmada por el perjudicado Sr. Andrés . Lejos de ello, la Acusación Particular ejercitada por el Sr. Andrés ha mantenido su petición de responsabilidad civil solidaria frente a todos los acusados, incluido el Sr. Paulino , por el total importe de 100.000 euros. Y, conforme señalamos en la sentencia núm. 1365/2011, de 22 de diciembre, no "...cabe hablar de renuncia cuando consta claramente el mantenimiento de forma definitiva de la solicitud de indemnización por la acusación particular." En el mismo sentido, la sentencia núm. 6/2008, de 23 de enero, con remisión expresa a la sentencia de 1 de diciembre de 1990, señala que "los actos de renuncia deben entenderse de un modo absolutamente restrictivo para lo que se debe hacer referencia a las normas contenidas en los artículos 1283 del Código Civil, según el cual cualquiera



que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar, el elemento sistemático o contextual regulado en el artículo 1285 del mismo cuerpo legal: las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas y, finalmente, la norma específica contenida en el artículo 1815 del repetido Código, expresiva de que la transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma. A similar conclusión lleva la doctrina sentada en el orden civil por la Sala Primera de este Tribunal cuando en su Sentencia núm. 1153/2006 de 20 de diciembre, recuerda la doctrina conforme a la cual el art. 1815 del Código Civil limita los efectos de la transacción a los objetos expresados determinadamente en ella o que se infieran de sus palabras, lo que a sensu contrario elimina de su ámbito una previsión, una realidad o una situación distinta, tal como algún Código extranjero (el art. 779 del alemán), por ejemplo, precisa al decir que la transacción es ineficaz cuando la situación tomada como base firme, según el contenido del contrato, no corresponde a la realidad y el litigio o la incertidumbre no habían nacido con conocimiento de la situación verdadera, y evidente."

En el caso de autos, el documento relacionado por el recurrente no es claro en cuanto a la amplitud de la renuncia que aparece como realizada por el Sr. Andrés . De su contenido no puede inferirse cuál ha de ser la proporción que correspondería abonar al Sr. Paulino , ni por ello los efectos que tal renuncia deba tener en relación a la cantidad a abonar por el resto de los condenados, de cuya responsabilidad respondería solidariamente aquel. Y menos aún puede afirmarse que en la renuncia que se plasma en el documento hayan de estar integradas las costas procesales correspondientes a la Acusación Particular. No solo no consta renuncia alguna sobre este particular, sino que la responsabilidad civil no integra las costas procesales, concepto distinto cuya condena supone una compensación indemnizatoria por los gastos que se ha visto obligado a soportar la parte como consecuencia de la persecución del hecho delictivo.

En todo caso, además, no habiéndose fijado en la sentencia la cuota concreta de la que debe responder cada deudor solidario, ha de entenderse que los condenados han de pagar por partes iguales, conforme a lo dispuesto en los artículos 1137 y 1138 del Código Civil. Y lo que es evidente es que la renuncia del perjudicado a reclamar frente a Don Paulino no puede perjudicar al resto de los condenados. Ello está proscrito en el artículo 1146 del Código Civil en virtud del cual la quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores, en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos.

El motivo debe por tanto ser rechazado, sin perjuicio de lo que se acuerde en ejecución de sentencia como consecuencia de la cantidad entregada por el Sr. Paulino al perjudicado.

DÉCIMO.- En el motivo decimocuarto del recurso se alega quebrantamiento de forma al amparo del nº 1 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considerando el recurrente que existe contradicción entre los hechos probados, en relación a la descripción de las conductas llevadas a cabo por el Sr. Paulino que se recogen en la fundamentación jurídica de la sentencia, no pudiendo atribuírsele ninguna conducta concreta de atentado contra la vida o integridad física del Sr. Indalecio .

El contenido de este motivo se corresponde con el motivo noveno del anterior recurso que el recurrente interpuso contra la anterior sentencia 2/2018 de la Audiencia de Valencia, que fue resuelto por esta Sala a través de la sentencia núm. 152/2019, de 21 de marzo, en el apartado tercero del fundamento de derecho segundo, al que expresamente nos remitimos en este momento.

UNDÉCIMO.- El decimoquinto motivo del recurso formulado por Don Paulino se deduce al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho a la presunción de inocencia del 24.2 de la Constitución Española.

A lo largo del desarrollo de este motivo señala el recurrente que no existe prueba de cargo que lleve a concluir que la conducta del Sr. Paulino suponga su participación en la agresión a Don Indalecio ni tampoco su acuerdo con la misma. Explica que, conforme a las declaraciones prestadas por el Sr. Paulino coincidente con las de los acusados Sres. Sixto , Roque y Luis María , únicas pruebas a través de las cuales puede conocerse qué ocurrió en el interior del domicilio del Sr. Indalecio , ha quedado acreditado que el Sr. Paulino fue el último en entrar en la vivienda, dirigiéndose directamente al piso de arriba mientras los demás perpetraban el ataque contra el Sr. Indalecio , y al bajar se interpuso para que no le golpearan más. Añade que él no le golpeó, circunstancia que se confirma a través del resultado de la autopsia practicada, de la que se desprende que el Sr. Indalecio no fue agredido con un cuchillo, no existiendo tampoco restos biológicos del Sr. Paulino mezclados con los del Sr. Indalecio . Por último alega que padece una dolencia en la espalda tratada con opiáceos, que limita su capacidad física en este tipo de enfrentamientos, teniendo limitada su movilidad, y que se encontraba en estado de intoxicación que le provocó una caída en el momento de saltar la valla que le



produjo una lesión en la pierna. Considera por ello que debe ser absuelto del delito de asesinato, al no haber tenido participación alguna en el mismo ni realizado conducta alguna que implique codominio del hecho.

De forma subsidiaria, reitera que no se ha practicado prueba que evidencie la existencia de alevosía, teniendo en cuenta la resistencia de la víctima, el no empleo de instrumentos de mayor capacidad destructiva como cuchillo o pistolas de forma sobrevenida e inesperada por parte del autor de la muerte así como la no interrupción de la violencia inicial sobre la que la víctima que pudiera generar en esta una situación de tranquilidad que hubiese permitido una actuación predatoria y sorpresiva del autor deberían llevar a la condena por delito de homicidio con abuso de superioridad.

En el motivo decimoctavo, deducido también al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho a la presunción de inocencia del 24.2 en relación con el artículo 120.3 de la Constitución Española, expresa el recurrente que se ha motivado de forma parcial, ilógica, arbitraria e irracional por la Audiencia Provincial la participación del Sr. Paulino en los hechos ocurridos en el domicilio del Sr. Indalecio, incurriendo la sentencia en una contradicción intrínseca ya que existen tres fragmentos de la misma que explican lo sucedido en casa del Sr. Indalecio, que le han impedido conocer de cuál de ellos defenderse. Así, en el relato de hechos probados se expresa que todos acometen a la víctima de igual modo, sin especificar el modo en que lo realiza cada uno, señalándose después en la fundamentación jurídica que solo fueron tres los acusados que trataron de inmovilizar y, posteriormente, agredieron a Indalecio. Y más adelante no se aclara cuántos de los acusados golpearon a la víctima, ya que en un primer momento se dice que son tres, y después se narra una situación de sujeción a la víctima que podría venir referida a cinco personas. Por ello denuncia la indefensión material que se le ha ocasionado como consecuencia de la contradicción entre el relato de hechos probados y la fundamentación jurídica de la sentencia en diferentes fragmentos, estimando que no existe base probatoria para atribuir a Paulino la misma actuación en la casa de Don Indalecio que al resto del grupo, teniendo en cuenta que no intervino contra la víctima, no se hallaron ni en la casa ni en el coche ADN del Sr. Paulino, éste trató de impedir que se continuara golpeando al Sr. Indalecio, la muerte fue por asfixia en la que ninguna participación tuvo, y pensó en todo momento que el Sr. Indalecio estaba con vida. Tampoco condujo el coche que les llevó y recogió después, ni participó en el intento de quemar el vehículo del Sr. Indalecio.

Concluye señalando que el plan era robar, como lo prueba el hecho de que el utensilio que portaba tampoco fue utilizado contra la víctima. Añade que no hubo decisión conjunta de agredir ni matar a Indalecio, un reparto de papeles en cuanto a la agresión del Sr. Indalecio, que se interpuso y llamó la atención del resto del grupo para que cesara la violencia contra Don Indalecio y que no realizó ninguna acción que pueda considerarse como esencial.

Estima que el Sr. Paulino únicamente puede ser condenado por un robo en casa habitada con instrumento peligroso y subsidiariamente por un delito de encubrimiento, o con un delito de lesiones, o en su caso procedería una nueva anulación de la sentencia por existir una motivación contradictoria entre el relato de hechos probados y la cointegración en el factum.

Insiste en tal petición a través del motivo decimonoveno, que deduce también por infracción de precepto constitucional de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículos 24.1 y 2 y 120.3 de la Constitución Española, denunciando nuevamente una motivación parcial, ilógica e irracional, y alegando también de nuevo no quedar acreditada la participación del Sr. Paulino en el asesinato, sino solo en un delito de robo en casa habitada con instrumento peligroso o subsidiariamente, también en un delito de encubrimiento. Reproduce en este motivo la argumentación de los motivos segundo, tercero, decimoquinto y decimoséptimo.

A través del motivo vigésimo, que asimismo articula al amparo artículos de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículos 29 y 139.1º del Código Penal, de nuevo señala que no existe prueba de cargo sobre la participación ni como autor ni como cómplice por parte del Sr. Paulino en el delito de asesinato, y, subsidiariamente estima que en todo caso, debería ser considerado cómplice ya que su acción fue absolutamente residual o secundaria, careciendo del dominio del hecho.

1. Como venimos señalando en las sentencias núm. 635/2018, de 12 de diciembre; 470/2018, de 16 de octubre; y 77/2019, de 12 de febrero, entre otras, la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.



Conforme se expone en el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

En consonancia con ello, el artículo. 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el artículo 24.2 de la Constitución Española ("Todos tienen derecho...a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho delictivo y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento, hasta la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria en relación a aquellas sentencias dictadas en procedimientos tramitados al amparo de la legislación anterior, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, lo que comprende el examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y el proceso de formación y obtención de la prueba. Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (artículo 9.1 de la Constitución Española); o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio nemo tenetur (STS 1030/2006, de 25 de octubre).

No se trata de que este Tribunal compare la valoración probatoria efectuada por la Audiencia y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo. Además, no es posible valorar nuevamente las pruebas personales, respecto de las cuales esta Sala carece de inmediación.

2. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y razonada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse discutible o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), matizando la misma doctrina que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan



apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión; basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional (STC 5 de abril de 1990); que lo reconocido en el art. 24.1 de la Constitución es el derecho de todas las personas a ser acogidas y oídas en el proceso, pero no a obtener una sentencia de conformidad, que la tutela judicial efectiva se obtiene, incluso, cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente; y que la indefensión con relevancia constitucional es tan sólo aquélla en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos o intereses (STC 44/1998, de 24 de febrero, que cita las SSTC 290/1993, 185/1994, 1/1996 y 89/1997).

3. En el supuesto examinado, la resolución recurrida, ofrece al recurrente explicación suficiente sobre los motivos que han llevado al Tribunal a desestimar sus pretensiones y a estimar que Don Paulino es responsable en concepto de autor tanto del delito de robo en casa habitada como del delito de asesinato.

De esta forma la sentencia recoge una valoración expresa y detenida de las pruebas de cargo. En la misma se expone, en primer lugar, las pruebas que ha tenido en cuenta para llegar a las conclusiones que expresa. Para ello ha tomado en consideración las declaraciones prestadas por los guardias civiles NUM006 y NUM007 y policía local de Llíria NUM008 , que hallaron el cadáver de la víctima en su propia vivienda, la diligencia de autopsia que pone de relieve el alcance de las lesiones ocasionadas al Sr. Indalecio y determina cuales de ellas fueron capaces de ocasionar el óbito. Se refiere también a los restos genéticos hallados en el vehículo propiedad del fallecido, a las grabaciones obtenidas a través de una videocámara instalada en un centro escolar próximo al domicilio del fallecido, a los flujos de llamadas telefónicas de la víctima, a las pesquisas policiales llevadas a cabo para identificar a los posibles autores de los hechos, al resultado de la intervención de los teléfonos de los acusados y de los registros practicados en sus domicilios, y termina referenciando las declaraciones prestadas en el juicio oral por los acusados quienes, con matizaciones, reconocieron los hechos, confirmando sustancialmente las conclusiones policiales en su momento obtenidas. A continuación explica las conclusiones alcanzadas en el sentido de que los cuatro acusados (Roque , Paulino , Luis María y Sixto) se introdujeron en la vivienda y realizaron actos relacionados con la sustracción de objetos o con la muerte de la víctima. También expone las razones por las que atribuye al Sr. Paulino la misma intervención en la muerte del Sr. Indalecio que al resto de las personas que penetraron con él en su vivienda. Ninguna contradicción esencial se observa en la exposición. De esta manera la sentencia, después de reiterar como tuvieron lugar los hechos, concluye señalando que los cuatro acusados intervinieron en el asesinato, "ya que de uno u otro modo colaboraron en la acción extremadamente violenta que realizaron sobre la víctima, aceptando cada uno de ellos los actos violentos que los demás iban realizando sobre la marcha con la finalidad de inmovilizarla y reducirla, sin mostrar la menor oposición a la realización de tales actos, y el acuerdo que así se fue produciendo entre todos ellos llegó hasta el punto de aceptar que uno de ellos estrangulase a la víctima al sujetarla fuertemente del cuello hasta asfixiarla, quedando así inmóvil por haber fallecido, lo que obviamente no sucedió en un instante sino a lo largo de la acción de ahogamiento, que les fue visible a todos ellos sin que ninguno mostrase la menor oposición material a tal conducta occisa, por lo que todos ellos deben ser considerados como coejecutores de la muerte de la víctima al haber participado en su causación sin objeción ninguna, aceptando ese resultado como una consecuencia eventualmente posible derivada de su propia conducta y de la de sus compañeros de acción, cada uno de los cuales hizo propia las conductas de los otros al no haber mostrado la menor reticencia a que tales acciones tuvieran lugar en el modo como se produjeron." Y añade que "El hecho de que alguno de ellos pudiese haber dicho en algún momento que parasen no dejó de ser más que una advertencia retórica e insuficiente para lograrlo con efectividad, dado el nivel de agresividad colectiva empleada contra la víctima. Así afirma haberlo dicho e intentado materialmente el acusado Sixto . Pero además de que otros de los acusados le desmintieron, afirmando que fue éste quien golpeó en la cara a la víctima, lo bien cierto es que salieron todos juntos a sus respectivos destinos repartiéndose los objetos sustraídos, lo que permite dudar de esos alegatos interesadamente defensivos."

Es cierto que no detalla la actuación individual de cada una de las cuatro personas que penetraron en la vivienda, pero, como sostiene el Ministerio Fiscal, esta Sala tiene declarado (sentencia núm. 78/2018, de 14 de febrero), "en las agresiones conjuntas no es preciso que se concrete en la sentencia la acción individual que realizó cada uno de los coautores, pues cada uno de los hechos ejecutados es un hecho de todos que a todos pertenece, generándose entre los coautores un vínculo de solidaridad que conlleva la imputación recíproca de las distintas contribuciones parciales". Además, en relación al Sr. Paulino , admite que podría no haber llegado a agredir materialmente a la víctima, lo que a juicio del Tribunal no excluye su responsabilidad. De esta manera, si bien en un principio le sitúa al lado de los otros tres acusados interviniendo directamente en la agresión al Sr. Indalecio , señala más adelante que aun cuando no llegara a golpear al Sr. Indalecio , "... decidió no participar en esos actos agresivos porque vio que los otros tres estaban encargándose de ese menester y entonces



él decidió ir a la planta superior para buscar cosas que sustraer." Ello no obstante entiende que se produjo así un reparto de papeles, "... y que luego cuando Paulino bajó y vio que las agresiones continuaban, pudo decir retóricamente que parasen, cosa que obviamente no consiguió, pero nada más hizo al respecto, lo que significa que aceptó la eventualidad de cualquier resultado, incluida la muerte de la víctima, debiéndose añadir que salieron todos juntos del lugar y se fueron juntos a sus respectivos destinos repartiéndose los objetos sustraídos, lo que permite dudar de esos alegatos interesadamente defensivos de este acusado."

Es claro por ello que el Tribunal, aun admitiendo que los hechos tuvieran lugar como señala el recurrente, entiende que el Sr. Paulino debe responder en concepto de autor, del delito de asesinato, explicando suficientemente los motivos que le llevan a establecer tal conclusión.

Todos estos elementos, relacionados y constatados por el Tribunal con prueba directa que detalla en la resolución recurrida, y debidamente valorados, sin lugar a duda exteriorizan la conclusión del Tribunal: el acusado participó de forma consciente, activa, eficaz y decisiva en los actos que determinaron la muerte del Sr. Indalecio; pruebas que además han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal. Se trata en definitiva de una conclusión valorativa ciertamente racional y razonada careciendo esta Sala de casación de motivos para invalidarla.

Igualmente, los razonamientos expuestos en la sentencia recurrida han permitido a la parte conocer puntualmente y combatir los razonamientos expuestos por la Audiencia por los que ha considerado que debe responder como autor de un delito de asesinato, y no como cómplice de asesinato o como autor de un delito de encubrimiento o lesiones, por lo que tampoco existe indefensión alguna derivada de un defecto de motivación. El recurrente puede discrepar de los razonamientos del Tribunal de instancia, pero no debe negar que las cuestiones que suscita se han resuelto motivadamente en los términos en que fueron planteadas.

Tales razonamientos además son compartidos por este Tribunal conforme ha sido expresado en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, por lo que damos ahora por reproducido todo lo que allí se razonó y resolvió en sentido desestimatorio, evitando así reiteraciones innecesarias que sólo alargarían el contenido de esta resolución.

Así las cosas, el motivo no puede acogerse.

DUODÉCIMO.- Los motivos decimosexto y decimoséptimo, se deducen al amparo del 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del art. 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción de precepto constitucional y en concreto del derecho a no sufrir indefensión de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española en relación con los artículos 139.1º, 237, 242.1, 2 y 3 y 22.2 del Código Penal.

Razona el recurrente que en ningún caso, se buscó una situación favorable para provocar la muerte de nadie, ni para actuar violentamente contra nadie, únicamente para robar en una vivienda deshabitada debido a que se tenía constancia de que había drogas en dicha vivienda. No buscándose ni la impunidad ni la indefensión de nadie en cuanto que no había plan de matar. Señala también que en todo caso la circunstancia agravante genérica de aprovechamiento de las circunstancias queda absorbida por la agravante específica de alevosía inherente al tipo penal aplicado. Aduce que no ha sido valorado por el Tribunal que la intención inicial de los acusados fue entrar a robar en otra vivienda, plan del que se desistió por haber gente en ella, y que no existía un plan previo de actuación sobre la casa del Sr. Indalecio, siendo la entrada en su domicilio una absoluta improvisación, entrando en la misma en busca de droga.

Las cuestiones planteadas ya han obtenido contestación en el fundamento de derecho sexto por lo que procede dar aquí por reproducidos los argumentos y conclusiones desestimatorias plasmadas en el mismo.

Únicamente cabe añadir que, conforme allí se expresaba, la agravante de tiempo no se fundamenta en la mayor debilidad de la víctima o indefensión que tal circunstancia le pueda ocasionar, sino que es aprovechada para facilitar la impunidad. De esta forma, la sentencia lo que describe es que los acusados aprovecharon de la oscuridad reinante a la hora elegida para perpetrar su acción, esto es para acceder al domicilio de la víctima sin ser vistos por terceras personas, lo que lógicamente, no solo facilitaba su acción sino también su impunidad, circunstancia ésta que no es contemplada por la agravante de alevosía. En este sentido es irrelevante también que desecharan la idea inicial de perpetrar en otra vivienda por conocer que estaba habitada, pues tal circunstancia nada tiene que ver con el hecho de perpetrar el hecho aprovechando la oscuridad de la noche.

El motivo, en consecuencia, es inviable.

DECIMOTERCERO.- Los motivos vigesimocuarto y vigesimoquinto se deducen al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción de



precepto constitucional y del derecho a no sufrir indefensión del artículo 24.1 en relación con el artículo 120.3 de la Constitución Española por haberse motivado de forma ilógica e irracional el grado de concurrencia de las atenuantes de reparación y de confesión debiendo apreciarse ambas como muy cualificadas.

Reproduce en este motivo razonamientos análogos a los expresados en los motivos primero, quinto y noveno, señalando nuevamente que Don Paulino ha sido el único que ha pagado parte de la responsabilidad civil en una cuantía nada despreciable para una familia humilde, 12.000 euros, habiendo realizado él y su familia un gran esfuerzo y habiendo renunciado el hijo del fallecido a las acciones penales y civiles que pudieran corresponderle frente a él. También señala que su confesión ha sido fundamental para determinar su participación dada la ausencia de pruebas objetivas contra el mismo, y que no fue interesada, habiendo confesado ante la policía sin entrevista previa con su Letrado, sin contacto previo con el resto de los acusados y sin conocimiento del estado de la investigación, lo que evitó la práctica de otras diligencias de investigación. Considera por ello que su confesión ha tenido gran relevancia en la facilitación de la investigación. Aduce nuevamente que su participación en los hechos fue residual. Insiste en que apreciación de las dos atenuantes solo le ha supuesto dos años de prisión menos que al resto de partícipes en los que no ha concurrido ninguna atenuante, y pone de relieve que finalmente su tiempo en prisión será el mismo que el del resto de acusados, si se tiene en cuenta que el límite máximo de cumplimiento son 20 años, por lo que entiende que las penas que le han sido impuestas no son acordes con el principio de proporcionalidad y su fijación ha sido contraria a los principios constitucionales. Por ello solicita que se aprecien las atenuantes de reparación y de confesión como muy cualificadas, se fije la responsabilidad civil pendiente de al Sr. Indalecio por el resto de acusados en 88.000 euros, excluyéndose al Sr. Paulino del reparto solidario de la responsabilidad civil y que no le sean impuestas las costas correspondientes a la acusación particular.

Las pretensiones del recurrente ya han obtenido respuesta en los fundamentos primero, cuarto, quinto y noveno de la presente resolución. Igualmente se ha expuesto en el fundamento undécimo la doctrina sobre la motivación de las resoluciones judiciales, y en este caso la resolución cumple el deber de motivación explicando debidamente, aunque de forma sucinta, los motivos que han llevado al Tribunal a la apreciación de las circunstancias de confesión y reparación como atenuantes simples. Por ello no cabe otra cosa en este momento que remitirnos a lo ya expresado en aquéllos, los que se dan por reproducidos.

Recurso formulado por Don Ricardo .

DECIMOCUARTO.- El primer motivo del recurso formulado por Don Ricardo se deduce por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 28 apartado b) del Código Penal.

Considera el recurrente que no ha existido concierto previo de voluntades ni se dan los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para atribuirle la comisión de un delito de robo a título de cooperador necesario. De forma alternativa señala que únicamente se podría considerar su actuación en calidad de cómplice, por ser su participación accidental, no condicionante y de carácter secundario.

1. Conforme viene señalando esta Sala (sentencia núm. 1702/2001, de 25 de septiembre), "... la autoría conjunta referida en el artículo 28.1 del Código Penal, que constituye a los sujetos en autores en sentido estricto, no implica que cada uno de los coautores deba realizar la totalidad de la conducta típica, sino que el papel de cada uno puede alcanzar distinta entidad o grado en la ejecución, pero de forma que es atribuible la totalidad de la acción a cada uno, es decir, el hecho delictivo les pertenece en igual medida, no son partícipes en lo hecho por otro y por ello no juega el principio de accesoriedad propio de la participación en un hecho ajeno, como sucede con el cómplice. Para reconocer esta forma de autoría directa, en el plano subjetivo, se precisa, como señala también la S.T.S. de 11/4/00, la decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones emanadas en una división de funciones acordadas, acuerdo mutuo o conjunto, no necesariamente previo, dirigido a la ejecución del hecho con asignación de papeles a cada uno de los autores, y en el plano objetivo, en fase de ejecución, el despliegue de la conducta encomendada de forma conjunta y funcional que constituye la base del dominio compartido del hecho típico."

De igual forma venimos diciendo que la complicidad requiere el concierto previo o por adhesión ("pactum sceleris"), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado ("constritum sceleris"), el denominando "animus adiuvandi" o voluntad de participar, contribuyendo a la consecución del fin ilícito, y finalmente la aportación de un esfuerzo propio de carácter secundario y auxiliar, para la realización del empeño común.

2. Los hechos probados, de cuyo relato debemos partir en razón del motivo empleado, conforme a lo ya expresado en el apartado primero del fundamento de derecho de la presente resolución, expresan que: "sobre las 7,20 horas del día 3/01/15 los acusados Luis María, Ricardo, Roque y Sixto, puestos de común acuerdo y con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito, se dirigieron al bar "El Chiringuito", (...). Una vez allí, y en ejecución del plan previamente establecido, que incluía el uso de cualquier clase de fuerza física para



lograr su propósito, el acusado Ricardo , que había conducido el vehículo que les había transportado a todos ellos a dicho lugar y siendo conocedor de los propósitos de sus acompañantes, los dejó en las cercanías del bar y se marchó, no constando que se quedara allí realizando labores de vigilancia dentro del coche en el que se habían desplazado."

Igualmente se declara probado respecto a los hechos acaecidos el día 21/01/15, que "... Tras llegar a las inmediaciones del citado domicilio (domicilio del Sr Indalecio), y en ejecución del plan previo que incluía el uso de toda fuerza necesaria para lograr su propósito, así como de aprovecharse de lo avanzado de la noche para acceder con más facilidad al domicilio, el acusado Ricardo , una vez los otros acusados se bajaron del coche, se marchó del lugar sin que conste que se quedase por allí en el interior del coche dando vueltas por las inmediaciones en labores de vigilancia y de facilitar la huida, si bien era conocedor de los planes de sus acompañantes."

Todo ello pone de manifiesto que el Sr. Ricardo intervino en la acción criminal planeada asumiendo dentro del reparto de papeles el de conducir el vehículo que trasladó a los compañeros al lugar donde se perpetraron los robos, armados con objetos peligrosos y portando unos pasamontañas para ocultar sus rostros. Pero una vez que dejó a sus compañeros en el lugar se marchó de allí. Ni se quedó realizando labores de vigilancia, ni permaneció en el lugar para facilitar la huida de sus compañeros después de perpetrar los hechos.

Por ello su intervención fue la de un simple auxiliar eficaz para el éxito de la empresa criminal. Su aportación al hecho no fue ni esencial ni decisiva, por lo que pudo ser fácilmente reemplazable. Su colaboración fue mínima, esporádica y escasa, propia de un cómplice.

El motivo por ello debe ser estimado en parte.

DECIMOQUINTO.- El segundo motivo del recurso formulado por Don Ricardo se deduce igualmente por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 22.2 del Código Penal.

Considera incorrecta la aplicación al Sr. Ricardo de la agravante de disfraz por su naturaleza objetiva lo que determina que no se pueda comunicar a los que no tienen conocimiento y sin acuerdo. Y señala que no está acreditado que el Sr. Ricardo tuviera conocimiento al momento de la acción de la utilización del disfraz y que además obtuviera ventaja alguna por ello.

1. Conforme exponíamos en la sentencia núm. 720/2018, de 22 de enero, "En todo caso la agravante de disfraz es aplicable tanto a quien materialmente ejecuta el acto provisto de aquél como a quien se concertó con el autor que lo usa conforme a doctrina que ya dejamos expuesta en nuestra STS nº 286/2018 de 13 de junio y ampliamente en las SSTS nº 134/2017 de 2 de marzo, 353/2014 de 8 mayo, 383/2010 de 5 mayo y 838/2001 de 18 mayo, que hacen un detallado análisis de las distintas alternativas en relación a la comunicabilidad de la agravante cuestionada. Si uno de los concertados utiliza el disfraz y otro no, como es el caso de autos, ha de distinguirse a su vez, si el uso del disfraz forma parte del concierto criminal o proyecto delictivo o es ajeno a dicho pacto." En el mismo sentido, como decíamos en la STS 298/2016 de 11 de abril: "el recurrente se beneficia del disfraz en la medida que la impunidad de los autores materiales redundaría en la suya al dificultar el descubrimiento de su participación". Y en la STS. 207/2000 de 18 de febrero , con cita de la sentencia 314/99 de 5 de marzo , tras recordar el doble elemento objetivo y subjetivo de la agravante de disfraz, cuando se planea el delito concertando que uno o varios de los intervinientes utilicen disfraz, como medio necesario para facilitar la comisión del delito o lograr su impunidad, en beneficio de todos los partícipes, la circunstancia agravante se aplica a todos ellos, pues aun cuando no en todos concurre el elemento objetivo de la desfiguración -que como tal elemento objetivo es comunicable, bastando para ello que sea conocido (art. 65.2º C.P)- si concurre en todos el elemento subjetivo, es decir el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad."

2. Como en el caso anterior, articulándose el motivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debemos atenernos al relato de hechos probados. La sentencia refiere, en relación al hecho cometido en el Bar "El Chiringuito" que una vez en el Bar, "... y, en ejecución del plan previamente establecido, que incluía el uso de cualquier clase de fuerza física para lograr su propósito, el acusado Ricardo , que había conducido el vehículos que les había transportado a todos ellos a dicho lugar y siendo conocedor de los propósitos de sus acompañantes, los dejó en las cercanías del bar y se marchó, no constando que se quedara allí realizando labores de vigilancia dentro del coche en el que se habían desplazado." De forma similar, en el relato de hechos relacionados con la vivienda del Sr. Indalecio , señala la sentencia que "Tras llegar a las inmediaciones del citado domicilio, y en ejecución del plan previo que incluía el uso de toda fuerza necesaria para lograr su propósito, así como de aprovecharse de lo avanzado de la noche para acceder con más facilidad al domicilio, el acusado Ricardo , una vez los otros acusados se bajaron del coche, se marchó del lugar sin



que conste que se quedase por allí en el interior del coche dando vueltas por las inmediaciones en labores de vigilancia y de facilitar la huida, si bien era conocedor de los planes de sus acompañantes."

Y en sede de fundamentos jurídicos se argumentó, respecto a los hechos acaecidos en la vivienda del Sr. Indalecio, que Don Ricardo "debe ser considerado como cooperador necesario del delito de robo cometido en casa habitada y con utilización de instrumentos peligrosos y pasamontañas o capuchas, pues condujo en su coche a los demás acusados sabiendo que éstos iban a robar en el interior de una vivienda ajena y que eran portadores de diversos utensilios susceptibles de ser utilizados con fines agresivos, así como pasamontañas o capuchas con la finalidad de no ser identificados." Y en análogo sentido, en relación a los hechos que sucedieron en el Bar "El Chiringuito", señala la sentencia de instancia que aquel "debe ser considerado como cooperador necesario del delito de robo cometido en casa habitada y con utilización de instrumentos peligrosos y pasamontañas o capuchas, pues condujo en su coche a los demás acusados sabiendo que éstos iban a robar en el interior de un establecimiento destinado a bar y que eran portadores de diversos utensilios susceptibles de ser utilizados con fines agresivos, así como pasamontañas o capuchas con la finalidad de no ser identificados."

Por ello ha de estimarse que ese uso le es atribuible subjetivamente ya que formaba parte del pacto entre los coacusados, afirmándose en el relato de hechos probados que el recurrente era conocedor de los planes de sus acompañantes, planes que comprendían el uso de los pasamontañas como se explica después en la fundamentación jurídica de la sentencia.

El motivo, en consecuencia no puede ser acogido.

DECIMOSEXTO.- El tercer motivo del recurso formulado por Don Ricardo se deduce nuevamente por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no aplicación del artículo 21.2 del Código Penal.

Señala que no ha sido apreciada atenuación alguna en el Sr. Ricardo, pese a referirse el Tribunal de instancia a la declaración prestada en juicio por Doña Paloma, profesional de la Unidad de Conductas Adictivas donde se trató, Ricardo, en dos periodos distintos de su adicción entre 1993 a 1994 y posteriormente en 2014 a 2015. Considera que este último periodo coincide con la comisión los delitos de los viene acusado y demostraría que su actuación era consecuencia de su adicción a las sustancias tóxicas.

Debemos reiterar una vez más que el recurso de casación por infracción de ley parte del presupuesto de la intangibilidad de los hechos probados. Y en los hechos probados de la sentencia ninguna referencia se hace a la incidencia del consumo de sustancias estupefacientes en las facultades intelectivas y volitivas del Sr. Ricardo. Es más, en la fundamentación jurídica explica la Audiencia que no existe ninguna constancia probatoria de que los delitos enjuiciados fuesen cometidos hallándose dicho acusado bajo la influencia de drogas previamente consumidas, o bien porque tuviese una necesidad perentoria de hacerse con drogas debido a su intensa drogodependencia. Y añade que no obstante presentar un largo historial de adicción al consumo de drogas en general, de ello no se sigue que al tiempo de los hechos se encontrase psíquicamente afectado por un concreto consumo de drogas o por su falta de consumo. Lejos de ello, en concreto, en relación al Sr. Ricardo, precisamente es el informe y manifestaciones de Doña Paloma lo que lleva al Tribunal a rechazar la concurrencia de atenuación alguna. De esta forma se expresa que la Sra. Paloma declaró en juicio que el Sr. Ricardo había ido a la unidad de conductas adictivas en mayo de 1993 hasta febrero de 1994, y que en septiembre de 2014 volvió a acudir hasta octubre de ese mismo año, sin que ya volviese a acudir en diciembre de 2014 o enero de 2015, comunicando en febrero de 2015 (recordemos que los hechos tuvieron lugar los días 3 y 21 de enero de 2015) que se encontraba bien, aunque consumía esporádicamente.

Por ello, y teniendo en cuenta la doctrina expresada en el apartado segundo del fundamento de derecho séptimo de la presente resolución, y acorde con el relato fáctico de la resolución de instancia, son correctos los razonamientos expresados por la sentencia para excluir la apreciación de la atenuante comentada.

El motivo por ello se desestima.

DECIMOSÉPTIMO.- El cuarto motivo del recurso formulado por Don Ricardo se deduce igualmente por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del artículo 22.7 del Código Penal.

Se limita a expresar en este motivo que reconoció su participación en los hechos, en la parte en la que lo ha hecho y ningún otro coacusado ha admitido que fuera de otra manera. Añade que ha mostrado una actitud de cooperación y esclarecimiento de los hechos de los que conocía.

1. En el mismo sentido expresado en los razonamientos expuestos en el apartado primero del fundamento de derecho cuarto de la presente resolución, recordemos que este Tribunal (sentencia núm. 117/2016, de 22



de febrero) viene señalando que "la atenuante analógica debe apreciarse en atención a la concurrencia de las mismas o similares razones de atenuación en relación con las atenuantes expresamente contempladas en el artículo 21 del Código Penal, pero no permite construir atenuantes incompletas cuando falten los requisitos que se exigen por la Ley.

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

2. En el caso de autos, ninguna referencia se hace en los hechos probados a actividad alguna realizada por el acusado directamente relacionada con el reconocimiento de los hechos. Y en la fundamentación jurídica señala el Tribunal que el Sr. Ricardo declaró seis meses después de haber sido detenido, y sus manifestaciones se limitaron a admitir que llevó a los otros acusados a los lugares donde los hechos tuvieron lugar, pero manifestando que ignoraba si llevaban armas o instrumentos peligrosos, que ignoraba a qué iban a esos lugares y que no sabía nada más.

Tal reconocimiento parcial de hechos, después de acogerse a su derecho a no declarar en el momento de su detención, tanto ante la Guardia Civil como ante el Juzgado, carecía ya de trascendencia alguna en el momento en que se llevó a cabo, ya que su participación estaba ya determinada indiciariamente a través de las diligencias de investigación practicadas, habiendo sido declarada su participación en los hechos por otros investigados detenidos junto al mismo, el mismo día en que se practicaron las detenciones.

Consecuentemente, el Tribunal actuó correctamente al rechazar la apreciación de la atenuante invocada.

En todo caso, el Tribunal ha expresado tener en cuenta las declaraciones que finalmente hizo, explicando su versión de lo ocurrido, como factor de individualización de la penalidad imponible.

El motivo debe resultar pues desestimado.

DECIMOCTAVO.- El último motivo del recurso formulado por Don Ricardo se deduce por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho a tutela judicial efectiva garantizada en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en su vertiente de tener una resolución motivada y fundada en Derecho.

Estima el recurrente que el Tribunal de Instancia no se ha ajustado a la lógica y ha llegado a conclusiones inconsistentes. Reproduce sucintamente algunas de las refutaciones señaladas en los anteriores motivos.

Las objeciones expresadas por el recurrente en este apartado ya han obtenido contestación al examinar el resto de los motivos invocados, por lo que únicamente resta en este momento el rechazo del motivo dando por reproducidos los razonamientos expresados en los artículos anteriores.

Recurso formulado por Don Roque .

DECIMONOVENO.- El primer motivo del recurso formulado por Don Roque se deduce por la infracción de precepto legal prevista en el número 1º del artículo 849, al haberse aplicado indebidamente los artículos 20 (22.8ª) y 139 del Código Penal.

Aun cuando hace referencia al artículo 20 del Código Penal en tres ocasiones, entendemos que se trata de un error por cuanto que lo que realmente invoca es que no procede la apreciación de la agravante de reincidencia. En el extracto del motivo se refiere también a que el Tribunal ha aplicado incorrectamente el artículo 139 del Código Penal, "pues la jurisprudencia exige para su aplicación la concurrencia del elemento subjetivo, circunstancia que en este caso no se cumple". No expresa ningún otro fundamento de sus pretensiones.

En todo caso el motivo no puede estimarse. Respecto a la agravante de reincidencia, el Tribunal afirma en el apartado de hechos probados que resulta intangible en atención al motivo invocado, que " Roque ha sido condenado por sentencia de 2/01/14, firme el 3/04/14, como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de un año de prisión." Los hechos enjuiciados acaecieron los días 3 y 21 de enero de 2015. Por ello es correcta la estimación de la Audiencia Provincial en el sentido de que desde la fecha de la firmeza de tal condena no había transcurrido el plazo de rehabilitación prevenido en el artículo 136 del Código Penal.

El elemento subjetivo del delito de asesinato se recoge también el apartado de hechos probados, que igualmente debe ser respetado. En concreto se expresa que "...Tras llegar a las inmediaciones del citado



domicilio, y en ejecución del plan previo que incluía el uso de toda fuerza necesaria para lograr su propósito, así como de aprovecharse de lo avanzado de la noche para acceder con más facilidad al domicilio, el acusado Ricardo ,...", y que "...Aprovechándose del hecho de que Indalecio estaba dormido y no pudo advertir la presencia de los acusados, así como del hecho de ser cuatro contra uno, los acusados se abalanzaron sobre Indalecio y le golpearon reiteradamente con los objetos que portaban, a la vez que le intentaron atar las manos para evitar cualquier posible defensa por su parte. Como Indalecio se resistía fuertemente, dificultando su inmovilización, pese a los constantes golpes que recibió en la cara y en las piernas por parte de los acusados, uno de ellos le cogió del cuello y lo apretó fuertemente, asfixiándole hasta matarle, sin objeción de los demás que veían lo que estaba sucediendo y continuaban golpeándole indiscriminadamente, hasta que Indalecio quedó inmóvil como consecuencia de haber muerto por ahogamiento."

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO.- A través del segundo y último motivo del recurso se limita el recurrente a señalar que se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al amparo del artículo 5.4 de Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que la resolución recurrida incurre en una patente falta de motivación, se ha producido una violación del artículo 24.1 de la Constitución Española, derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de tener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho.

No expresa los motivos en los que fundamenta tal denuncia. Ello ya es causa de inadmisión del motivo, y en este momento de su desestimación, conforme a lo dispuesto en el artículo 884 en relación con el artículo 874, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En todo caso procede dar por reproducida en este apartado la doctrina jurisprudencial que sobre la motivación de las resoluciones judiciales ha sido expuesta en el fundamento de derecho undécimo. En este caso la resolución cumple el deber de motivación explicando debidamente las razones que han llevado al Tribunal a condenar al recurrente Don Roque como responsable de dos delitos de robo, de un delito de asesinato y de un delito de lesiones, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia para los delitos de robo, la de disfraz para los cuatro delitos y la de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo para los delitos de robo y de asesinato, así como la circunstancia atenuante de confesión analógica.

Recurso formulado por Don Sixto .

VIGESIMOPRIMERO.- El primer motivo del recurso formulado por Don Sixto se deduce por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 120 de la Constitución Española.

Considera que no existe prueba de cargo ni motivación en la sentencia de que el Sr. Sixto supiera que Luis María estuviera asfixiando a Don Indalecio , ni que aceptara el resultado.

A través del segundo motivo de su recurso, que deduce por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 139.1 e inaplicación del artículo 148.1, ambos del Código Penal, reitera el Sr. Sixto que él ni produjo la muerte ni debe comunicarse al mismo el exceso en el que incurrió otro de los acusados. Señala que, según refiere el Tribunal, fue Luis María quien cogió por el cuello al Sr. Indalecio . Sin embargo la sentencia no refleja que los acusados se hubieran puesto de acuerdo para matar a Indalecio y sí, únicamente, que actuaron de común acuerdo con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito. Los acusados portaban armas y objetos peligrosos con los que podían haber causado la muerte de Indalecio fácilmente pero el exceso de uno de los acusados se produjo al asfixiar a la víctima por ahogamiento, no siendo perceptible mientras se estaba produciendo el hecho y por ello se trata también de un hecho inesperado. Añade que el hecho de que el Sr. Sixto dijera a los demás que parasen no puede calificarse de advertencia retórica, sino que es un clarísimo exponente de que no aceptó, ni siquiera con dolo eventual, el resultado muerte. Por último aduce que el hecho de que salieran juntos de la casa y se repartieran lo sustraído, es una circunstancia que carece de toda relevancia para fundar en la misma una supuesta aceptación del exceso en el que incurrió únicamente uno de los acusados.

Las cuestiones suscitadas por el recurrente han sido extensamente tratadas en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, especialmente en sus apartados 4 y 5, al dar contestación a los motivos segundo, tercero, cuarto y quinto a través de los cuales el recurrente Sr. Paulino planteaba análogas discrepancias con la sentencia de instancia. Por ello, y en aras a evitar reiteraciones innecesarias, damos aquí por reproducidos los argumentos y conclusiones desestimatorias plasmadas en el citado fundamento.

VIGESIMOSEGUNDO.- El tercer motivo del recurso se deduce por infracción de ley conforme a lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 77.2 del Código Penal.



Fundamenta el recurrente este motivo señalando que el inicial propósito de todos los acusados era exclusivamente el robar en el domicilio de Indalecio . Es solo al resistirse éste cuando uno de los acusados le produce la muerte por asfixia. Con cita de la sentencia de esta Sala núm. 203/2018, de 25 de abril considera que, conforme al artículo 77.2 del Código Penal vigente al tiempo de ocurrir los hechos, el delito de asesinato constituyó el medio para cometer el delito de robo. Y estima por ello que ambos delitos deben ser castigados con una única pena de 17 años, 6 meses y 1 día de prisión, es decir, la prevista para el delito de asesinato aplicada en su mitad superior.

1. La solución que se dé a la cuestión planteada no es baladí, pues de ello derivan distintas consecuencias, conforme al artículo 76 Código Penal.

El concurso real implica que cada infracción penal será castigada por separado, sin más limitaciones que las expresadas en el propio artículo 76 del Código Penal para restringir ciertas exasperaciones punitivas derivadas de la comisión de una pluralidad de infracciones penales. Frente a ello, el concurso medial determinará la imposición de una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave (o bien la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior si se trata de hechos, como en el presente, acaecidos antes de la reforma operada mediante Ley 1/2015, de 30 de marzo).

Hay concurso medial cuando se cometen varias acciones que dan lugar a varios delitos, pero hay entre ellos una relación de medio a fin: uno de ellos es medio necesario para cometer otro u otros. En el concurso ideal existe una unidad de propósito que vincula los dos delitos de alguna manera en una unidad superior, lo que provoca que la pena sea inferior a la suma aritmética de las penas propia del concurso real, ya que en otro caso se penarían los delitos por separado. Y en el concurso real existen varias acciones que dan lugar a varios delitos con las consecuencias punitivas que de ellos de derivaban, conforme al artículo 76 Código Penal.

En el caso que ahora nos interesa, concurso robo-asesinado, la relación entre los actos de apoderamiento y los actos de violencia física, y en particular los delitos en los que éstos se concretasen en atención al menoscabo físico causado sobre la víctima, han sido resueltos tradicionalmente aplicando las reglas del concurso real de delitos.

Los argumentos empleados para ello son diversos y aparecen perfectamente delimitados en la sentencia de esta Sala núm. 84/2010, de 18 de febrero:

1) La dicción literal del precepto. El artículo 242.1 del Código Penal, después de señalar la pena correspondiente al delito de robo añade una regla concursal: "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los actos de violencia física que realizase", por lo que parece claro que pretende sustraer la respuesta punitiva a los delitos así engarzados de lo que podría ser la respuesta derivada de la aplicación de las reglas generales.

2) La consumación del acto violento y el apoderamiento recorren caminos separados, lo cual se ajusta más a la técnica del concurso real que del ideal. La diversificación de resultados diferentes -apoderamiento violento y además homicidio- permite hablar de hechos también distintos, dado que para la individualización de los hechos se ha de atender a la acción y también al resultado.

3) Las distorsiones penológicas que se producirían en caso de ocasionar varios resultados lesivos, pues la regla del concurso ideal no permite tenerlos a todos en cuenta.

4) La mayor antijuridicidad de la conducta por afectación a bienes jurídicos diferentes, patrimonio/vida o integridad física, no podía agotarse mediante las simples reglas del concurso del artículo 77 del Código Penal.

No cabe en suma que el concurso de violencia en la consecución de la finalidad lucrativa provoque una merma del resultado penológico vinculado al que sería el derivado de las dos infracciones autónomas. Se perdería así la respuesta a la mayor antijuridicidad de quién para satisfacer su propio lucro no duda no sólo en poner en peligro sino aún atentar contra la vida o integridad física ajenas.

5) No todos los casos en los que concurre violencia o intimidación son medios necesarios para el apoderamiento. No basta tal relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo, pues la ley exige que sea necesaria, esto es, que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron. En el caso del robo violento, las lesiones causadas por violencia superior a la que es necesaria para el apoderamiento, se sitúan fuera de la estructura del tipo de robo violento que no exige la causación de tales resultados. Por consiguiente no es predicable de ese exceso lesivo una instrumentalidad medial que solo concurre objetivamente en la violencia que sea necesaria para el logro del ataque a la propiedad.



Este argumento establece en consecuencia una precisión sobre los anteriores: la violencia superior a la que es necesaria para el apoderamiento es la que va a determinar la aplicación de las reglas del concurso real de delitos.

En la línea de este último argumento, esta Sala ha venido realizando ciertas matizaciones. Así, en las sentencias núm. 147/2009, de 12 de febrero y 35/2012, de 1 de febrero, con cita de las sentencias núm. 172/1998, de 14 de febrero; 326/1998, de 2 de marzo; y 123/2003, de 3 de febrero, dijimos que "... el artículo 77 del Código Penal -con no pocas críticas doctrinales- equipara al verdadero concurso ideal una relación instrumental que tendría mejor catalogación como modalidad o subforma del concurso real. De ahí la interpretación jurisprudencial que fija el alcance de esa relación medial, señalando que para que proceda la estimación del concurso ideal no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo y real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubieren precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual."

Ello no supone un cambio sustancial con la doctrina anterior, sino que, como decíamos, matiza, suavizándolo, el criterio que ha de establecerse para determinar si la violencia ejercida supone un exceso sobre la que era necesaria para el apoderamiento.

En la sentencia núm. 102/2018, de 1 de marzo precisábamos que "La necesidad no puede medirse exclusivamente en abstracto. En abstracto jamás encontraremos un supuesto en que un delito sea estrictamente imprescindible para cometer otro. Se puede cometer un robo sin causar lesiones; una estafa sin necesidad de una falsificación; etc..."

Hay que atender para realizar esa valoración también al supuesto específico para comprobar si en concreto existía esa relación de medio a fin y una necesidad no absoluta sino relativa."

Y tal criterio fue el aplicado en la sentencia citada por el recurrente, núm. 203/2018, de 25 de abril, en la que se ha querido apreciar un cierto cambio del criterio jurisprudencial, aun cuando los razonamientos que contiene no difieren con lo que se acaba de exponer.

En aquel caso, dos de los acusados agarraron a su víctima por la fuerza impidiéndole la libertad de movimiento, obligándole a sentarse en una silla mientras le tapaban la boca y la nariz con un trapo impidiéndole la respiración. Tal acción coincidió en el tiempo con los actos de apoderamiento desarrollados, y ocasionó el fallecimiento de la víctima por asfixia por sofocación.

En base a ello, se estimó que, en este supuesto concreto, el delito de asesinato operó como medio necesario para a su vez culminar el robo desde el inicio pretendido.

De esta forma se valoró el exceso violento que ahora queda mitigado por la exigencia de valoración en el caso concreto y de una necesidad no absoluta sino meramente relativa, conforme se expone en las sentencias núm. 147/2009, de 12 de febrero; 35/2012, de 1 de febrero y 102/2018, de 1 de marzo, antes citadas.

Esta postura soluciona las objeciones que se realizaban en los demás argumentos que defendían la aplicación de las normas del concurso real de delitos, ya que, en primer lugar, los actos de violencia física realizados no quedan impunes sino que en todo caso van a suponer una agravación de la pena, por vía del concurso real o del concurso medial, lo que será valorado en el caso concreto de acuerdo al criterio de necesidad relativa.

Al igual que en el concurso real, en el medial nos encontramos ante dos actos diferentes con resultados diferentes, de ahí que haya sido considerado como una modalidad de concurso real (pluralidad de acciones en correspondencia con una pluralidad de delitos, sancionado como si se tratase de un concurso ideal (unidad de acción con pluralidad de delitos). En definitiva se trata de un concurso real en el que la pena única total del hecho excepcionalmente no se rige por el principio general de la acumulación, con los límites previstos en el artículo 76, sino por la regla específica que establece el artículo 77.1 del Código Penal. El fundamento de tal asimilación punitiva de un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello supone, puede encontrarse en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción (sentencia núm. 520/2017, de 6 de julio).

En todo caso, además, los distintos resultados lesivos sí son tenidos en consideración, con las matizaciones efectuadas, en aras a determinar la pena a imponer. De hecho, la exigencia de valoración en el caso concreto y de una necesidad no absoluta sino meramente relativa permite llevar a cabo la evaluación del grado de antijuridicidad partiendo de la base del tipo de afectación a bienes jurídicos y la determinación de los efectos



concretos derivados de la conducta típica, lo que conecta directamente con el principio de proporcionalidad de las penas.

2. En el supuesto de autos, la sentencia refleja como la víctima fue hallada atada de pies y manos y presentaba signos externos de haber sufrido diversos actos de violencia, tales como el tabique nasal roto, nueve costillas rotas, hematomas en el tronco y en las extremidades, estando la cara amoratada con mucha sangre. Igualmente fueron hallados una sábana y un almohadón con manchas de sangre, e incluso había sangre en el techo que había sido proyectada hasta allí como consecuencia de las agresiones sufridas por la víctima.

La autopsia ha determinado, como recoge la sentencia, que la causa de la muerte había sido la asfixia mecánica por constricción del cuello con las manos, esto es, por estrangulación.

Además, el Sr. Indalecio fue agredido por tres personas armadas con instrumentos contundentes que utilizaron para golpearle, atacándole sorpresivamente cuando se encontraba tumbado y dormido en un sillón frente al televisor.

Y los agresores llevaban la cara tapada con un pasamontañas.

De todo ello se infiere que la acción de uno de los agresores, en esas circunstancias, cogiéndole del cuello, apretándole fuertemente y asfixiándole hasta matarle, como se expresa en el apartado de hechos probados, era de todo punto innecesaria para facilitar la comisión del robo o/y lograr sus agresores la impunidad. Los agresores no podían ser identificados por la víctima, pues llevaban sus caras tapadas. Tampoco podían ser agredidos y la víctima no podía escapar ni defender su persona o/y su propiedad, pues además de haber recibido cuantiosos y contundentes golpes se encontraba atada de pies y manos.

En consecuencia, hay un concurso real entre un delito de robo de los artículos 237 y 242.1, 2 y 3 del Código Penal y un delito de asesinato del artículo 169.1 del mismo texto legal.

El motivo por ello debe ser desestimado.

VIGESIMOTERCERO.- El cuarto motivo del recurso formulado por Don Sixto se deduce por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo del artículo 22.2ª del Código Penal.

Estima que la circunstancia agravante de tiempo -nocturnidad- no es de aplicación cuando los hechos ocurren en casa habitada y/o en local abierto al público y, máxime, cuando ya ha sido de aplicación la agravante de disfraz puesto que en tales casos ya se aplica la circunstancia de agravación de casa habitada, desapareciendo por ello el fundamento de la agravación de la circunstancia de nocturnidad.

La procedencia de la aplicación de esta agravante ya ha sido examinada en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución en el que se ha dado respuesta al motivo octavo del recurso formulado por Don Paulino, a cuyo contenido por ello procede que nos remitamos en este momento.

Únicamente cabe añadir en este momento que tal circunstancia, en tanto que fue buscada de propósito para facilitar la comisión de los hechos y la impunidad de los acusados, es compatible con la de cometer el hecho en casa habitada y con la de disfraz, aportando un plus en la facilitación del delito y en la impunidad de sus responsables cuyo desvalor no queda cubierto por aquellas agravaciones.

La sentencia de instancia explica que los acusados aprovecharon que se trataba de una hora intempestiva, como la una y media de la madrugada, en una zona en la que, si bien había algunos chalets en las cercanías, eran más bien pocos, había además poca iluminación y el chalet de la víctima estaba en una calle sin salida, donde había muy poca circulación de vehículos. Ninguno de tales elementos integra las circunstancias de casa habitada o de disfraz. La mecánica comisiva no podría haber sido la misma si hubiera habido vecinos próximos, que se habrían alarmado, o los hechos se hubieran perpetrado a plena luz del día, o se hubiese tratado de una calle concurrida. Luego la ideación del hecho contaba con la circunstancia de referencia, con la ubicación cuasi-aislada, solitaria y en una zona poco iluminada.

El motivo se desestima.

VIGESIMOCUARTO.- El quinto motivo del recurso se deduce por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida del artículo del artículo 21.7ª del Código Penal en relación con los artículos 21.1ª y 20.1ª del mismo Código.

Considera el recurrente que debe apreciarse la eximente incompleta de enajenación mental, o alternativamente la atenuante analógica de la misma clase, en atención a la esquizofrenia que sufre, unido a su larga historia de drogadicción.



1. Como ya se ha expresado anteriormente, necesariamente hemos de partir - STS. 544/2016 de 21.6- de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (SSTS. 138/2002 de 8.2, 716/2002 de 22.4, 1527/2003 de 17.11, 1348/2004 de 29.11, 369/2006 de 23.3).

Las causas de inimputabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal (STS. 1477/2003 de 29.12).

En definitiva para las eximentes o atenuantes no rige en la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo". La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la eximente o atenuante pretendida no determina su apreciación. Los hechos constitutivos de una eximente o atenuante han de quedar tan acreditados como el hecho principal (SSTS 701/2008 de 29.10, 708/2014 de 6.11).

Igualmente ya se ha explicado que el motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

2. En el caso de autos. El recurrente se limita a solicitar la atenuación por vía de infracción de ley, señalando únicamente que la esquizofrenia deja un residuo patológico, llamado defecto esquizofrénico, que conserva quien tal enfermedad padece, lo que, unido a su larga historia de drogadicción, debe llevar a su juicio a apreciar una atenuante como muy cualificada.

Sin embargo, ninguna mención contiene el apartado de hechos probados en la que se describa patología alguna en el Sr. Sixto . Y en la fundamentación jurídica de la sentencia el Tribunal deja constancia del informe Médico Forense emitido sobre el Sr. Sixto , en el que si bien se expresa que padece un trastorno psicótico, posiblemente una esquizofrenia paranoide crónica, junto a un trastorno por consumo de tóxicos (patología dual grave) que le sumen en una situación, de forma habitual, de distorsión de la capacidad de análisis de muchas de las circunstancias que le rodean, ello no obstante, en los hechos que actualmente se le imputan (fallecimiento de Indalecio), analiza claramente que son disvaliosos, alejándose de ellos alegando que no participó directamente en la agresión, introduciendo datos de carácter paranoide, cuándo manifiesta entre otras cosas que 'querían acabar conmigo'. Dichos contenidos de perjuicio presentan un origen delirante, propio de la patología que sufre el informado. El informe concluye que en relación con los hechos objeto de las presentes actuaciones el informado no presenta ideación delirante directa, siendo crítico ante los mismos. Por ello considera que, si bien se trata de un enfermo psiquiátrico, no existe una alteración significativa de las bases psicobiológicas de la imputabilidad en el mismo en relación a los hechos enjuiciados.

En consecuencia, no apareciendo acreditado que las circunstancias concurrentes en el Sr. Sixto implicaran una alteración de sus facultades intelectivas y/o volitivas, ha de estimarse correcta la decisión del Tribunal al no apreciar atenuación por este motivo.

El motivo no puede por tanto acogerse.

VIGESIMOQUINTO.- El sexto motivo del recurso se deduce por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida del artículo del artículo 21.2ª del Código Penal.

Denuncia el recurrente que la sentencia deniega la aplicación de la atenuante de actuar el culpable a causa de su grave adicción a sustancias estupefacientes porque no existe ninguna constancia probatoria de que los delitos enjuiciados fuesen cometidos hallándose dichos acusados bajo la influencia de las drogas previamente consumidas, o bien porque tuviesen una necesidad perentoria de hacerse con drogas debido a su intensa drogodependencia. Frente a ello señala que la apreciación de esta atenuante no requiere que se actúe bajo los efectos de las drogas o porque se tenga una necesidad perentoria de conseguir las, sino que es suficiente que el delito cometido sea funcional, es decir, se haya perpetrado de cara, entre otras cosas, a la adquisición de droga en un plazo más o menos próximo.

1. La cuestión suscitada por el recurrente ya ha sido tratada en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución al dar contestación a los motivos noveno, décimo, vigésimo tercero, vigésimo sexto, vigésimo séptimo y vigesimooctavo del recurso formulado por Don Paulino .

De esta forma se ha expuesto que para poder apreciar la circunstancia de drogadicción, sea como una mera atenuante, sea como una eximente incompleta, es imprescindible que conste probada la concreta e



individualizada situación psicofísica del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la duración de la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como a la singularizada alteración de las facultades intelectivas y volitivas cuando ejecutó la acción punible; sin que la simple y genérica expresión de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y matices, permita aplicar una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones. Lo característico de la drogadicción a efectos penales es la relación funcional con el delito, es decir, que actúe como un elemento desencadenante del mismo, de tal manera que el sujeto actúa impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar sus posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo continuar con sus costumbres e inclinaciones, no bastando por ello, con la mera condición de consumidor de sustancias estupefacientes, aunque el consumo sea habitual.

2. En el caso del Sr. Sixto, el Tribunal únicamente ha constatado un largo historial de adicción al consumo de drogas en general, sin que al tiempo de los hechos se encontrase psíquicamente afectado por un concreto consumo de drogas o por su falta de consumo. Se desconoce la relación funcional entre la adicción del acusado y los delitos cometidos, y con ello la verdadera influencia en la capacidad de culpabilidad.

El motivo es inviable.

VIGESIMOSEXTO.- El séptimo motivo del recurso se deduce por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo del artículo 148.1 del Código Penal.

Señala que el Sr. Sixto, ni produjo las lesiones ni debe comunicarse al mismo el exceso en el que incurrió otro de los acusados, Luis María, al golpear con la pistola simulada a Ramona. En base a ello estima que debe ser absuelto del delito de lesiones.

Debemos reiterar una vez más que el recurso de casación por infracción de ley parte del presupuesto de la intangibilidad de los hechos probados. Por ello, debemos ceñirnos al relato fáctico de la sentencia impugnada, en la que se relata que "...sobre las 7,20 horas del día 3/01/15 los acusados Luis María, Ricardo, Roque y Sixto, puestos de común acuerdo y con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito, se dirigieron al bar "El Chiringuito", (...) y en ejecución del plan previamente establecido, que incluía el uso de cualquier clase de fuerza física para lograr su propósito, (...) entraron en el bar cubriéndose el rostro con un pasamontañas y portando el acusado Luis María un arma de fuego simulada metálica, el acusado Roque una pata de cabra y el acusado Sixto un objeto metálico alargado apto para disparar cartuchos, objetos que llevaban para amedrentar, y en su caso golpear, a los allí presentes, exigiendo la entrega de sus objetos de valor. Para obtener los mismos, uno de los tres acusados entró en la zona destinada a domicilio y, con la intención de menoscabar la integridad física ajena, golpeó con el arma en la cabeza a Ramona ,...".

Del citado relato se infiere que los tres acusados actuaron con conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, ya que, como expresa el Tribunal, los tres penetraron en el bar que se encontraba comunicado con la vivienda de las víctimas, los tres iban armados con objetos peligrosos y por tanto aceptaron la posibilidad de utilizarlos. Aun cuando fuera Luis María quien golpear a Doña Ramona, tal agresión fue conocida por el Sr. Sixto, quien no mostró la menor repulsa u objeción, apoderándose de cuantos objetos de valor estimó oportuno y abandonando tras ello el lugar junto a los demás. Además, el relato de hechos señala expresamente que el plan previamente establecido incluía el uso de cualquier clase de fuerza física para lograr su propósito.

En definitiva, los acusados actuaron de manera conjunta apoyándose recíprocamente en la acción emprendida contra su víctima, sin efectuar objeción alguna frente a la conducta protagonizada por cada uno, sin tratar de evitar la acción del compañero, y sin desistir de su acción. No puede por tanto extraerse conclusión distinta de la que se refleja en la sentencia de instancia, ya que tal actuar pone de manifiesto no solo la participación directa de cada uno de los acusados en los hechos, sino también su conformidad con la acción desplegada por uno de ellos. De esta manera todos ostentaban el codominio del hecho y, por tanto, dominaban las acciones comunes y necesarias hacia el cumplimiento del tipo penal. Por ello es acertada la conclusión alcanzada por la Audiencia al considerales coautores de la totalidad de las acciones realizadas frente a sus víctimas, esto es, de las que materialmente ejecutó cada uno y de las que, con su acción conjunta, permitió y apoyó que ejecutaran sus compañeros, dominando de esta forma conjuntamente la totalidad del hecho delictivo.

El motivo, consiguientemente, no puede prosperar.

VIGESIMOSÉPTIMO.- El octavo motivo del recurso se deduce por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo del artículo 148.1 del Código Penal e inaplicación del artículo 147 del mismo Código.



Expone el recurrente que el uso de armas o medios peligrosos no conlleva necesariamente la aplicación del artículo 148.1 del Código Penal. Añade que el empleo del arma o medio peligroso al cometer el delito de robo ya ha dado lugar a la aplicación de la agravación específica prevista en el apartado 3 del artículo 242 del Código Penal.

1. Conforme exponíamos en la sentencia núm. 461/2011, de 25 de mayo, "En la jurisprudencia se ha destacado la diferencia entre ambos supuestos agravados, pues bastando para el robo la mera exhibición, se ha exigido para las lesiones agravadas una efectiva utilización concretamente peligrosa, lo que excluiría la existencia de una doble valoración. Los pronunciamientos aparentemente contradictorios a esta tesis diferenciadora suelen referirse a supuestos en los que la violencia orientada al apoderamiento se concreta precisamente en la causación de lesiones con empleo del medio peligroso, casos en los que la doble agravación no se ha considerado posible. Distintos de aquellos otros en los que, utilizada el arma en actos de exhibición para conseguir la intimidación, en el curso del apoderamiento se ejecuta un acto de agresión a alguna de las víctimas utilizando el arma de modo concretamente peligroso.

2. En el caso de autos, los acusados portaban un arma de fuego simulada metálica, una pata de cabra y un objeto metálico alargado apto para disparar cartuchos. Inicialmente únicamente fueron exhibidas por los asaltantes para amedrentar a sus víctimas. Pero, como se expone en el apartado de hechos probados, posteriormente, uno de los asaltantes, Luis María, entró en la zona destinada a domicilio y, con la intención de menoscabar la integridad física ajena, golpeó con el arma en la cabeza a Doña Ramona, sin que se exprese circunstancia alguna que explique la necesidad del ataque, no constando que ésta ejerciera oposición alguna frente a la acción de los acusados.

Conforme expresábamos en la sentencia núm. 102/2018, de 1 de marzo, no se está castigando dos veces una misma conducta (uso del arma), sino dos conductas distintas en las que aparece un elemento común que agrava cada una de ellas, una circunstancia compartida por cada una de las infracciones.

El motivo por ello se desestima.

VIGESIMOCTAVO.- La estimación en parte del recurso formulado por Don Paulino y por Don Ricardo, y la desestimación del recurso formulado por Don Roque y Don Sixto, conlleva la declaración de oficio de las costas respecto de los primeros y la condena de Don Roque y Don Sixto al pago de las costas procesales causadas por sus recursos, incluidas las de la Acusación Particular, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. Estimar en parte los recursos de casación interpuestos por Don Paulino y por Don Ricardo, contra la sentencia nº 205/2019 de 10 de abril, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia que condenó a D. Paulino por un delito de robo y un delito de asesinato, y a D. Ricardo, por dos delitos de robo y un delito contra la salud pública. En consecuencia se anula parcialmente esa resolución que se casa y se sustituye por la que a continuación se dicta, y

2º Desestimar los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Don Roque y Don Sixto contra la sentencia anteriormente mencionada.

3º Declarar de oficio las costas procesales correspondientes a los recursos de Don Paulino y Don Ricardo, **condenando** a Don Roque y Don Sixto al pago de las costas de sus recursos, incluidas las de la Acusación Particular.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Carmen Lamela Díaz

RECURSO CASACION (P) núm.: 10356/2019 P

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz



Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 24 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto en la causa Procedimiento Sumario número 48/2017, seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante del Sumario n.º 1/2015, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Liria de los de Valencia, por delitos de asesinato, robo y lesiones, contra, entre otros, los recurrentes: D. Paulino con D.N.I. n.º NUM009, hijo de Pedro Jesús y Azucena, nacido en La Vall D'uixó (Castellón) el día NUM010 de 1970, D. Ricardo, con D.N.I. n.º NUM011, hijo de Alfredo y Carlota, nacido en Almazora/Almassora (Castellón) el día NUM012 de 1975, D. Roque, con D.N.I. n.º NUM013, hijo de Baltasar y Elisenda, nacido en Castellón de la Plana el día NUM014 de 1978 y D. Sixto, con D.N.I. n.º NUM015, hijo de Cayetano y Estibaliz, nacido en Castellón de la Plana el día NUM016 de 1981; se dictó sentencia condenatoria número 205/2019, por la mencionada Audiencia el 10 de abril de 2019, que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo expresado en el fundamento de derecho segundo de nuestra sentencia de casación procede fijar la extensión de la pena de prisión a imponer a Don Paulino por el delito de asesinato por el que es condenado en 17 años.

SEGUNDO.- De conformidad con el fundamento decimocuarto de la sentencia casacional, procede condenar a Don Ricardo como cómplice de un delito de robo con violencia con uso de instrumento peligroso, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de disfraz y reincidencia y como cómplice de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, con la concurrencia de las circunstancias agravantes reincidencia, disfraz y tiempo.

TERCERO.- En orden a la determinación de la pena a imponer por su participación como cómplice de un delito de robo con violencia con uso de instrumento peligroso, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de disfraz y reincidencia, teniendo en cuenta iguales consideraciones que se expresan en la sentencia dictada por la Audiencia, la pena básica es la de prisión de 3 años y 6 meses a 5 años, que debe ser rebajada en un grado conforme a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, por lo que la pena tendrá una duración de entre 1 año y 9 meses a 3 años y 6 meses. La concurrencia de una sola circunstancias agravante y ninguna atenuante determina que la pena deba imponerse en su mitad superior conforme a lo dispuesto en el artículo 66.1.3^a del Código Penal, esto es, entre 2 años 7 meses y 15 días y 3 años y 6 meses, imponiéndose en extensión de 3 años al concurrir una segunda circunstancia agravante.

La pena a imponer por su participación como cómplice de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de tiempo, disfraz y reincidencia, teniendo en cuenta iguales consideraciones, la pena básica es la de prisión de 4 años y 3 meses a 5 años, que debe ser rebajada en un grado conforme a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, por lo que la pena tendrá una duración de entre 2 años, 1 mes y 15 días a 4 años y 3 meses. La concurrencia de una sola circunstancias agravante y ninguna atenuante determina que la pena deba imponerse en su mitad superior conforme a lo dispuesto en el artículo 66.1.3^a del Código Penal, esto es, entre 3 años 2 meses y 7 días y 4 años y 3 meses, imponiéndose en extensión de 3 años y 6 meses al concurrir otras dos circunstancias agravantes.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Primero.- **Fijar** la extensión de la pena de prisión a imponer a **Don Paulino** por el delito de asesinato por el que es condenado en 17 años.

Segundo.- **Condenar** a Don Ricardo como cómplice de un delito de robo con violencia con uso de instrumento peligroso, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de disfraz y reincidencia a la pena de TRES AÑOS de prisión y como cómplice de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso, con la concurrencia de las circunstancias agravantes reincidencia, disfraz y tiempo a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES de prisión.

Tercero.- **CONFIRMAR**, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 205/2019, de 10 de abril, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Rollo de Sala 48/2017.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Carmen Lamela Díaz