

Roj: **STS 4429/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4429**Id Cendoj: **28079120012015100632**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/10/2015**Nº de Recurso: **10164/2015**Nº de Resolución: **623/2015**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SS 1037/2014,**  
**STS 4429/2015**

## SENTENCIA

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

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal de los procesados **Jesús Ángel y Carmelo**, contra Sentencia núm. 313/14, de 23 de diciembre de 2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, dictada en el Rollo de Sala núm. 1060/13 dimanante del Sumario núm. 4422/2012 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Donostia, seguido por delitos de asesinato y robo con violencia contra mencionados recurrentes; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando los recurrentes representados por: Jesús Ángel por el Procurador de los Tribunales Don Alberto Collado Martín y defendido por por la Letrada Doña Ana Vivancos Martínez, y Carmelo representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Paula María Guhl Millán y defendido por el Letrado Don Abilio Vived de la Vega.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Donostia instruyó Sumario núm. 4422/12 por delitos de asesinato y robo con violencia contra **Jesús Ángel y Carmelo**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que con fecha 23 de diciembre de 2014 dictó Sentencia núm. 313/14, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

*"PRIMERO.- Entre los días 7 y 10 del mes de octubre de 2012 los procesados D. Jesús Ángel, conocido como "Quico", D. Carmelo y el menor de edad Romulo (que fue condenado por estos hechos por sentencia firme, de fecha 3 de mayo de 2013 pronunciada por el Juzgado de Menores de Donostia-San Sebastián), concertaron la realización de una sustracción de dinero y otros objetos de valor económico en el domicilio de Doña Paula, sito en la CALLE000 núm. NUM000 NUM001 NUM002 de Donostia-San Sebastián, mujer de 93 años que era atendida y cuidada por Doña Celia, madre del menor Romulo.*

**SEGUNDO.-** A través de la información suministrada por el menor Romulo, D. Jesús Ángel y D. Carmelo conocieron que entre las 14.00 horas y las 20.00 horas Doña Paula de 93 años de edad permanecía sola en la casa, dado que la cuidadora, la madre del menor Romulo, se ausentaba en el citado tramo horario. Además supieron también que el día 11 de septiembre del mismo año el menor Romulo había realizado de forma subrepticia una copia de la llave que permitía el acceso al portal del inmueble y a la vivienda donde residía Doña Paula.



*TERCERO.- Los procesados Do Jesús Ángel y D. Carmelo quedaron a las 15.00 horas del día 10 de octubre de 2012 en las inmediaciones del Palacio de Justicia de Atotxa provistos de, entre otros efectos, viseras, gafas, guantes, pañuelos y mochilas. desde ahí se encaminaron juntos hacia la CALLE000 , llegando al inmueble núm. NUM000 de la citada calle hacía las 15.28 horas. entraron en el mismo, utilizando la copia de la llave que portaban, y una vez en su interior, subieron por las escaleras hacia la vivienda de Doña Paula . En uno de los descansillos D. Jesús Ángel se colocó una gorra negra con viseras y guantes y D. Carmelo un pañuelo y guantes, todo ello con la finalidad de ocultar su rostro y no dejar huellas dactilares, y evitar, de esta manera, su identificación, asimismo uno de ellos exhibió el cuchillo que portaba, de dos hojas de filos con una longitud de hoja igual o superior a 12 cm. y una anchura igual o superior a 12 mm. instrumento que todos vieron nítidamente y que decidieron utilizar en la realización de lo planificado, sabiendo que Doña Paula se encontraba sola en al casa.*

*CUARTO.- De esta manera, cubiertos los rostros con gorros, viseras y pañuelos, enfundadas las manos y usando la copia de las llaves, los tres accedieron al interior de la vivienda donde, tras un inicial registro de las habitaciones más cercanas a la entrada, llegaron a la habitación de Doña Paula . Tras una breve discusión entre ellos al percibir que Doña Paula estaba en su habitación, en el marco de la cual D. Carmelo mentó que pensaba irse, indicándole D. Jesús Ángel que estuviera tranquilo pues no iba a pasar nada, Don Jesús Ángel y el menor Romulo se introdujeron en la habitación, permaneciendo D. Carmelo en el pasillo, pagado al quicio de la puerta. En ese momento, Doña Paula detectó al presencia de los intrusos, llegando a proferir una expresión de sorpresa, instante en el que Don Jesús Ángel , se abalanzó sobre ella y le asestó una puñalada en el lado derecho del cuello, que causó una herida inciso-punzante en la mentada región lateral que provocó una intensa hemorragia retrofaringea en la víctima, le endilgó un golpe brutal en la región facial que provocó una fractura que atraviesa el maxilar superior, otra fractura de malar derecho que asciende hasta la raíz nasal, así como una fractura del malar izquierdo, f racturas, todas ellas, que provocaron una intensa hemorragia con inmediata pérdida de consciencia de la víctima y entrada en fase agónica. en este estado D. Jesús Ángel le propinó tres puñaladas en la región torácica dos en la región abdominal y una en la región paraumbilical, puñaladas, todas ellas, que produjeron heridas inciso punzantes. Las lesiones causadas, principalmente las fracturas de los huecos faciales, causaron al Doña Paula un shock hipovolémico que causaron su muerte.*

*QUINTO.- Mientras Doña Paula era apuñalada y golpeada Don Carmelo que conocía desde el primer momento que la víctima estaba en la casa y que uno de sus dos acompañantes portaba un cuchillo que pensaba utilizar si la misma detectaba su presencia, permaneció impassible en la zona del pasillo adyacente a la puerta de la habitación mientras Doña Paula era brutalmente agredida y, además, asíó las joyas que Don Jesús Ángel y el menor Romulo entregaban mientras se producía el virulento ataque, introduciéndolas en la mochila que portaba. Tras ello, los tres abandonaron la vivienda y el inmueble en el que radicaba, dirigiéndose al parque de Nazaret, sito en la calle Aldakonea, donde escondieron una parte de las joyas sustraídas, una caja joyero vacía, un monedero y una cartera conteniendo 75 euros y la documentación personal de Doña Paula . El resto de las joyas se las quedó D. Carmelo con el compromiso de proceder a su venta y repartirse a partes iguales el precio.*

*SEXTO.- El día 11 de octubre de 2012 D. Carmelo , D. Jesús Ángel y una prima de éste último acudieron al establecimiento "Metales Preciosos del Norte SL" sito en el número 8 de la calle Eguía de San Sebastián, donde vendieron ocho anillos por un precio de 510 euros. Más tarde acudieron al local "Oro Caja" ubicado en la calle Miracruz núm.,. 34, donde enajenaron tres anillos con circonitas, un anillo con perla, un anillo con piedra y una alianza pequeña por un precio de 315 euros. El día 19 de octubre de 2012 se encaminaron nuevamente al comercio "Metales Preciosos del Norte SL" vendieron una cadena y cuatro colgantes de oro por un precio de 620 euros. El precio de las ventas fue repartido entre Don Jesús Ángel y D. Carmelo .*

*SÉPTIMO.- Doña Paula tenía dos hijos: Doña Camino nacida el NUM003 de 1949 y D. Clemente , nacido el NUM004 de 1950.*

*OCTAVO.- D. Jesús Ángel y D. Carmelo son mayores de edad y carecen de antecedentes penales. Se encuentran en situación de prisión provisional desde el día 11 de noviembre de 2012."*

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

"Condenamos a D. Jesús Ángel :

*Como coautor de un delito de robo con violencia en casa habitada y utilizando un arma, concurriendo la circunstancia agravante de disfraz, a la pena de cuatro años ocho meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y durante la duración de la condena.*

*Como coautor de un delito de asesinato concurriendo al circunstancia agravante de disfraz a la pena de diecinueve años de prisión e inhabilitación absoluta.*

SEGUNDO.- Condenamos a D. Carmelo :



*Como coautor de un delito de robo con violencia en casa habitada y utilizando un arma concurriendo al circunstancia agravante de disfraz, a la pena de cuatro años y ocho meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de la condena.*

*Como coautor de un delito de asesinato, concurriendo al circunstancia agravante de de disfraz, a la pena de diecisiete años seis meses y un día de prisión e inhabilitación absoluta.*

*TERCERO.- Condenamos solidariamente a Don Jesús Ángel y D. Carmelo a restituir a Doña Camino y D. Clemente los siguientes objetos: joyas y objetos de bisutería y 75 euros localizados den el parque Nazaret de la calle Alddakonea, así como las joyas incautadas en los establecimientos "Metales Preciosos del Norte SL" y "Oro Caja". También los condenamos a abonar a cada uno de los dos hijos de Doña Paula (Doña Camino y D. Clemente ) la cantidad de 15.000 euros en concepto de indemnización por daños morales. Esta cantidad devengará el interés previsto en el art. 576.1 de la LEC. desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago.*

*CUARTO.- Condenamos a D. Jesús Ángel y D. Carmelo a abonar por mitades e iguales partes las costas procesales.*

*QUINTO.- Acordamos que se abonen en las penas de prisión impuestas en esta sentencia la prisión provisional sufrida por cada uno de los acusados en esta causa."*

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de los procesados **Jesús Ángel y Carmelo** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso formulado por la representación legal del procesado Jesús Ángel , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**1º.-** Autoriza el mismo el número 1 del art. 849 de la LECrim ., por aplicación indebida del delito de asesinato contemplado en el art. 139.1 del C. penal , al no existir prueba suficiente de la existencia de alevosía.

**2º (marcado como tercero por el recurrente).-** Autoriza el mismo el núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., por infracción del principio general del derecho que se recoge en la máxima "in dubio pro reo".

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

**1º.-** Recurso de casación por infracción de Ley del art. 849.1 de la LECrim ., al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración de la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales previsto en el art. 24.1 de la CE .

**2º.-** Recurso de casación por infracción de Ley del art. 849.1 de la LECrim ., al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE , al no existir prueba de cargo suficiente sobre la participación de mi representado en delito.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto interesó la decisión del mismo sin celebración de vista y solicitó la inadmisión de todos los motivos que subsidiariamente impugnó, por las razones expuestas en su informe de fecha 27 de mayo de 2015; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 1 de octubre de 2015, sin vista.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa condenó a Jesús Ángel y a Carmelo como autores criminalmente responsables de un delito de robo con violencia en casa habitada y utilización de armas, concurriendo la agravante de disfraz, y como autores de un delito de asesinato con idéntica agravante, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han recurrido en casación los aludidos acusados en la instancia, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Recurso de Jesús Ángel .

**SEGUNDO.-** Formaliza dos motivos, que numera como primero y tercero. Por el primero, y por el cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la indebida aplicación de la circunstancia agravante de alevosía que cualifica el delito de asesinato a los efectos dispuestos en el art. 139-1º del Código Penal .



Dado el cauce casacional que alumbró el motivo, hemos de partir para dar respuesta a tal queja casacional del hecho probado. Éste declara que, una vez en el interior de la vivienda, morada de doña Paula, llegaron a su habitación, tras un previo registro, penetraron en la alcoba este recurrente y el menor Romulo, quedándose Carmelo en el quicio de la puerta; tras entrar, doña Paula, de 93 años de edad, detectó su presencia, profirió un grito de sorpresa, instante en el que Jesús Ángel se abalanzó sobre ella, y le asestó una puñalada en el lado derecho del cuello, que provocó una intensa hemorragia en la víctima, a continuación «le endilgó un golpe brutal en la región facial que provocó una fractura que atraviesa el maxilar superior», junto a otras fracturas, que generaron la pérdida de consciencia y la entrada en una fase agónica, momento en que le propinó el ahora recurrente otras tres puñaladas, dos en la región abdominal y otra en la torácica, que causaron un shock hipovolémico que produjeron su muerte.

La narración que acabamos de realizar, de la mano de la sentencia recurrida, nos lleva ineludiblemente a la conceptualización alevosa de la acción descrita. En efecto, hemos dicho que la alevosía, cuya concurrencia transfigura el homicidio en asesinato, ofrece dos aspectos complementarios que patentizan su carácter mixto, pues su vertiente objetiva consiste en un «modus operandi» que asegura el resultado, elimina la posible defensa de la víctima, y en consecuencia, evita riesgos al agente, mientras que en su faceta subjetiva incluye un componente teleológico, que se traduce en que el dolo del agente ha de proyectarse tanto sobre la acción en sí como sobre la indefensión de la víctima, bien entendido que la situación no precisa ser creada o buscada de propósito porque basta su aprovechamiento. En definitiva, su fundamento está, de acuerdo con la referida naturaleza mixta objetivo-subjetiva, en un plus de antijuridicidad y de culpabilidad. Sobre tal base general la doctrina de esta Sala viene distinguiendo tres modalidades de alevosía: a) la proditoria, caracterizada por la trampa, la emboscada, la celada, la asechanza o el apostamiento; b) la súbita o inopinada cuando el agente desencadena el ataque «ex improvisu», esto es, estando totalmente desprevenido el ofendido, al cual nada en el comportamiento de aquél le permite presagiar que va a ser agredido de una forma que impida todo intento defensivo; y c) la singularizada por el aprovechamiento por parte del culpable de una especial situación de desvalimiento, como sucede cuando el ofendido es un niño de corta edad, un anciano, se halla privado de razón o de sentido, gravemente enfermo, durmiendo o en estado de ebriedad.

En el caso enjuiciado, el ataque se produce en la alcoba de la víctima, encontrándose ésta totalmente desprevenida frente a la subrepticia entrada de dos asaltantes que penetran en su habitación, y que se aprovechan de las condiciones físicas una persona anciana (93 años), totalmente desvalida. La alevosía es, pues, patente, y el motivo, en consecuencia, no puede prosperar.

**TERCERO.-** Por el motivo segundo (que el recurrente ha denominado tercero), y por el propio cauce impugnativo que el motivo anterior, el autor del recurso invoca la regla valorativa de "in dubio pro reo", siendo así que esta Sala ha recordado que el principio «in dubio pro reo» sólo se infringe y puede dar lugar a la casación, cuando el Tribunal, a pesar de sus dudas sobre la prueba de la autoría, ha dictado sentencia condenatoria. Por el contrario, se ha señalado en múltiples sentencias que el principio «in dubio pro reo» no constituye el fundamento de un derecho del acusado a que el Tribunal dude (fuera de su vertiente en el ámbito de la presunción de inocencia). En este sentido, el principio «in dubio pro reo» tiene un campo de acción más reducido que el de presunción de inocencia (cfr. STS 825/1999, de 26 mayo). La doctrina de esta Sala de Casación es constante al señalar que, siendo el ámbito propio del principio «in dubio pro reo» el de la valoración de la prueba, carece de expreso reconocimiento constitucional y de acceso a la casación (véanse, entre otras, SSTS de 18 de noviembre de 1985, 3 de noviembre de 1986, 25 de junio de 1990 y 31 de octubre de 1995), subrayándose que, en cualquier caso, no cabe apreciar la infracción del principio cuando la Sala sentenciadora no expresa duda alguna en la valoración de la prueba practicada, declarando probada de manera clara y terminante la participación del acusado en el hecho enjuiciado, toda vez que para que la duda pueda y deba resolverse en beneficio del reo, es imprescindible que exista, lo que no sucede en el caso presente (STS de 29 de enero de 1996).

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Recurso de Carmelo .

**CUARTO.-** Por el primer motivo, y al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 LOPJ, por infracción del artículo 24.1 CE, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El recurrente alega que entre los acusados no hubo acuerdo para causar la muerte de la víctima, y asimismo, que desconocía la existencia del cuchillo portado por Jesús Ángel y no realizó actos encaminados a producir el óbito de la Sra. Paula. Se trataría -en su tesis- de una desviación del curso normal de los acontecimientos previstos.

El motivo no puede prosperar.



Como acertadamente expone el Ministerio Fiscal ante esta instancia casacional, cabe destacar que de las propias declaraciones de los implicados en los hechos se desprende que los tres individuos, el recurrente y dos más, estaban de acuerdo en perpetrar un robo en la vivienda de Doña Paula, de 93 años, mediante la utilización de un cuchillo, que portaba uno de ellos. Los mensajes que se cruzan entre ellos lo dejan meridianamente claro.

Con respecto al denominado "pactum scaeleris" la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que, en los delitos dolosos, la común responsabilidad de los partícipes se basa en el acuerdo entre los distintos intervinientes en la acción, pero sustancialmente en la ejecución de un reparto de papeles con aportaciones causales recíprocas que dan lugar a lo que se ha denominado la imputación conjunta o recíproca de la acción.

Esta Sala ha valorado la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito. 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél. 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por éste, no bastando el simple conocimiento. 4) Que cuando intervengan los que no hubieran concurrido a los actos de iniciación ya no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho; 5) que la coautoría presupone la común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevarla a efecto, siendo esencial la unidad de conocimiento y voluntad de aquéllos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la puesta en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno la entidad y relevancia precisas que definan al delito; 6) que la coautoría debe ir acompañada en su vertiente subjetiva por dolo directo o eventual; que el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización de un plan delictivo por ellos trazado, establece entre los que se concertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se le asigne; y 7) que la jurisprudencia actual rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este motivo, la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha "tomado parte directa" en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho.

Toda participación en la comisión del hecho delictivo -para implicar una responsabilidad criminal- ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría. El otro elemento -el objetivo-, se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal. Sobre esta base, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos. Así, cabe hablar de la denominada teoría del "acuerdo previo" ("pactum scaeleris" y reparto de papeles), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación. Otra teoría es la del "dominio del hecho" (en cuanto posibilidad de *interrumpir* a voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos *actúa y deja actuar* a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúen de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos. Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto. La doctrina habla en estos supuestos de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la "totalidad" de lo hecho en común.

En la definición de la coautoría acogida en el art. 28 del Código Penal 1995 como "realización conjunta del hecho", implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, *por sí mismo*, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos como el enjuiciado en el que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.



Y, en segundo lugar, la coautoría requiere una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, lo cual integra el elemento objetivo, lo que puede tener lugar aun cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional del hecho en el coautor. Decíamos en la STS 251/2004, de 26 de febrero, que "cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal". Y se añadía que "su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que no resulta prescindible ( STS 529/2005, de 27 de abril ). Se trata, pues, no tanto de que cada coautor domine su parte del hecho, sino de que todos y cada uno dominan el hecho en su conjunto (véase STS de 3 de julio de 2006 ).

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

En el caso enjuiciado, el dominio funcional del hecho lo está en la ideación conjunta del acto criminal, la preparación de elementos para llevarlo a cabo, incuestionablemente de forma igualmente conjunta, el dirigirse hasta el lugar de los hechos de manera combinada y de común acuerdo, con su presencia en el mismo, el conocimiento por parte de todos de que uno de los autores porta un cuchillo, que en el «factum» se expresa que «pensaba utilizar si la misma [la moradora de la vivienda] detectaba su presencia», luego el curso causal que ocurrió más tarde, esto es, el apuñalamiento de la víctima se presentaba así como algo previsible si la anciana se apercebía de su presencia, ya que era de todo punto lógico que había que neutralizar la mayor o menor resistencia que pondría con seguridad para ser asaltada.

Por lo demás, es un hecho probado que, tras el apuñalamiento de la anciana, se apoderaron de todo lo que de valor había en la casa, siendo este recurrente ( Carmelo ) quien introducía en su mochila las joyas que le iban dando los otros dos partícipes en el robo, escondiendo entre todas las joyas en un parque, es más, quedándose el resto de las joyas que no fueron ocultas el ahora recurrente con el compromiso de proceder a su venta y repartirse a partes iguales el precio obtenido.

En definitiva, quien interviene en un robo violento, proyectando su ejecución, conociendo que existen uno o varios moradores en la vivienda, portando armas para lograr intimidar o, en su caso, neutralizar la posible resistencia de las víctimas, interviniendo con distribución de funciones en sus pormenores, proyectados o ejecutados conforme se desarrollan los acontecimientos, es coautor de los diversos delitos cometidos, en virtud del llamado principio de imputación recíproca, salvo que lo finalmente ejecutado entre en el curso de una desviación completamente imprevisible.

De manera que la simple presencia convierte al concurrente en coautor aunque no realice físicamente todos los actos ejecutivos de apropiación de bienes ajenos, con tal que exista acuerdo previo, reparto de papeles -incluso el propio acompañamiento- y dominio funcional del hecho, en el sentido de aquietamiento ante su realización sin desistir en su aportación criminal. Satisface mejor la teoría del dominio funcional del hecho (sin desistir de la acción en momento alguno) el fundamento de la autoría conjunta, que la comisión por omisión, por estar los implicados en situación de garante, ante un riesgo previo creado por el autor ( art. 11,b del Código penal ), sobre todo en los delitos de realización instantánea, siendo la comisión por omisión más propia de los delitos permanentes, todo ello sin perjuicio de su aplicación en casos puntuales.

En el caso enjuiciado, entraba dentro de lo previsible que quien portaba un cuchillo terminara por usarlo para neutralizar la resistencia de la víctima, o el aviso o alerta que pudiera realizar a terceros.

Tal y como establece la sentencia recurrida, el diseño del delito de robo, planeado por los autores, hacía previsible que la víctima reaccionase desplegando su oposición o solicitando ayuda a los vecinos de los pisos contiguos, en el momento que percibiese que su vivienda había sido invadida por terceros, lo que implicaba que los intrusos también, previsiblemente, tratarían de neutralizar tal comportamiento.

El recurrente, según se desprende de sus declaraciones, vio fuera del piso que el cuchillo lo llevaba el coimputado Sr. Jesús Ángel, antes de acceder a la vivienda.

Los mensajes intercambiados entre los acusados acreditan que sabían que en la casa vivía una anciana.



Todos los partícipes estaban al tanto de que, en la ejecución de la sustracción se iba a portar un cuchillo y, consecuentemente, sabían que dentro de lo previsible se encontraba que, ante la reacción de la víctima, el portador del cuchillo lo utilizaría para agredirla, como así ocurrió.

El Tribunal "a quo" imputa al recurrente el asesinato de la Sra. Paula a título de dolo eventual, pues conoció el concreto peligro que se cernía sobre la vida de dicha persona, cuando sus acompañantes se introdujeron en el dormitorio de la víctima, provistos de un cuchillo, y escuchó la expresión de sorpresa de esta última, así como presencié los subsiguientes golpes que sufrió D<sup>a</sup> Paula, sin que el Sr. Carmelo se opusiera en forma alguna, sino todo lo contrario, intervino en el apoderamiento de las joyas, que le entregaban Jesús Ángel y el menor Romulo.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**QUINTO.-** En el motivo segundo se denuncia la vulneración de la presunción de inocencia, proclamada constitucionalmente en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna.

El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente comprobación:

1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (**prueba existente**).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (**prueba lícita**).

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (**prueba suficiente**).

4ª. Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (**prueba de cargo razonada**).

En el presente supuesto, cabe constatar que la Sala de instancia hace referencia detalladamente al resultado de las múltiples pruebas practicadas. En efecto, el FD Segundo recoge el contenido de las declaraciones de los acusados y del menor Romulo, el testimonio de Andrés (médico de una empresa que presta servicios a Osakidetza), de Clemente (hijo de la fallecida), de Camino (hija de la víctima), de Celia (madre del menor Romulo), de Nemesio (técnico sanitario de ambulancias), de Luis Antonio (conductor de ambulancia), de Gregoria (pareja del hijo de la víctima), de Teresa (prima de Carmelo), de Dulce (empleada de un tienda de compra de oro), de Olga (trabajadora de un establecimiento de compra de oro), de Claudio (cerrajero), de los Agentes de la Ertzaintza n° NUM005, n° NUM006, n° NUM007, n° NUM008, n° NUM009, n° NUM010, n° NUM011, n° NUM012, n° NUM013, n° NUM014, n° NUM015, n° NUM016 y n° NUM017, de los Dres. Porfirio, Jesús Carlos y Aurelio, médicos forenses del Instituto Vasco de Medicina Legal, de los Agentes números NUM018, NUM019, NUM020, NUM021, NUM022, NUM023, NUM024, los documentos de venta de joyas (f. 2072-2077), el informe de usuario televisa (f. 929-930), las inspecciones oculares y fotografías (f. 2140-2145), el dictamen de la Sección de Lofoscopia e Inspecciones oculares de la Unidad de Policía Científica de la Ertzaintza (f. 1310-1349, 1350-1378; 1415-1428; 1430-1433), el dictamen de la Sección de Genética Forense de la Unidad de Policía Científica de la Ertzaintza (f. 1379-1413; 1434-1443; 1444-1452; 1465-1471; 1487-1497), el informe de la Sección de Nuevas Tecnologías de la Unidad de Policía Científica (f. 1453-1464; 1475-1486), el informe de la Sección de Documentoscopia y Grafística de la Unidad de Policía Científica de la Ertzaintza (f. 1498-1507), el acta judicial de 17 de enero de 2013, y el intercambio de llamadas y mensajes entre Jesús Ángel, Carmelo y Romulo (f. 1193-2037).

La referida prueba acredita que medió concierto entre Jesús Ángel, Carmelo y el menor Romulo para la comisión de un delito de robo en la vivienda de D<sup>a</sup> Paula, sabiendo que en su interior se encontraba dicha



persona, de más de 90 años, y además el recurrente era conocedor de que Jesús Ángel portaba un cuchillo, luego es evidente que procede apreciar el subtipo agravado del artículo 242.3 del CP .

Asimismo, de las declaraciones de los autores del hecho se desprende que la agresión a la víctima se llevó a cabo cuando el Sr. Carmelo se hallaba en el interior de la vivienda y en su presencia, como una consecuencia previsible del acto sustractor planeado.

Procede traer a colación lo indicado en el precedente motivo, respecto del razonamiento empleado por el Tribunal "a quo", a fin de imputar el asesinato, a título de dolo eventual, al recurrente.

En consecuencia, ha existido prueba de cargo, lo que lleva a la desestimación del motivo.

**SEXTO.-** Al proceder la desestimación de ambos recursos, se está en el caso de condenar en costas procesales a los recurrentes por imperativo de lo dispuesto en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal de los procesados **Jesús Ángel y Carmelo** , contra Sentencia núm. 313/14, de 23 de diciembre de 2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez