



Roj: **STS 2292/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2292**

Id Cendoj: **28079120012022100553**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2022**

Nº de Recurso: **10815/2021**

Nº de Resolución: **563/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AR 1019/2021,**
STS 2292/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 563/2022

Fecha de sentencia: 08/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10815/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de Aragón

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10815/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 563/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 8 de junio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 10815/2021, interpuesto por D. **Florencio contra** la sentencia núm. 74/2021 dictada en el Rollo Apelación Tribunal del Jurado num. 81/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 24 de noviembre de 2021 que resuelve el recurso de apelación interpuesto **contra** la sentencia núm. 232/2021 del Tribunal del Jurado num. 128/2021 dictada el 21 de junio de 2021 por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 12 de Zaragoza instruyó el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 con el núm. 1832/2020 por **delitos** de asesinato, **contra** la salud pública, robo con violencia y tenencia ilícita de armas **contra** Florencio , y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, en la que vista la causa por el Tribunal del Jurado (Rollo núm.128/2021) dictó sentencia en fecha que contiene los siguientes **hechos probados**:

" Conforme al veredicto del Jurado, son hechos probados, y así se declaran, que tras haberse producido conversaciones telefónicas y reuniones previas entre compradores y vendedores sobre una importante cantidad de cocaína, en las cuales habían concretado los detalles de la operación, sobre las 18 horas del día 5 de enero de 2015, Florencio , que formaba parte del grupo de los compradores, acudió en compañía de otra persona al domicilio de Humberto , donde también vivían otros familiares de éste, sito en la CALLE000 , nº NUM000 , de esta ciudad de Zaragoza, y lo hicieron con el fin de apropiarse de la cocaína cuya compra habían acordado con los vendedores, entre los que estaba el citado Humberto , en cantidad aproximada de 500 gramos, con un propósito de destinarla posteriormente a la venta a terceros, accediendo al domicilio portando sendas pistolas -una apta para disparar cartuchos del calibre 7,65 mm. y otra, detonadora modificada, apta para disparar cartuchos de 9 mm-, con las cuales pretendían intimidar a los moradores y así poder apropiarse de la droga sin pagar por ella ninguna cantidad de dinero.

Seguidamente, mientras Matías salía de la vivienda forcejeando con el acompañante de Florencio , Humberto intentó quitarle la pistola a Florencio , colocándose con tal fin a su espalda para, desde esta posición, cogerle la mano derecha, en la que la portaba, mientras con la otra mano le sujetaba la parte superior del cuerpo, procediendo Florencio a dispararle, de forma consecutiva, cuatro balas, de las cuales una le entró a Humberto por la zona axilar, otra por el pecho y dos por la zona abdominal, con trayectoria de atrás hacia delante, la primera, y de delante hacia atrás, las otras tres, siendo la bala que le entró por el pecho la que le alcanzó el corazón, lo que le hizo desplomarse, falleciendo de forma inmediata como consecuencia del shock hemorrágico que ello le generó.

Desde el momento en que entró al mencionado domicilio, Florencio era consciente de la muy elevada probabilidad de que tendría que utilizar la pistola que portaba para apropiarse de la cocaína que fue a buscar, sin pagar el precio acordado, asumiendo como muy previsible el resultado de muerte que al disparar con ella podía producirse, el cual se materializó cuando con una de las referidas cuatro balas disparadas **contra** Humberto le atravesó el corazón.

Ante el cariz que habían tomado los hechos, Florencio se marchó apresuradamente, realizando algún disparo más a la salida de la vivienda, en el rellano y escalera del edificio, bajando a la calle e introduciéndose en el vehículo con el que habían llegado a la citada dirección, donde les esperaba la persona que les había llevado hasta allí, quedando en el suelo del inmueble, junto a la puerta de entrada, la droga que habían ido a buscar, concretamente dentro de una bolsa transparente que contenía un total de 547,82 gramos de cocaína, distribuida en paquetes y cápsulas cilíndricas, cuya pureza oscilaba entre el 15% y el 52%.

Florencio carecía de autorización para portar la pistola con la que efectuó los disparos.

Como parientes más próximos, Humberto tenía a su madre, Marcelina , dos hermanos, Matías y Angelina , y una hija menor de edad, Aurora ."

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



"Que debo condenar y condeno al acusado Florencio , como autor responsable de un **delito** de homicidio, a una pena de doce años y seis meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Que debo condenar y condeno al acusado Florencio , como autor responsable de un **delito contra** la salud pública, por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, a las penas de cuatro años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de sesenta mil euros (60.000 €), con la responsabilidad personal subsidiaria de seis meses, en caso de impago.

Que debo condenar y condeno al acusado Florencio , como autor responsable de un **delito** de robo con violencia en casa habitada y uso de instrumento peligroso, en grado de tentativa, a la pena de dos años y ocho meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debo condenar y condeno al acusado Florencio , como autor responsable de un **delito** de tenencia ilícita de armas, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Condeno al acusado Florencio al pago de las costas procesales, así como a que indemnice a la menor Aurora en la cantidad de setenta mil euros (70.000 €), a Marcelina en la de cincuenta mil euros (50.000 €) y a Matías y Angelina en la de veinte mil euros (20.000 €) a cada uno. Dichas cantidades devengarán el interés señalado en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para el cumplimiento de las penas de prisión impuestas se le abonará al penado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Dese el destino legal correspondiente a las sustancias intervenidas, al dinero, en su caso, y a los efectos intervenidos.

Así por esta mi sentencia, **contra** la que puede interponerse recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, formalizado ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial dentro del plazo de diez días contados a partir del siguiente al de la última notificación, y de la que se llevará testimonio al rollo de Sala, lo pronuncio, mando y firmo."

TERCERO.- **Contra** la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado Florencio , dictándose sentencia núm. 74/2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en fecha 24 de noviembre de 2021, en el Rollo de Apelación del Tribunal del Jurado núm. 81/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Florencio **contra** la Sentencia dictada el 21 de junio de 2021 en procedimiento Ley de Jurado núm. 12812021 dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera.

2º.- Confirmar la sentencia de instancia en todos sus extremos.

3º.- Declarar de oficio las costas de la apelación.

Notifíquese la presente sentencia a las partes personadas, con la advertencia de que **contra** la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, previa constitución, en su caso, del depósito correspondiente de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, una vez firmada, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal del condenado Florencio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo primero.- Al amparo del art 852 de la LECrim por infracción de precepto constitucional. Derecho a un proceso con todas las garantías legales. Art. 24 de la Constitución. Quebrantamiento de forma que causa



indefensión. Por existencia de defectos en el veredicto. Defecto en la proposición del objeto de aquél con indefensión. Derecho a un proceso con todas las garantías legales.

Motivo segundo.- Al amparo del artículo 849.1º LECrim. Puesto que la sentencia ha incurrido infracción legal en la calificación jurídica de los hechos, al penar por el art. 138.1 del Código Penal cuando tendría que haberlo hecho por el 142.2 del mismo Código.

Motivo tercero.- Al amparo del Artículo 849.1 del mismo texto. Puesto que la sentencia ha incurrido en infracción legal en la calificación en la determinación de la pena: Debe apreciarse la tentativa que señala el art 62 del Código penal con relación al art. 368 que tipifica el **delito contra** la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del Artículo 849.1 de la LECrim. en la determinación de la pena del robo con violencia del art. 242.2 del Código penal

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó en su escrito de fecha 24 de febrero de 2022 la inadmisión y subsidiariamente su desestimación. La Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 7 de junio de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA CAUSANTE DE INDEFENSIÓN POR DEFECTOS EN LA CONFECCIÓN DEL OBJETO DEL VEREDICTO

1. El recurrente combate, mediante el motivo del artículo 852 LECrim, la estructura proposicional del objeto del veredicto, la claridad de alguna de las proposiciones que lo integran y la extralimitación del magistrado-presidente en su propia formulación.

Con relación a la primera objeción, considera que mediante la fórmula alternativa condicionada con la que se construyó el objeto del veredicto se privó al Jurado de la posibilidad de pronunciarse sobre un hecho decisivo para la defensa, como el que se contiene en la proposición 17ª. En esta se cuestionaba, precisamente, si el resultado de muerte se produjo por imprudencia grave. Al impedirse al Jurado contestarla, atendida la respuesta dada a la proposición 16ª, se vulneró sensiblemente el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva.

Respecto a la segunda, insiste en que la proposición 16ª, sobre la que se funda el veredicto de culpabilidad y, a la postre, la declaración de condena por un **delito** de homicidio del artículo 138 CP, no es ni clara ni precisa para decantar la concurrencia de dolo eventual en la acción.

La hipótesis fáctica propuesta permite también apreciar culpa consciente como una forma de manifestación de la imprudencia grave.

Además, la conclusión alcanzada en la sentencia contradice otras afirmaciones fácticas del Jurado. Este declaró no probado que el hoy recurrente tuviera intención de causar la muerte del Sr. Humberto (respuesta a la proposición 8ª), que estuviera detrás del fallecido cuando uno de los disparos impactó en la axila de este (respuesta a la proposición 6ª), que el ataque fuera sorpresivo (respuesta a la proposición 9ª). Declarando probado, por **contra**, que se produjo un forcejeo entre Humberto y el recurrente en el que el primero intentó arrebatarle el arma (respuesta a la proposición 13ª) y que fue en el curso de dicho subepisodio cuando el recurrente disparó cuatro tiros que impactaron en Humberto (respuesta a la proposición 14ª).

Con respecto a la tercera objeción, el recurrente considera que la formulación de la proposición 16ª no se ajustó al contenido del escrito de acusación, incumpléndose, por tanto, el mandato de vinculación a las conclusiones de las partes contenida en el artículo 52 LOTJ. El magistrado-presidente se desvió de la oscura fórmula acusatoria empleada por el Ministerio Público para identificar el dolo eventual, reformulando los términos de la hipótesis acusatoria en perjuicio del recurrente.

§ Admisibilidad de los gravámenes

2. El motivo obliga a despejar, con carácter previo, si todos los gravámenes que lo integran resultan admisibles. La invocación del artículo 852 LECrim, como cauce casacional, no "independiza" los gravámenes por defectos en la confección del objeto del veredicto de la condición de admisibilidad que para la apelación se establece



en el artículo 846.bis C) a) LECrim y que, en lógica consecuencia, se traslada a la casación: la necesidad de que la parte agraviada haya reclamado en la instancia la previa subsanación.

De manera reiterada, hemos afirmado el razonable fundamento de esta carga pretensional. Coherente, por otro lado, con uno de los elementos más significativos de la institución del Jurado como lo es que las partes puedan intervenir, en los términos previstos en el artículo 53 LOTJ, en la propia configuración del objeto de veredicto que se somete a deliberación. Las partes asumen junto con el magistrado-presidente una función de colaboración para incluir o excluir del objeto del veredicto todos los elementos que pueden influir en la decisión que ha de tomar el Jurado -vid. SSTs 267/2013 de 22 de marzo; 450/2017, de 21 de junio-.

Por ello, no parece razonable que quien no pretendió que el objeto se ajustara al contenido pretensional formulado o que se excluyeran aquellos extremos proposicionales que pudieran incumplir las condiciones de inclusión previstas en la norma, pretenda, en instancias de revisión, la nulidad del veredicto por defectos en la confección de su objeto.

De admitirse dicha posibilidad se abriría la vía a estrategias pretensionales abusivas, convirtiéndose la nulidad en un instrumento de corrección desajustado a los fines que puedan justificarla. La declaración de nulidad de los actos procesales y, en particular, de la sentencia por infracción de normas de producción reclama individualizar un efecto de indefensión con relevancia constitucional -vid. STS. 487/2008 de 17 de julio-. Debiéndose entender por tal el que priva de razonables expectativas de intervención defensiva y alegación en el proceso, siempre que no sea imputable a la propia actitud o conducta procesal de la parte que la sufre -vid. SSTC 61/2007, 61/2019-.

Es en este contexto en el que la exigencia de que la parte agraviada formule la oportuna reclamación ante el rechazo de sus pretensiones modificativas del objeto del veredicto adquiere todo el sentido como instrumento al servicio del razonable desarrollo del proceso. Por ello, no puede resultar favorecido por la nulidad quien, pudiendo, no hizo nada para evitarla.

3. Obligación de reclamación que resulta compatible con la excepción contenida en el inciso último del primer apartado de la letra a) del artículo 846 bis C), cuando previene que aquella no será necesaria " *si la infracción denunciada implica la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado*".

Como afirmamos en la STS 651/2017, de 3 de octubre, " *la alegación de infracción de un derecho fundamental no exime de la reclamación previa cuando la causa de aquella es precisamente uno de los supuestos que se enuncian en el apartado a) párrafo segundo del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; que conviene recordar son: existencia de defectos en el veredicto, bien por parcialidad en las instrucciones dadas al Jurado o defecto en la proposición del objeto de aquél, siempre que de ello se derive indefensión, bien por concurrir motivos de los que debieran haber dado lugar a su devolución al Jurado y ésta no hubiera sido ordenada*".

§ Sobre la estructura alternativa condicionada del objeto del veredicto

4. Pues bien, de los tres subgravámenes que integran el motivo, solo el primero reúne condiciones de admisibilidad.

En efecto, aun cuando la fórmula empleada no fuera excesivamente precisa, el recurrente sí vino a cuestionar en la audiencia del artículo 53 LOTJ la estructura alternativa condicional en la formulación de algunas de las proposiciones, en particular, entre la 16ª y la 17ª. El hoy recurrente objetó que dicha fórmula proposicional, en el caso de que se declarara probada la primera de las proposiciones, impediría pronunciarse sobre la hipótesis defensiva principal.

La cuestión, por tanto, que nos compete, a la luz de las razones ofrecidas por el Tribunal Superior, es determinar si la forma en que se estructuró el objeto del veredicto afectó al derecho a la tutela judicial efectiva del Sr. Florencio, como se sostiene en su recurso.

5. La respuesta, que ya adelantamos, debe ser negativa.

El objeto respondió a las exigencias de confección y estructura fijadas en el artículo 53 LOTJ: la distinción entre hechos principales de la acusación y los hechos defensivos; la presentación de los primeros como proposiciones de respuesta prioritaria; la determinación de la naturaleza favorable y desfavorable de cada una de las proposiciones; la ausencia de contradicciones lógico-narrativas entre las distintas proposiciones sometidas a la decisión del Jurado.

El objeto del veredicto determina, a su vez, el objeto del proceso en su dimensión exclusivamente fáctica sobre el que se tiene que pronunciar el Jurado. Y que debe venir necesariamente orientado y estructurado por la hipótesis acusatoria.



La función primaria del Jurado es decidir si los hechos justiciables que fundan la pretensión de condena han resultado probados o no. Lo que, por otro lado, responde a la lógica constitucional del proceso penal donde rige el principio de presunción de inocencia como regla de juicio. Solo si se declaran probados los hechos justiciables de la acusación, con la mayoría exigida por la ley, cabe la condena. La defensa no tiene la obligación de probar hechos extintivos, a modo de hipótesis contraria, sin perjuicio de aquellos sobre los que gire la apreciación de una circunstancia reductora de la culpabilidad o de la antijuricidad de la acción.

De ahí, la necesidad de que en el objeto se prioricen las respuestas a las proposiciones que recogen los hechos principales de la acusación y, además, se eviten formulaciones contradictorias entre las distintas proposiciones.

El objeto del veredicto como pieza angular del enjuiciamiento por Jurado debe responder a exigentes cargas de confección en términos de claridad, precisión, coherencia interna y no predeterminación. Debe recordarse que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 70 LOTJ, las proposiciones declaradas probadas del objeto, pasarán a convertirse en los hechos probados de la sentencia que se dicte.

6. Partiendo de lo anterior, es obvio que la fórmula alternativa condicionada utilizada en la confección del objeto del veredicto era la única compatible con las exigencias constitutivas antes apuntadas.

El hecho principal de la acusación -la muerte dolosa del Sr. Humberto por disparos del hoy recurrente-, además, el hecho prioritario del objeto del veredicto. De tal modo, solo en el caso de que el Jurado declarara no probadas las proposiciones fácticas que fundan la acusación cabría que se pronunciara sobre las proposiciones alternativas excluyentes formuladas por la defensa.

7. En el caso, sin perjuicio del error de confección en la formulación de la proposición 17ª, al incluir una fórmula normativa de alcance predeterminativo [*"Florencio no tenía intención de causarle la muerte, pero actuó con imprudencia grave"*], lo cierto es que materialmente se introdujo una hipótesis de causación excluyente de las hipótesis acusatorias contenidas en las proposiciones 8ª y 16ª. Relación de lógica exclusión que obligaba a su formulación alternativa condicionada en los términos precisados en el objeto confeccionado por el magistrado-presidente.

Como de forma reiterada hemos sostenido *"...aunque por exigencias procesales de congruencia o incluso por estrictas necesidades lógicas de claridad del pronunciamiento fáctico, resulte relativamente frecuente la formulación de proposiciones de hecho cuya declaración simultánea de probadas resultaría incompatible, esta incompatibilidad ha de ser puesta de manifiesto y explicada claramente al Jurado en el propio documento que se le entregue, precisamente para evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios, que es lo buscado por el Legislador"* -vid. SSTs 155/2022, de 22 de febrero; 367/2021, de 30 de abril; 114/2021, de 11 de febrero-.

8. De tal modo, declaradas probadas las proposiciones 14ª y 16ª, que se ajustaban a la hipótesis de causación dolosa del homicidio sostenida por la acusación, no cabía someter a la decisión del Jurado otra hipótesis contradictoria y excluida por lo decidido con anterioridad.

No es cierto, por tanto, como afirma el recurrente, que se sustrajera al Jurado la decisión sobre la imprudencia. El Jurado declaró probadas proposiciones que la excluían. En puridad, como bien concluye el Tribunal Superior en la sentencia recurrida, el Jurado se pronunció de forma expresa, si bien en términos lógico-excluyentes.

§ Sobre la insuficiencia descriptiva de la proposición en la que se basa la calificación como dolosa de la acción homicida

9. Lo anterior conecta con el segundo de los subgravámenes que funda el motivo por quebrantamiento de forma y lesión del derecho a la tutela judicial: la insuficiente definición de los elementos que configuran el dolo en las proposiciones formuladas al Jurado y que este declara probadas.

Gravamen que, dado su alcance, también introduce problemas de admisibilidad. En efecto, si bien el recurrente pretendió en la audiencia del artículo 53 LOTJ que se incluyera la expresión *"y disparando sin objetivo alguno"* en la proposición 16ª, lo que fue rechazado por el magistrado-presidente, el discurso argumental que presta apoyo al motivo en puridad no denuncia un vicio de inconsistencia interna, de falta de claridad lógico-sintáctica o de contradicción respecto a otras proposiciones en la construcción de la proposición.

Lo que se denuncia es que la "carga fáctica" de la proposición, a la luz del resto de proposiciones declaradas probadas por el Jurado, es insuficiente para afirmar que concurriera dolo de matar, aun en su forma eventual.

Gravamen de preeminente naturaleza normativa que supera en mucho el cauce invocado, por lo que su análisis debe posponerse al segundo motivo por infracción de ley en el que, precisamente, se cuestiona la calificación dolosa de la acción homicida.

§ Sobre la extralimitación del magistrado-presidente en la confección del objeto del veredicto



10. Respecto al tercero de los gravámenes que denuncia extralimitación del magistrado-presidente en la confección del objeto, concurre clara causa de inadmisión que en este estadio del proceso se convierte en causa de desestimación.

11. En efecto, no consta que el recurrente cuestionara en la audiencia del artículo 53 LOTJ que el magistrado-presidente extravasara los límites fijados en el artículo 52 .1 a) y g) LOTJ en la determinación de las proposiciones favorables y desfavorables para la persona acusada que debían conformar el objeto del veredicto. Ausencia de previa reclamación que por las razones antes apuntadas convierte en inviable el motivo.

SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS COMO CONSTITUTIVOS DE UN DELITO DE HOMICIDIO DEL ARTÍCULO 138.1 CP . PROCEDENTE CALIFICACIÓN COMO UN DELITO DE HOMICIDIO POR IMPRUDENCIA DEL ARTÍCULO 142 CP

12. El motivo se nutre en buena medida de los argumentos vertidos en el motivo anterior. Se insiste en que del veredicto emitido no cabe decantar la concurrencia de dolo eventual en la acción.

El Jurado declaró probado que el recurrente no tenía intención de matar, que manifestó expresamente que su intención era la de abandonar el domicilio, que los disparos se produjeron mientras la víctima forcejeaba con él para quitarle el arma, encontrándose el Sr. Humberto detrás. Por otro lado, el veredicto no contiene ninguna información precisa sobre cómo se realizó la acción de disparar. Por lo que a partir de dichos elementos fácticos no puede excluirse la imprudencia grave.

El recurrente no solo no quería que se produjera el resultado, sino que tan siquiera se representó la probabilidad de causación. Solo pretendía salir del domicilio, tirando la bolsa que contenía la droga para huir a continuación.

13. Como es bien sabido, la infracción de ley, como específico motivo de casación, obliga a partir de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. Estos delimitan el campo de juego en el que puede operar el motivo. Constituyen, a la postre, el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso.

Hechos que, en el caso, observados desde el canon de la totalidad, permiten identificar con suficiente claridad todos los elementos sobre los que se sustenta, en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, su calificación como constitutivos de un delito de homicidio del artículo 138.1 CP

14. Es cierto, no obstante, que la identificación del dolo, sobre todo cuando se trata de deslindarlo de la llamada culpa consciente, es una de las cuestiones más complejas a la que nos enfrentamos los tribunales. No solo concurre un catálogo casi interminable de fórmulas doctrinales, frecuentemente superpuestas, sino también especiales dificultades de prueba de los elementos configurativos de ese tipo de dolo.

Aun partiendo de la *teoría de la representación* frente a la *teoría de la voluntad* no cabe soslayar la propia complejidad de la fórmula y las dificultades que suelen concurrir para que, en el caso concreto, arroje resultados concluyentes en orden a la delimitación con la imputación imprudente del resultado de lesión.

En efecto, fiar la presencia del dolo solo al conocimiento de la probabilidad de lesión puede producir indeseables efectos extensivos de la imputación dolosa, borrando la necesaria barrera con la imprudencia, con resultados desproporcionados. De ahí que desde la propia *teoría de la representación* se hayan introducido fórmulas correctoras -teorías de la probabilidad, de la posibilidad, normativa del riesgo, etc- que inciden sobre el contenido que debe tener el conocimiento del peligro y el grado de convicción en la decisión de actuar que debe alcanzarse.

Esos elementos valorativos se traducen en la necesidad de identificar un conocimiento situacionalmente adecuado del peligro introducido que permita apreciar que la decisión de actuar del autor va en **contra** del bien jurídico. El autor se debe representar no solo un peligro concreto sino también un peligro normativamente relevante y no controlado o controlable.

Sobre esta característica del riesgo, deberá reputarse no controlado si el resultado en términos de alta probabilidad se producirá a salvo que aparezcan cursos causales imprevistos o cuando el autor en términos racionales no pueda confiar, o no lo pueda hacer de forma confiable, en que dominará el riesgo introducido ya sea mediante recursos propios o ajenos.

Lo decisivo, por tanto, no es realmente si aceptó o rechazó la puesta en peligro o la lesión de la integridad ajena, sino si su comportamiento, interpretado desde el canon de razonabilidad general, constituye la expresión de una decisión a favor de que el resultado se produzca. De tal modo, existirá dolo eventual cuando el peligro que el autor crea, sabiendo o de forma evitable, para el bien jurídico sea de tal intensidad que una persona razonable perciba que el resultado de lesión se producirá o se podrá realizar y, pese a ello, decide actuar.



15. Pues bien, en el caso, el tribunal de apelación confirmó la presencia de dolo, aun eventual, apreciada en la instancia, porque consideró que el hoy recurrente no solo se representó el peligro, sino que, pese a ello, con su conducta activa, porfiando en ella, introdujo las condiciones de causación de la muerte.

El tribunal tomó en cuenta las circunstancias fácticas que resultaron acreditadas en la instancia relativas al contexto de producción, en particular que recurrente portaba la pistola en la mano con la que conminó a los presentes a que le entregaran la droga, y el número de disparos, hasta cuatro, que impactaron en el cuerpo del Sr. Humberto .

Para el tribunal de segunda instancia los hechos declarados probados por el Jurado identifican, por un lado, que el acusado dispuso de un muy significativo nivel de representación del peligro introducido. Y, por otro, que este era, en términos situacionales, incontrolable.

16. Compartimos dicha conclusión.

Pese a que se declara probado en la proposición 13ª que la víctima pretendió arrebatar el arma al recurrente, dicha interferencia en el curso causal fue abarcada por el acusado, como consideró probado el Jurado al hilo de su respuesta a la proposición 16ª.

En el caso, la intervención de la propia víctima no altera los presupuestos de imputación subjetiva de la acción homicida, pues el recurrente se había representado, precisamente, ese riesgo específico y, pese a ello, siguió esgrimiendo el arma en condiciones de disparo, percutiéndola en cuatro ocasiones, impactando cuatro proyectiles en distintas partes del cuerpo de la víctima, a cuyas resultas falleció.

Como afirmábamos, el dolo eventual se nutre de la alta representación de un riesgo específico de causación que, además, por su incontrolabilidad permita identificar una decisión de actuación en **contra** del bien jurídico -vid. STS 173/2022, de 24 de febrero-. En otras palabras, se estima que obra con dicho tipo de dolo quien conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, y aunque no persiga directamente la causación del resultado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta, sometiendo a la víctima a riesgos que además son extremadamente difíciles de controlar.

17. Notas que aparecen con toda claridad en el caso que nos ocupa. El Sr. Florencio no tuvo un simple conocimiento genérico sobre las implicaciones causales del riesgo derivado de portar un arma, lo que sí sería compatible con la culpa consciente. En términos situacionales, tuvo necesariamente que representarse el altísimo riesgo introducido y pese a ello persistió asumiendo los graves resultados que **contra** la vida pudieran producirse.

Como de forma reiterada hemos mantenido " *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* -vid. SSTS 78/2022, de 21 de enero; 218/2022, de 9 de marzo-.

Reiteramos, no hay infracción de ley.

TERCER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL TIPO INTENTADO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

18. El motivo gira sobre un argumento principal: no hubo disponibilidad sobre la droga y así lo estableció el tribunal del Jurado al declarar probada la proposición 11ª del objeto del veredicto. Al huir, la droga de la que pretendía apoderarse quedó en el inmueble. En esa medida, no existió posibilidad alguna de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de la sustancia tóxica. Solo se dio inicio a la ejecución en los términos precisados en el artículo 16 CP.

19. El motivo carece de consistencia. Poco más puede añadirse a la respuesta que ofreció el Tribunal Superior al motivo planteado en apelación.

Como es bien sabido, la estructura típica del **delito** de tráfico de drogas del artículo 368 CP hace muy difícil apreciar formas intentadas. Para ello resulta necesario combinar criterios objetivos tanto formales -tipo- como materiales -proximidad del tipo- y subjetivos o individuales -la representación del autor-.

La tentativa ha operado en aquellos **delitos contra** la salud pública en los que existe una pluralidad de partícipes con diferentes niveles de relevancia criminal y de dominio sobre la toma de la decisión o de ejecución de la misma. Muy particular, en supuestos de envío de droga desde el extranjero por correo o por otro medio de transporte.



En estos casos, si bien el concepto extensivo de autor, que se decanta de la redacción del tipo, obliga en la mayoría de los casos a descartar formas secundarias de participación no impide, sin embargo, que puedan trazarse espacios de ejecución diferenciadas respecto a determinados partícipes.

Pero siempre que se den de forma cumulativa las siguientes condiciones: primera, que el partícipe no haya intervenido en la operación previa destinada a adquirir la droga; segunda, no sea el destinatario de la mercancía; tercera, no llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas controladas -vid. STS 19/2017, de 20 de enero-.

Condiciones que, en modo alguno, se dan en el caso.

20. Los hechos declarados probados identifican la existencia de un previo concierto entre el hoy recurrente y los vendedores para adquirir la droga lo que, sin duda alguna, le convierte en poseedor mediato de la misma -vid. SSTS 20/2013, de 10 de enero; 560/2015, de 30 de septiembre-. Pero no solo. Tal como se declara probado en la sentencia de instancia, el recurrente también llegó a tener materialmente la droga en su poder, sin perjuicio de que, con posteridad, a la vista del cariz que tomaron los hechos, abandonara la sustancia en el domicilio de la víctima. Tanto el previo acuerdo para adquirir la droga como su tenencia, aun fugaz, comportan formas de perfecta ejecución del **delito** en cuanto la sustancia queda sujeta a la voluntad del adquirente -vid. STS 172/2015, de 26 de marzo-. Existió posesión típicamente relevante con la específica finalidad de su distribución a terceros.

No hay, tampoco, infracción de ley.

CUARTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 62 CP EN RELACIÓN CON EL DELITO INTENTADO DE ROBO CON VIOLENCIA EN CASA HABITADA. PROCEDENCIA DE LA REBAJA EN DOS GRADOS

21. En términos casi enunciativos, el recurrente considera que la pena del **delito** de robo debería haberse rebajado en dos grados pues se aprecia "una tentativa en fase previa" (sic).

22. El motivo no puede prosperar.

La selección de uno de los efectos atenuatorios previstos en el artículo 62 CP obliga a una previa valoración normativa de los indicadores que ofrece el propio precepto. Así, el tribunal deberá atender al peligro introducido por la acción inacabada y al grado de ejecución alcanzado, pudiéndose afirmar que en caso de que ambos indicadores "marquen" un bajo nivel, se impone, como solución más acorde con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, la rebaja del reproche en dos grados.

23. En el caso que nos ocupa, el examen de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, validada por el tribunal de apelación, permite identificar en el comportamiento significativo del recurrente un grado de ejecución relevante o de inminente lesión del bien jurídico que justifica la opción punitiva de rebaja en un solo grado -vid SSTS 480/2018, de 18 de octubre, 597/2017, de 24 de julio-.

Atendiendo a las fases en las que puede descomponerse el "iter criminis" en los **delitos** de apoderamiento, resulta evidente que existió ruptura de la posesión material del ofendido -"ablatio"- y que no se obtuvo la definitiva disponibilidad -"illatio"- cuando esta ya era inminente por factores sobrevenidos.

En resumen, en términos normativos, hubo un grado de ejecución relevante y un alto peligro de efectiva lesión del patrimonio ajeno, objeto de protección, por lo que resulta justificada la aminoración en un solo grado de las consecuencias punitivas. Sin que el mayor o menor alcance de la cláusula degradatoria del artículo 62 CP dependa de la naturaleza acabada o no de la acción intentada -vid. STS 383/2021, de 5 de mayo-.

CLÁUSULA DE COSTAS

24. Tal como previene el artículo 901 LECrim, procede la condena del recurrente al pago de las costas judiciales.

FALLO

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

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. Florencio **contra** la sentencia de 24 de noviembre de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Condenamos al recurrente al pago de las costas judiciales.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ