



Roj: **STS 2908/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2908**

Id Cendoj: **28079120012019100485**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/09/2019**

Nº de Recurso: **10107/2019**

Nº de Resolución: **419/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10107/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 419/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D^a. Susana Polo Garcia

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 24 de septiembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10107/2019 interpuesto por Maximino , representado por la procuradora D^a. Margarita Sánchez Jiménez, bajo la dirección letrada de D^a. Belén Conesa Sánchez; y por Nicanor , representado por la procuradora D^a. Margarita Sánchez Jiménez, bajo la dirección letrada de D. Alfonso de Rojas Torres, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con fecha 11 de diciembre de 2018 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida D. Plácido , D^a. Joaquina , D^a. Montserrat y D^a. Justa , representados por la procuradora D^a. M^a Ángeles Alcántara Gutiérrez, bajo la dirección letrada de D. Luis Antonio Fernández Porcel.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de Granada instruyó Procedimiento de Tribunal de Jurado nº 1/2017 contra Maximino y Nicanor por los delitos de asesinato, tenencia ilícita de armas y encubrimiento y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, que en el Rollo de Jurado nº 1/2018 dictó sentencia con fecha 12 de julio de 2018 , que fue recurrida en apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que en el Recurso de la Ley del Jurado nº 19/2018, dictó sentencia con fecha 11 de diciembre de 2018 , que contiene los siguientes **hechos probados**:

<< Conforme al veredicto del Jurado son hechos probados y así expresamente se declara:



1.- Que el acusado Nicanor , nacido el día NUM000 de 1980 y con antecedentes penales no computables a efectos de la resente causa, mantenía una relación sentimental de pareja con Natalia , nacida el NUM001 de 1981, relación que se inició aproximadamente a mediados del año 2016. Natalia tenía tres hijos menores de edad, Abilio y Luis Pedro , cuyo padre es Amador , y Juan Ramón , a su vez hijo de Antonio , menores que convivían con la abuela materna, Justa , en la CALLE000 de esta ciudad.-

2.- El día 28 de noviembre de 2016, en torno a las 21:20 horas, cuando Natalia y el acusado Nicanor se encontraban solos en el domicilio de éste, sito en la CALLE001 n° NUM002 , portal NUM003 NUM004 de Granada, Nicanor sacó un arma corta de fuego del calibre 22 para cuya posesión carecía de la correspondiente licencia y autorización, y queriendo acabar con la vida de la mujer, efectuó un disparo contra ella a una distancia de entre 1,25 metros a 1,35 metros o algo superior siendo ésta cercana en todo caso, aprovechando al efecto que Natalia se encontraba tumbada, bien en la cama del dormitorio, bien en un sofá de la vivienda, y haciéndolo de manera súbita y repentina sin que aquélla pudiera prever tal acción y sin posibilidad alguna de protegerse o esquivar la trayectoria de la bala, penetrando el proyectil por su hipogastrio y produciendo la rotura de la arteria mesentérica superior y seis perforaciones intestinales que se corresponden a orificios de entrada y salida de tres asas de yeyuno, localizándose la bala en las proximidades del primer asa yeyunal a nivel del mesenterio.- Debido a esas lesiones, Natalia falleció a las 08:15 horas del día siguiente, 29 de noviembre de 2016 tras sufrir un shock hipovolémico del que no pudo recuperarse pese a la intervención médica que le fue dispensada por profesionales del hospital al que fue trasladada en una ambulancia.-

3.- Tras disparar contra Natalia , con el fin de eludir su responsabilidad y estando ésta todavía con vida, el acusado Nicanor llamó por teléfono a las 21 horas 21 minutos a su amigo Maximino , nacido el NUM005 de 1980 y con antecedentes no computables en esta causa, el cual estaba aparcando un coche propiedad de la madre de Nicanor en el garaje comunitario del edificio en el que radica la vivienda de éste pidiéndole que subiera. Una vez que Maximino estuvo en la vivienda y supo lo acontecido convinieron ambos en bajar a Natalia a la calle para aparentar que había recibido un disparo por parte de un desconocido mientras bajaba la basura al contenedor y de esta forma ocultar el crimen. En ejecución de lo acordado bajaron los dos a Natalia aún con vida a la calle, llamando entonces por teléfono Nicanor a su padre hasta en cinco ocasiones, pero no dando aviso a los servicios sanitarios hasta las 21 horas 37 minutos.- >>

SEGUNDO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, dictó el siguiente pronunciamiento:

<< Fallo. Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Nicanor y de Maximino contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Granada, se confirma ésta íntegramente. Sin condena al pago de las costas de esta alzada .>>

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente Maximino , basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Maximino

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del art. 24.2 CE (derecho a la presunción de inocencia).

Segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim .

QUINTO.- La procuradora Dª. Margarita Sánchez Jiménez, en nombre del recurrente Nicanor solicita, en escrito de fecha 1 de abril de 2019, que se le tenga por adherido al recurso formalizado por el recurrente Maximino , teniéndosele por adherido a dicho recurso por Diligencia de Ordenación de fecha 4 de junio de 2019.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 17 de septiembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Nicanor



PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del art. 24.1 CE (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a la defensa).

Argumenta que la sentencia recurrida analiza en los fundamentos de derecho cuarto y quinto la prueba que el Jurado tuvo en cuenta para declarar probados los hechos del veredicto que determinan la culpabilidad de Nicanor , cuales son: indicios y testimonios de referencia y dicho esto considera que dicha sentencia viola el principio de presunción de inocencia pues tales pruebas resultan insuficientes como prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, pues no parten de verdaderas pruebas, lícitamente obtenidas, ni las inferencias son lógicas ni razonables y se interpretan de forma arbitraria.

Cuestiona la pericial de autopsia que señala que el disparo hubo de producirse a distancia no inferior a 1'25 m, manteniendo una trayectoria de abajo a arriba, ya que indica que sus peritos indicaron que la víctima había de estar en posición encorvada inclinada hacia adelante, descartando la posibilidad de que estuviera tumbada en la cama o en el sofá.

Sostiene la posibilidad de que el tiro se realizara fuera de la casa, desde el borde del talud de la calle y señala que la policía nunca investigó la posibilidad de que un tirador huyera corriendo del lugar de los hechos.

Discute la investigación sumarial, indicando que no se practicó reconstrucción del hecho en el interior del domicilio del acusado.

Cuestiona la distancia del disparo que no considera acreditada que fuera no menor de 1,25 m, indicando que no se citaron a los peritos de la policía científica. Los peritos de la defensa indicaron que el disparo se produjo a una distancia en torno a los 5 metros y por encima de los tres metros lo que, a su juicio, excluye que el disparo se produjera en el interior de la vivienda.

Señala que el traslado de la mujer desde el piso a la calle hubiera debido suponer la existencia de manchas de sangre, sin que se encontraran huellas de sangre en el recorrido.

Al propio tiempo, que la víctima aguantó sin entrar en parada, considera el recurrente que es indicativo que el disparo se produjo en la calle.

Los testimonios de los vecinos que afirmaron oír un ruido fuerte no los considera suficientes porque dicho ruido puede ser debido a causas distintas de un disparo, al margen de cuestionar su credibilidad.

Niega que hubiera un móvil para que el acusado matara a Natalia , con la que mantenía una buena relación al margen de discusiones que pudieran tener como otras parejas.

Refiere las fotografías de ambos que obran en las actuaciones, así como la publicación de mensajes y fotos por parte de la víctima.

Hace constar que no se encontraron vestigios de disparo en la sábana y colchón de la cama.

Destaca el escaso tiempo de que dispusieron los acusados para preparar una escena ficticia de lo ocurrido, señalando el estado de agitación y obnubilación mental del acusado recurrente tras el hecho, según se recoge en la pericial de D. Miguel Ángel y D. Fidel .

SEGUNDO.- *Previamente debemos recordar que si la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnatorios del recurso de casación para hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia (art. 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada en primera y única instancia, sino por una resolución de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. En este sentido en la fijación de pautas que faciliten la necesaria redefinición cobran especial valor las sentencias dictadas por esta Sala Segunda para resolver los recursos de casación formalizados contra sentencias en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.*

De esta jurisprudencia (SSTS 856/2014, de 26 de diciembre ; 40/2015 , 40/2015, de 12 de febrero ; 497/2016, de 9 de junio ; 240/2017, de 5 de abril ; 225/2018, de 16 de mayo ; 293/2018, de 18 de junio ; 696/2018, de 26 de diciembre) se desprende una doble reflexión:

La primera que la casación en sus orígenes históricos no era sino *un control de legalidad* , referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en *garante y custodio del principio de seguridad jurídica*, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el



art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación *descansa sobre el recurso de apelación*, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumpliera con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior..." , lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley –principio de legalidad y seguridad jurídica.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, *el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación*, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo y 1249/2009 de 9 de diciembre .

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala –SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional *cabe la revisión de los juicios de inferencia* que haya alcanzado el Jurado (en este caso la Audiencia), pero *solo* a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 23 diciembre 2016, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia, ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del derecho que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

En esta dirección las SSTS 151/2014 de 4 marzo y 310/2014 de 27 marzo, recuerdan, que el recurso de casación en los procedimientos de Jurado se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional". Más extensamente, la STS. 289/2012 de 13.4, señala: "Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior.

En definitiva, no podemos olvidar que el objeto del recurso de casación ya no va a estar dictado por la sentencia recaída en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediatez, sino por la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, al resolver -motivar- las cuestiones planteadas sobre la corrección de la primera instancia, en especial la insuficiencia o invalidez de las pruebas y la falta de



racionalidad con la que aquellas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnatorio.

TERCERO.- Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, el motivo reitera las alegaciones del previo recurso de apelación, que la sentencia hoy recurrida analiza en el fundamento de derecho cuarto "sobre los indicios de que Nicanor fue el autor del disparo" destacando el siguiente "cuadro de indicios":

A) La prueba pericial forense de autopsia y la pericial del laboratorio de balística determinan que la trayectoria del proyectil es ascendente y casi vertical, con una escasa desviación hacia el interior del cuerpo, y que en todo caso el disparo hubo de producirse a una distancia no inferior a 1.25 metros desde el arma hasta el orificio de entrada del proyectil (en esto coinciden todas las partes, discrepando sobre la distancia real, por encima de la mínima indicada). La explicación más verosímil, y desde luego no contraria a las reglas de la experiencia (que es el fundamento de la prueba indiciaria) es que la víctima recibió el disparo en posición de tumbada sobre un objeto elevado (cama o sofá), quizás levemente incorporada, o acaso de abajo arriba en una escalera, pareciendo mucho más difícil de explicar un disparo en plena calle. Tal circunstancia es sugerente, aunque no determinante, de que se produjera en el interior de una casa (nadie ha afirmado que Natalia estuviese tumbada en la calle, y menos aún, en tal caso, sobre un plano elevado), y que por tanto la víctima se trasladase o fuera trasladada por alguien desde dicho interior hasta el lugar en que fue encontrada, junto al contenedor de la basura. Es cierto que la pericial propuesta por la defensa sostuvo la posibilidad de que el disparo se efectuase encontrándose la víctima asomada al talud o balate (que en realidad es una pendiente levemente inclinada que separaba la vía pública de un parque que se encuentra cerca del contenedor de la basura), que el disparo se hiciera desde el talud (es decir, de abajo arriba), y que la víctima deambulase con posterioridad hasta caer junto al contenedor, pero tal hipótesis, que no puede calificarse de imposible, resulta a juicio de la Sala muy forzada, y no sólo porque no se encontraran huellas en el talud pese a haber llovido el día de los hechos, según manifestación de un testigo policía, sino sobre todo porque la inclinación de dicho talud se percibe en las fotografías como insuficiente como para provocar una trayectoria tan vertical, a menos que el autor estuviese tumbado en el mismo y muy próximo al borde con la calle.

B) Los dos vecinos que declararon como testigos coinciden en haber oído, alrededor del momento en que se tuvieron que producir los hechos, un "ruido fuerte" (que explicaron de maneras variadas, como caída de objeto, petardo, o portazo), y que se pusieron a escuchar o mirar desde la puerta que daba al descansillo del portal, por lo que evidentemente (aunque ellos no lo dijieran expresamente) asociaron el ruido con algo que ocurrió dentro del edificio, y no fuera. También ambos oyeron voces ("échale agua") y agitación, aunque en el acto del juicio oral no pudieron precisar si oyeron la voz de Nicanor, ni cuántas personas hubo allí, si bien en un momento de su declaración, el testigo Lázaro llegó a decir que "escuchó hablar 'a las personas", utilizando el plural. Dicho testigo había dicho en el Juzgado que eran varias personas, pero en el acto del juicio oral no se manifestó seguro de ello. Estas testimoniales son también sugerentes de que el disparo se produjo en el interior del domicilio, y no en la calle, y que la víctima por tanto fue trasladada hacia la calle.

C) La testigo María Luisa, cuya actitud y coherencia permiten desde luego considerarla como testigo particularmente fiable (pues suministró datos con total convicción sin poner énfasis alguno en su significación concreta, y sin que se advirtiera en ella intención alguna de beneficiar o perjudicar a los acusados, y sin incurrir en contradicciones), siendo creída punto por punto por el Jurado, manifestó que en hora compatible con el momento de los hechos, se encontraba con Maximino aparcando un coche en el garaje de la urbanización, que éste recibió una llamada, y que con cierta agitación contestó que ya subía, y subió con rapidez por las escaleras. En el registro de llamadas, se observa una efectuada desde el teléfono de Nicanor al teléfono de Maximino, efectuada a las 21.21 horas, de 33 segundos de duración. Este dato en sí mismo no tiene una concluyente significación probatoria, pero sí ha influido, como veremos, en que el Jurado no creyera la versión dada por los acusados.

D) Del registro de llamadas efectuadas al número 112 aquella tarde, consta de manera inequívoca que a las 21.25 horas Nicanor llamó a su padre y mantuvo con él una conversación de tres minutos de duración, y que a las 21.30 horas (es decir, apenas dos minutos después de terminada esa llamada) se recibe una llamada de Belinda pidiendo una ambulancia para la CALLE001. No se discute que esa llamada la efectuó la testigo Belinda, amiga del padre de Nicanor, que en ese momento se hallaba con él en su casa de DIRECCION000 (donde también se hallaba su hija Delia, a la que se dirige en un momento de la comunicación). Es muy significativo que en ese momento, en el que ni el padre de Nicanor ni Belinda estaban en el lugar de los hechos (sólo conocían lo que Nicanor les hubiese contado por teléfono), Belinda contestó a la operadora que la víctima estaba "dentro de una vivienda", que no sabía en qué planta, y que ella estaría en la puerta, lo que sugiere claramente que Belinda entendía en ese momento que la ambulancia al llegar a la calle en que se sucedieron los hechos no se encontraría a la persona herida, por estar en una vivienda cuya planta ignoraba. En esa llamada dice Belinda que le habían dado "un tiro a una persona", lo que sin duda significa que en la llamada



de las 21.25, Nicanor le había dicho eso a su padre. También, aunque en menor medida, es llamativo que en una segunda llamada que hace Belinda al 112, a las 21.38 horas, insistiendo en la urgencia de que llegara una ambulancia, aclaró que se trataba del nº NUM002 de la calle, y que cuando la operadora le pregunta qué número de piso era, su reacción fue decir "que yo no sé lo que ha pasado", lo que sugiere por un lado que se trataba de un dato útil para el servicio de asistencia, y por otro lado que en ese momento Belinda ya daba importancia a si el disparo se produjo en la vivienda o en la calle, sin querer pronunciarse sobre dicho extremo.

E) *En la diligencia de entrada y registro en la vivienda de Nicanor , se encontró un trozo de venda desliada en el pomo de una puerta, y otra en el dormitorio, fuera de su envoltorio, lo que es sugerente de un primer intento de cura en el interior de la vivienda.*

F) *Ha sido también considerado un indicio el que los acusados hayan variado, al unísono, su versión, adaptándola a las evidencias que la investigación fue permitiendo conocer. Así, en particular, los policías que declararon como testigos manifestaron que espontáneamente dijeron en el lugar de los hechos que no estaban juntos, que Maximino se encontró a la mujer herida en la calle, y que Nicanor oyó un ruido fuera y bajó a ver a su pareja abatida, para finalmente ofrecer una explicación que permitiera dar un sentido a la secuencia de llamadas telefónicas y al resultado de la autopsia, una vez que se conocieron. Dicho de otro modo, en particular Nicanor no ha ofrecido una explicación que haya sido creída por el Jurado."*

CUARTO.- Y a continuación en el fundamento de derecho quinto "contraindicios" se pronuncia sobre las tesis de las defensas cuestionando los anteriores indicios u ofreciendo una significación diferente a la sostenida por las acusaciones -lo que reiteran en el presente recurso-.

Así se argumenta en la sentencia impugnada.

A) Así, como ya hemos avanzado, respecto de la trayectoria del disparo, y apoyándose en la opinión de la pericial de parte que sostenía que el disparo no pudo efectuarse a menos de tres metros de distancia entre el punto de perforación y el arma, quiso convencer al Jurado de que con esa distancia no era posible que el disparo se efectuase en el interior de la vivienda, por falta de espacio, y que por tanto debió producirse en la calle, sugiriendo que debió efectuarse desde el talud, estando la víctima en el borde del mismo, como ya hemos dicho. Sin embargo, y aun dando por cierto que la distancia de disparo fuese de en torno a tres metros, a la Sala no le parece verosímil que con la tan escasa inclinación del talud, si situáramos al autor del disparo a tres metros de distancia, pudiese provocar una trayectoria del proyectil vertical y casi paralela a la piel, mientras que no ve improbable un disparo de más larga distancia que la fijada por la pericial balística dentro de la vivienda, pues ni siquiera sería necesario que el autor del disparo estuviese en la misma habitación que la víctima. En todo caso, el cálculo de la distancia propuesta por la pericial de parte aludía a ciertas condiciones hipotéticas sobre la proporción de bario que no es seguro fuesen las reales.

B) Sobre las declaraciones de los vecinos como testigos, la defensa se aferra a que el ruido que escucharon era compatible con un portazo dado por Nicanor o por Maximino al salir, y no el ruido del disparo, así como que las palabras que oyeron podrían haberse efectuado hablando por teléfono, si bien no es fácil de creer que si Maximino había subido para proveerse de agua, le estuviera diciendo a Nicanor por teléfono que le echara agua.

C) Sobre el testimonio de la testigo María Luisa , y en particular sobre la llamada que recibió Maximino mientras estaba con ella tras haber aparcado un coche, afirman que se trató de una llamada de la mujer de éste, y no de Nicanor , y que la llamada efectuada por Nicanor a Maximino a las 21.21 se trataría de la que hizo para apremiarle a que bajase rápido de la casa, a la que habría subido desde la calle para buscar agua y algún apósito para comprimir la herida. Sin embargo, no ha sido acreditada ninguna llamada con éxito de la mujer de Maximino a éste en hora compatible con el momento en que Maximino estuvo con María Luisa : en efecto, en el registro de llamadas entrantes al teléfono de Maximino , aparece una llamada de una tal " Flaca " de 34 segundos de duración, pero a las 20.31 horas (por tanto, claramente anterior al encuentro de María Luisa con Maximino) y otra de una tal " Princesa " de cero segundos de duración (luego no hubo comunicación), que sería incompatible con la tesis de las defensas, pues para éstas a las 21.15 (llamada del teléfono de Natalia al de Nicanor), Nicanor e Maximino ya estaban en la vivienda de aquel, por lo que no podía estar con María Luisa .

D) Sobre las vendas encontradas en la vivienda desenrolladas o fuera de su envase, Nicanor afirmó que se debían a que un par de días antes las habían necesitado para un incidente con el hijo menor de Natalia , y que se habían quedado allí.

E) Y sobre las contradicciones en las diferentes versiones dadas por los acusados, la defensa las justifica en la lógica agitación y confusión debida a los primeros momentos.



Al margen de ello, la defensa añade la inexistencia absoluta de un móvil en Nicanor para matar a Natalia, dada la buena relación afectiva que tenían (si bien constan en las actuaciones mensajes de voz por WhatsApp cruzados entre ambos, que la Sala ha podido consultar, en los que se reflejan varias discusiones francamente desabridas entre ambos, junto a otros mensajes de WhatsApp y Facebook que denotan gran afectividad, lo que permite pensar en una cierta inestabilidad emocional en esa relación de pareja); el hecho de que Natalia fuese encontrada con el bolso, que sería entregado a la mañana siguiente a Nicanor, lo que es más sugerente de que salió a bajar la basura y a dar las llaves del bar a María Luisa, y poco sugerente en cambio de ser trasladada por Maximino y Nicanor; la inexistencia de restos de disparo en los acusados y el no hallazgo del revólver; y la inverosimilitud de que en tan corto espacio temporal (desde las 21.21 en que según las acusaciones Nicanor pide ayuda a Maximino, hasta las 21.43 o poco antes, en que como se acredita con la tercera llamada al 112, acababa de llegar la policía al lugar de los hechos) para que Maximino subiera desde el garaje a la vivienda, limpiasen o eliminasen rastros dentro de ella (aunque de esto no se dice nada en el relato de hechos probados), hicieran desaparecer el revólver, bajaran a la víctima por las escaleras o por el ascensor, la depositasen junto al contenedor de basura y entre tanto Nicanor pudiera hablar más de tres minutos con su padre. Sin embargo, entiende la Sala que es mucho más probable realizar todas esas conductas en ese periodo de 10 o 12 minutos, que lo que resulta de la versión de la defensa, pues según ésta en un periodo de seis minutos (desde las 21.15, en que se produce una llamada desde el teléfono de Natalia al de Nicanor, y que la defensa sugiere como el aviso de haber sido agredida en la calle, hasta las 21.21 en que Nicanor llama a Maximino y habla con él durante 33 segundos para, siempre según la defensa, apremiarle para que baje ya), Nicanor e Maximino habrían debido bajar a la calle, encontrar a Natalia, valorar lo que le pasaba, descubrir que tenía un orificio en el abdomen que sin embargo apenas sangraba -antes de las 21.25, en que necesariamente tuvo que comunicar a su padre que se había producido un disparo, pues así lo dijo Belinda al 112 a continuación-, subir -Maximino - desde la calle a la casa para encontrar apósitos y agua y demorarse algunos minutos en bajar provocando la llamada impaciente de Nicanor). En tal hipótesis, además, Nicanor habría tardado en torno a 10 minutos, desde la llamada de Natalia hasta su llamada a su padre, para pedir auxilio para la víctima, lo que no se hizo hasta las 21.25, es decir, según la tesis de la defensa, hasta 10 minutos después del disparo, lo que más bien parece indicar que hubo otras urgencias antes que pedir eficazmente ayuda para Natalia.

Por último, la defensa se esfuerza en reparar en el sinsentido de estar intentando salvar la vida a Natalia cuando, de haber sobrevivido, habría podido narrar lo realmente sucedido, lo que por un lado denotaría la ausencia de una voluntad de causarle la muerte, y por otro la falta de temor por lo que Natalia pudiera contar, pues más fácil habría sido o bien darle un segundo disparo o bien dejarla morir sin socorrerla. Sin embargo, es perfectamente verosímil que Nicanor, una vez que disparó contra ella, se arrepintiera y, consciente de lo que había hecho, intentase salvarle la vida sin reparar en ese momento en las consecuencias para él, como también podría serlo que la finalidad de bajarla a la calle fuese no sólo la de alejarla del lugar de los hechos, sino también la de facilitar la asistencia médica que estaban esperando.

En definitiva, no pareciendo verosímil la versión de las defensas, y no encontrándose en ella algún contraindicio suficiente para desvirtuar el valor probatorio de los indicios, la Sala no puede sino concluir que la condena no vulnera la presunción de inocencia puesto que cuenta con "base razonable" (artículo 846 bis c, apartado e' LECrim) consistente en varios indicios combinados que apuntan de manera acorde con las máximas de la experiencia a la conclusión de que, por razones desconocidas, Nicanor disparó contra el cuerpo de Natalia mientras ésta se hallaba echada en el interior de la vivienda que compartía, que luego requirió la ayuda de Maximino para bajarla a la calle, y que así lo hicieron, ocultándolo ambos en sus declaraciones como estrategia exoneratoria. Si cada uno de los indicios considerados no podría ser por sí solo suficiente como para justificar la condena, sí lo son el conjunto de los mismos."

Razonamiento que debe mantenerse en esta sede casacional.

QUINTO.- En efecto, que la prueba indiciaria o circunstancial es susceptible de enervar la presunción de inocencia es un principio, definitivamente consolidado por la doctrina del Tribunal Constitucional que en multitud de precedentes se ha pronunciado al respecto, declarando desde las sentencias 174 y 175 ambas de 17.12.85 la aptitud de la prueba de indicios para contrarrestar la mencionada presunción, a la vista de la necesidad de evitar la impunidad de múltiples delitos, particularmente los cometidos con especial astucia, y la advertencia de que habría de observarse singular cuidado a fin de evitar que cualquier simple sospecha pudiera ser considerada como verdadera prueba de cargo.

A partir de tal fecha con frecuencia se ha venido aplicando y estudiando por los Tribunales de Justicia esta clase de prueba que ha adquirido singular importancia en nuestro Derecho Procesal, porque, como es obvio, son muchos los casos en que no hay prueba directa sobre un determinado hecho, y ello obliga a acudir a la indirecta, circunstancial, o de inferencias, para a través de los hechos plenamente acreditados (indicios), llegar al conocimiento de la realidad de aquel necesitado de justificación, por medio de un juicio de inducción lógica



conforme a las reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos SSTC 229/88 , 107/89 , 384/93 , 206/94 , 45/97).

Del mismo modo esta Sala de casación del Tribunal Supremo ha generado una amplia jurisprudencia al respecto, según la cual la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado puede ser establecida por la fórmula de indicios (SSTs. 17.11 y 11.12.2000 , 21.1 y 29.10.2001 , 29.1.2003 , 16.3.2004) siempre que concurren una serie de requisitos:

a) Pluralidad de los hechos-base o indicios.

Como se ha señalado la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseidad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el art. 741 LECrim . la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter, admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el art. 9.3 CE ., salvo cuando por su especial significación así proceda (STS. 20.1.97).

b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración.

c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.

No todo hecho puede ser relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de "circum" y "stare" implica "estar alrededor" y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella.

d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

e) Racionalidad de la inferencia. Esta mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 Cc . "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente validas epistemológicamente.

f) Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia. Pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el art. 120.3 CE . los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante este Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional y determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados artículos 117.3 CE y 741 LECrim . (SSTs. 24.5 y 23.9.96 y 16.2.99).

En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los dos últimos requisitos señalados, que la doctrina de esta Sala ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata (STS. 25.4.96). En este sentido, debe recordarse que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está subordinado al cumplimiento y observancia de las formalidades legales, entre las que destaca, incluso con rango constitucional, (art. 120.3 CE), la obligación de motivar las resoluciones judiciales, de tal suerte que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia, cabe según un proceso lógico y explicitado en la sentencia que permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Órgano jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia, es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a las reglas de la lógica y de la razón y no permite otra inferencia igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

En definitiva como decíamos en la sentencia de 16.11.2004 , es necesario que "la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, explicitación que aun cuando ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la



inferencia. Es decir, es necesario que el Órgano judicial precise cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que puede enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia .. "y" en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace previo y directo, según las reglas del criterio humano".

En este sentido el Tribunal Constitucional recuerda que este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común, o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre, (FJ. 2) "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (SSTC 220/1998 , 124/2001 , 300/2005 , y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003 de 18.12 , FJ. 24).

Las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007 , partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia.

En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si (SSTC. 145/2003 de 6.6 , 70/2007 de 16.4).

Bien entendido que también se ha dicho que la prueba indiciaria necesita de un plus argumentativo. El proceso deductivo ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma la condena (SSTS 587/2014 de 18 de julio , 241/2015 de 17 de abril , 815/2016 de 28 de octubre).

El recurrente cuestiona la suficiencia de los indicios que destaca la sentencia recurrida, pero esta Sala, SSTS 56/2009, de 9 de marzo ; 877/2014, de 22 de diciembre ; 796/2016, de 27 de septiembre , ya ha descartado el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan respectivamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS. 14.2 y 1.3.2000). Es decir no resulta aceptable analizar cada uno de aquellos elementos y a darles otra interpretación, o bien a aislarlos del conjunto probatorio extrayendo sus propias e interesadas conclusiones, pues la fuerza convectiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los indicios probados, a su vez, por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser nuevamente revisados y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden ser, en sí mismos, cada uno de ellos, insuficientes a los efectos que resolvemos (porque en caso contrario sobraría su articulación referencial) pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que despega del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre la que esta Sala casacional únicamente



tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (STS. 19.10.2005).

Insistiéndose en las SSTs. 33/2011 de 26.1 , 5883/2009 de 8.6 , 527/2009 de 25.5 , que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE , no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

En este sentido la STS. 412/2016 de 13.5 , rechazó las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional, advirtiendo el Tribunal Constitucional (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio , FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado..." la fragmentación del resultado probatorio para analizar seguidamente cada uno de los indicios es estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar el cuadro probatorio (SSTs. 631/2013 de 7.6 , 136/2016 de 24.2).

Bien entendido -hemos dicho en SSTs. 732/2013 de 16.10 , y 700/2009 de 18.6 - que es claro "desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal a quo, que no toda inferencia que vaya del hecho conocido al hecho ignorado ofrece, sin más, la prueba de éste último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamenta sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis éste dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante".

Siendo así no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia, ratificadas en apelación, ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del hoy recurrente quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculpatorias, informe pericial de parte y de algunos testigos, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en éste caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario, ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11 - "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende



sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

En efecto debe quedar claro que no se trata de subvertir las reglas del proceso, ni de trasladar la carga de la prueba al acusado para que demuestre su inocencia, ni ante insuficiencia probatoria alguna, sino que la conclusión surge de forma natural del encadenamiento de los indicios analizados, fruto de un juicio deductivo totalmente acorde con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, por lo que con toda claridad se está extramuros de toda decisión arbitraria o infundada al entender la Sala, más allá de toda duda razonable acreditada la autoría del recurrente.

SEXTO.- El motivo segundo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim al haberse infringido los arts. 139.1.1 y 564.1.1 CP ante su indebida aplicación por entender que dados los hechos declarados probados en la sentencia se ha incurrido en error iuris, infringiendo normas penales de carácter sustantivo y otros preceptos el mismo carácter que han de ser observados en aplicación de aquéllos. Inexistencia *ánimus necandi* y de la *alevosía*.

1.- Argumenta, en primer lugar, que ni el arma empleada, ni la zona del cuerpo elegida por el disparo pueden producir una herida mortal.

Considera que el acusado no pudo prever la dirección que tomó el proyectil al ser disparado, que es fruto del azar.

Impugnación que no debe merecer favorable acogida.

La determinación del ánimo homicida (vid SSTS. 1188/2010 de 30 diciembre ; 86/2015 de 25 febrero ; 450/2017 de 21 de junio , constituye uno de los problemas más clásicos del derecho penal habiendo elaborado esta Sala una serie de criterios complementarios, no excluyentes, para que en cada caso, en un juicio individualizado riguroso, se pueda estimar concurrente -o por el contrario cualquier otro distinto, *ánimus laedendi* o *vulnerandi*, en una labor- se dice en la STS. 172/2008 de 30.4 , inductiva pues se trata de que el Tribunal pueda recrear, *ex post facti*, la intención que albergara el agente hacia la víctima, juicio de intenciones que por su propia naturaleza subjetiva solo puede alcanzarlo por vía indirecta a través de una inferencia inductiva que debe estar suficientemente razonada.

Por ello en este sentido el elemento subjetivo de la voluntad del agente, *substrato espiritual* de la culpabilidad, ha de jugar un papel decisivo al respecto llevando a la estimación, como factor primordial, del elemento psicológico por encima del meramente fáctico, deducido naturalmente de una serie de datos empíricos, muchos de ellos de raigambre material o físico, de los que habría que descubrir el ánimo del culpable. Las hipótesis de disociación entre el elemento culpabilístico y el resultado objetivamente producido, dolor de lesionar, por un lado y originación de muerte, por otro, ha de resolverse llegando a la determinación de si realmente hubo *dolo de matar*, *dolo* definido en alguna de sus formas, aún el meramente eventual.

El delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntad en su acción dirigida hacia la meta propuesta de acabar con la vida de una persona, *dolo de matar* que, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho y que según reiterada jurisprudencia (SS. 4.5.94 , 29.11.95 , 23.3.99 , 11.11.2002 , 3.10.2003 , 21.11.2003 , 9.2.2004 , 11.3.2004), podemos señalar como criterios de inferencia, 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 (STS. 57/2004 de 22.1), a estos efectos tienen especial interés el arma empleada, la forma de la agresión y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida. Estos criterios que "*ad exemplum*" se descubren no constituyen un sistema cerrado o "*numerus clausus*" sino que se ponderan entre sí para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se constatan con nuevos elementos que pueden ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presenta carácter excluyente sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad imperiosa de sus actos.



Asimismo es necesario subrayar-como recuerdan las SSTs. 210/2007 de 15 marzo 487 2009 de 17 julio, 1188/2010 de 30 diciembre, 622/2010 de 28 junio, 93/2012 del 16 febrero, 599/2012 de 11 julio, 577/2014 de 12 julio, el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato- no sólo 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 415/2004, de 25-3 ; 210/2007, de 15-3).

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, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de 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 conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado". (Véase STS 1-12-2004, entre otras muchas).

Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3-7-2006, bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia 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 en el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sobre el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual contenía 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. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

En similar dirección la STS 4-6-2011 dice que el dolo supone que el agente se representa en resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

Siendo así es correcto este razonamiento de la sentencia recurrida.

En efecto, como hemos dicho en SSTs. 1014/2011 de 10 octubre y 54/2015 de 11 de febrero, esta Sala reiteradamente, ha venido diciendo, el dolo eventual es del todo equiparable al dolo directo o intencional en cuanto al merecimiento del castigo aplicable, puesto que ambos suponen igual menosprecio del autor por el bien jurídico tutelado.



Siendo así en SSTs. 172/2008 de 30.4 , y 210/2007 de 15.3 , hemos precisado que 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 el resultado lesivo al 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).

Por consiguiente tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados -recuerdan las SSTs. 1187/2011 de 2.11 y 890/2010 de 8.10 , esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23-4-1992 (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, se afirma en la sentencia 69/2010, de 30 de enero , "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 -sigue diciendo la sentencia 69/2010 -, 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 esta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado. En principio, el sujeto que ex ante conocer 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" (STS 69/2010, de 30-1).

En el caso que se analiza el dolo homicida del acusado se deriva del medio empleado (arma de fuego del calibre 22) y la zona del cuerpo de la víctima sobre el que se dirigió el disparo -abdomen a la altura del hipogastrio a nivel suprapúbico -zona que en contra de lo afirmado en el motivo- se alojan órganos vitales e importantes vasos y arterias que, en definitiva, resultaron dañados: el disparo produjo la rotura de la arteria mesentérica superior y seis perforaciones intestinales que se corresponden a orificios de entrada y salida de tres asas de yeyuno, localizándose la bala en las proximidades del primer asa yeyunal a nivel de mesenterio.

Siendo así el acusado no podía descartar el riesgo de muerte subsiguiente a tal acción concreta de peligro, siendo adecuada para causarla, lo que permite que, al menos, el dolo eventual, la posibilidad o probabilidad de la muerte de la víctima, fue asumida por aquél con su actuar.

2.- En cuanto al cuestionamiento de la concurrencia de la alevosía, hemos dicho en SSTs 703/2013, de 8 de octubre ; 838/2014, de 12 de diciembre ; 114/2015, de 12 de marzo ; 719/2016, de 27 de septiembre ; 167/2017, de 14 de marzo ; 240/2017, de 5 de abril ; 299/2018, de 19 de junio, que el Tribunal Supremo viene aplicándola a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención



del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTS. 155/2005 de 15.2 , 375/2005 de 22.3):

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", 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.
- c) En tercer lugar, un elemento 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. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d) Y, en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia 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 (STS. 178/2001 de 13.2).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

- a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.
- b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.
- c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).



De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS. 19.10.2001, es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

Igualmente, hemos dicho en STS 161/2017, de 14 de marzo, que la nota de conjurar el riesgo generable 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 inerte 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.

Por eso hemos dicho (STS 750/2016, de 11 de octubre) que para que exista alevosía, no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima, así como la facilidad que ello supone, refiriéndose a la indefensión sobrevenida, que se produce en ciertos casos aún cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la agravante, siempre que en una segunda de la actuación del autor, el ataque se reanude aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima. Es decir, según la jurisprudencia, la alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta de la anteriormente realizada.

En el caso presente, el acusado aprovecha el momento en que la víctima, que es su propia pareja, con la que convive, está desprevenida en su domicilio. Es por ello que hemos dicho también que estamos en presencia, no solamente de un ataque sorpresivo, sino lo que hemos denominado como "alevosía doméstica" (STS 39/2017, de 31 de enero) que en palabras de la STS 527/2012, de 29 de junio, se la ha designado como una modalidad especial de alevosía convivencial (basada en la relación de confianza proveniente de la confianza, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener en origen en acciones del acusado (SSTS 1289/2009, de 10 de diciembre ; 16/2012, de 20 de enero).

Se trata, por tanto, de una alevosía derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día.

En el caso que nos ocupa en el hecho probado -cuyo respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim - se recoge que el disparo del acusado se realizó "aprovechando al efecto que Natalia se encontraba tumbada, bien en la cama del dormitorio, bien en un sofá de la vivienda y haciéndolo de manera súbita y repentina sin que aquella pudiera prever tal acción y sin posibilidad alguna de protegerse o esquivar la trayectoria de la bala...".

Siendo así, la concurrencia de la alevosía no puede cuestionarse. La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que "la utilización de un arma de fuego frente a quien se encuentra inerte, esto es, sin ninguna clase de arma defensiva, ha de considerarse ordinariamente una acción alevosa. Más indefensión que verse acometido mediante el disparo de un arma de fuego a corta distancia que proviene del agresor, sin ninguna posibilidad de defensa, no cabe imaginar (SSTS 815/2005, de 15 de junio ; 880/2007, de 2 de noviembre ; 25/2009, de 22 de enero ; 37/2010, de 22 de enero ; 29-6-2017) recuerdan que en los casos en que el autor dispone de un arma que aumenta considerablemente su capacidad agresiva, y la víctima carece de instrumentos idóneos que aumentan su capacidad defensiva, la seguridad de la agresión es máxima, dándose los elementos propios de la alevosía".

-Destacar, por último, que la alevosía como circunstancia cualificativa del asesinato es compatible con el dolo eventual.

En efecto, la jurisprudencia inicialmente se pronunció por la incompatibilidad (SSTS 1052/94, de 24 de mayo ; 1245/95, de 5 de diciembre ; 219/96, de 15 de mayo ; 861/97, de 11 de junio) pero en la actualidad la compatibilidad con la intención dolosa meramente eventual, está ya consolidada: dolo eventual de muerte y dolo directo de actuar alevosamente (STS 716/2009, de 2 de julio).

En esta línea la STS. 466/2007 de 25.4 insiste en que no es ese el criterio -el de la incompatibilidad- el que viene manteniendo la más reciente jurisprudencia de esta Sala.

Así, en la Sentencia 119/2004, de 2 de febrero, se declara que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima -aseguramiento de



la ejecución-- y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado la alta probabilidad de la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados. En igual dirección la STS. 175/2004 de 13.2 afirma que el dolo eventual es compatible con la alevosía "según reiterada doctrina de esta Sala, según la cual debe distinguirse entre el dolo con que se ejercita la acción alevosa y el concurrente respecto al resultado de la acción agresiva".

Es evidente que aunque el dolo de muerte pudo haber sido eventual, lo que si conocía el autor era la situación desvalida de la víctima... (STS. 415/2004 de 25.3). En la misma línea se pronuncian las sentencias 514/2004 de 19.4 y 653/2004 de 24.5, en la que se declara que de los hechos probados no se deduce con racional certeza la intención directa de matar, pero se infiere con lógica que el acusado conocía suficientemente el grandísimo peligro generado por su acción, que ponía en grave riesgo la vida de dos personas, prefiriendo de manera consciente la ejecución peligrosa del incendio a la evitación de sus posibles consecuencias, y añade que la agravante específica de alevosía, 1ª del artículo 139 del Código Penal, es compatible con el dolo eventual, de acuerdo con una jurisprudencia amplia y constante de esta Sala sostenida por sentencias recientes, aunque la cuestión es ardua y ha sido debatida y cuestionada en algunos pronunciamientos de la propia Sala.

Han afirmado la compatibilidad, entre otras, las sentencias 2615/93 de 20 de diciembre, 975/96 de 21 de enero de 1997, 1006/99 de 21 de junio, 1011/2001 de 4 de junio, 1804/2002 de 31 de octubre, 71/2003 de 20 de enero, 1166/2003 de 26 de septiembre, 119/2004 de 2 de febrero, 239/2004 de 31 de octubre, 1229/2005 de 19 de octubre, 21/2007 de 19 de enero, 466/2007 de 24 de mayo, 803/2007 de 27 de septiembre.

En igual dirección la sentencia 1010/2002 de 3 de junio estableció que " en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo" (F. J.2º). La definición legal de la alevosía, tanto en el Código actual como en el derogado, hace referencia a asegurar la indefensión, como recordaba la sentencia citada 1006/99 de 21 de junio, que estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción.

SÉPTIMO.- El motivo tercero por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim en base a la existencia de error en la valoración de la prueba por contradicción manifiesta entre los hechos declarados probados y los documentos que designa:

1º Informe médico-legal emitido por D. Miguel Ángel, catedrático emérito de Medicina Legal y Toxicología del Departamento de Medicina Legal de la Universidad de Granada, médico forense jubilado, y por D. Ambrosio, Dr. en Medicina, especialista en Medicina Legal, de fecha 25-10-2017.

2º Ampliación de dicho informe, de fecha 23-4-2018, emitido por los mismos autores.

3º Informe autopsia de 30-11-2016 e informe médico forense sobre distancia del disparo.

4º Informe técnico-policial NUM006 de la Brigada de Policía Científica de Granada, Grupo de Criminalística, de 23-12-2016.

5º Informes sobre residuos de disparo NUM007 y NUM008 de la Brigada Provincial de Policía Científica de Granada de 30-1-2017 y 12-5-2017.

6º Informe de ADN NUM009 de la Brigada Provincial de Policía Científica de Granada de 7-4-2017.

7º Informe sobre el pantalón NUM010 de 31-5-2017.

8º Informe de Balística y Comunicación de Resultados con referencias NUM011 y NUM012, de 10 y 19-4-2017, respectivamente.

El motivo, se adelanta, deviene improsperable.

Debemos recordar - STS- 569/2012, de 27 de junio ; 200/2017, de 27 de marzo ; 376/2017, de 24 de junio, por la vía del art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por



estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECrim . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la intermediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta Sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10 , 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, art. 741 LECrim .;

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 19-7 - 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.



No otra cosa ha acontecido en el caso presente, el 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.

Así la STS 1952/2002, de 26.11 , recuerda que el error de hecho sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominado "literosuficientes" o "autosuficientes" se acredite de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba, siempre y cuando el supuesto no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim .

Así la STS 911/2013, de 3 de diciembre , recuerda "... dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posterioridad sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan.

Por otra parte, el error debe tener directa relación con lo que es objeto principal del juicio, aunque también hay que tener en cuenta que si sobre el punto respecto del cual se alega el error se hubieran llevado a cabo otras pruebas similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce entonces al tribunal la dificultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento o en los documentos especialmente traídos a colación, sino la que ofrece ese otros o esos otros medios probatorios. De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del tribunal de casación, lo que está vedado".

Y concluye la expresada resolución "la contradicción, en fin, ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o complementado aquélla con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente, queda carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultado de otros medios de prueba también disponibles por el tribunal de instancia, que justificaron la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación, al menos evidente, mayor crédito, a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS 6 y 24-9- 2011).

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta de la establecida y consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

OCTAVO.- En el caso presente, el recurrente designa hasta 6 documentos provenientes de Policía Científica (Criminalística), Médicos Forenses del Instituto de Medicina Legal, Técnicos de Balística de la Policía Nacional y Técnicos de ADN de la Policía Nacional, pretendiendo que sobre sus resultados prevalezca los dos informes Médicos Legales realizados a su instancia por los doctores Miguel Ángel y Ambrosio , olvidando que en cuanto al valor como "documento" a efectos casacionales de los informes periciales, esta Sala, por todas STS 283/2018, de 13 de junio , solo se lo reconoce cuando:

a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen (SSTS. 534/2003 de 9.4 , 58/2004 de 26.1 , 363/2004 de 17.3 , 1015/2007 de 30.11 , 6/2008 de 10.1 , y AATS. 623/2004 de 22.4 , 108/2005 de 31.11 , 808/2005 de 23.6 , 860/2006 de 7.11 , 1147/2006 de 23.11 , o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2 , 1224/2000 de 8.7 , 1572/2000 de 17.10 , 1729/2003 de 24.12 , 299/2004 de 4.3 , 417/2004 de 29.3). En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del tribunal. En el primer caso porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo, porque, al apartarse del



resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos -como dice la STS. 310/95 de 6.3 , ante un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico, esto es, se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo STS. 2144/2002 de 19.12).

Fuera de estos casos las pericias son un medio de prueba de carácter personal, aunque con características propias que deben ser valoradas en función de las conclusiones expuestas por sus redactores y suficientemente contrastadas en el momento del juicio oral.

Pues bien, en el caso presente, el tribunal ha valorado la pericial propuesta por la defensa que contrapone con el informe de los Médicos Forenses que realizaron la autopsia y del Grupo de Criminalística (Balística), sobre distancia y trayectoria del disparo y el resto de las pruebas testificales e indiciaria que se han analizado en el motivo primero, y no considera verosímil la versión de las defensas.

Conclusión que debe mantenerse en esta sede casacional.

En efecto, sobre los dictámenes periciales en SSTS 546/2016, de 21 de junio ; 386/2017, de 14 de mayo ; 613/2018, de 29 de noviembre , hemos señalado que la pericia - como destaca la doctrina- es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la Ley precisa que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" (art. 348 de la LEC), lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim . para toda la actividad probatoria, sin que pueda olvidarse, ello, no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E .).

El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica -que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1103/2007 de 21.12). No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba.

Habiéndose cumplido por la sentencia recurrida con estas prevenciones, el motivo se desestima.

RECURSO Maximino

NOVENO.- El motivo primero por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del art. 24.2 CE (derecho a la presunción de inocencia).

El motivo parte de que la condena el recurrente deriva directamente de la de Nicanor , de manera que si éste resultara absuelto, también lo sería aquél, por lo que hace suyos los argumentos recogidos en su recurso sobre la valoración de la prueba, manifestando que en ningún caso ha quedado acreditado que el disparo a Natalia se produjo en el interior de la vivienda, basándose para ello en dos cuestiones fundamentales: la distancia del disparo y la posición de la víctima.

Impugnación que ya ha sido analizada, y desestimada, en el motivo primero del anterior recurrente, dando por reproducido lo ya argumentado en orden a su desestimación para evitar innecesarias repeticiones.

DÉCIMO.- El motivo segundo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 451.2 CP .

Cuestiona el motivo la concurrencia de los requisitos del delito de encubrimiento.

El motivo debe ser desestimado.

Con las SSTS 1216/2002, de 28 de junio ; 598/2011, de 17 de junio y 62/2013, de 29 de enero , hemos de afirmar que el encubrimiento exige dos requisitos previos. Uno de carácter positivo y otro de índole negativa. Por el primero, es preciso que el encubridor tenga conocimiento de la comisión de un delito. Por el segundo,



no debe haber participado o intervenido en el mismo como autor o como cómplice, siendo los tres posibles componentes delictivos que sanciona el tipo posteriores a la comisión criminal.

El conocimiento por el sujeto activo supone la noticia o percepción que se tiene de una cosa. Es un estado anímico de certeza por lo que el encubridor debe conocer la trasgresión punible cometida, aunque no es necesario que sea de forma absolutamente precisa en sus circunstancias. No bastan simples sospechas o presunciones, sino que habrá de tener conocimiento de un acto ilícito anterior y, en concreto de que se trata de un delito.

En cuanto al momento del conocimiento ha de ser previo a la realización de su propia conducta, planteándose algunos problemas cuando al tiempo de realizar su actividad el encubridor desconoce la comisión anterior de un delito que averigua después. Si en el primer momento tal acción sería impune, una vez que, enterado del delito, continúe su actividad desarrollará un encubrimiento.

La conducta típica precisa así de una activa colaboración, es decir, de una ayuda o favorecimiento eficaces, consumándose mediante ella dicho ilícito siempre que el agente tenga la finalidad o motivación de poner obstáculos a la investigación y de tratar de auxiliar al autor de la imputación delictiva (STS 1074/2010, de 21 de diciembre).

El art. 451 CP describe tres posibles modalidades de encubrimiento.

En palabras de la STS 67/2006, de 7 de febrero, serán elementos comunes a todas ellas:

a) la comisión previa de un delito.

b) Un segundo elemento de carácter normativo, como es el no haber intervenido como autor o como cómplice, puesto que tanto el autoencubrimiento como el encubrimiento del copartícipe son conductas postdelictivas impunes.

c) un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento de la comisión del delito encubierto, lo que se traduce en la exigencia de un actuar doloso por conocimiento verdadero de la acción delictiva previa, lo que no excluye el dolo eventual, que también satisface tal requisito y cuya concurrencia habrá de determinarse, en general, mediante un juicio de inferencia deducidos de la lógica de los acontecimientos. En similares términos se pronuncia la STS 178/2006, de 16 de febrero.

La forma de encubrimiento a la que debe entenderse que las acusaciones reconducen la actuación del recurrente y es aceptada por la sentencia recurrida, es la prevista en el art. 451.2 CP -conocida doctrinalmente como "favorecimiento real", frente al "favorecimiento personal" del apartado 3- según la cual será castigado quien, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o como cómplice, intervenga con posterioridad a su ejecución "ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos de un delito para impedir su descubrimiento".

La acción ha de recaer sobre "el cuerpo, efectos o instrumentos" del delito y lo que se ha de pretender con estas conductas no puede ser otra cosa que impedir el descubrimiento del delito en sus aspectos jurídicamente relevantes, entre ellos, sin duda, las personas que han intervenido en su comisión.

UNDÉCIMO.- En el caso presente necesariamente hemos de partir de que cuando el recurso de casación se articula por la vía del art. 849.1 LECrim, es doctrina reiterada de esta Sala contenida, entre otras en SSTS 807/2011, de 19 de julio; 380/2014, de 14 de mayo; 86/2015, de 25 de febrero; 696/2018, de 26 de diciembre, que establece los requisitos del motivo casacional del art. 849.1 LECrim.

1) Respeto a los hechos probados. La casación por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado (STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". (STS 18-12-92). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil, cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado" (STS 3-2-92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.



4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación.

Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero , "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim . El recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . Ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Siendo así, la sentencia recurrida, que acepta los hechos probados de la sentencia del Tribunal del Jurado, en el apartado 3 de los mismos considera acreditado: "3.- Tras disparar contra Natalia , con el fin de eludir su responsabilidad y estando ésta todavía con vida, el acusado Nicanor llamó por teléfono a las 21 horas 21 minutos a su amigo Maximino , nacido el NUM005 de 1980 y con antecedentes no computables en esta causa, el cual estaba aparcando un coche propiedad de la madre de Nicanor en el garaje comunitario del edificio en el que radica la vivienda de éste pidiéndole que subiera. Una vez que Maximino estuvo en la vivienda y supo lo acontecido convinieron ambos en bajar a Natalia a la calle para aparentar que había recibido un disparo por parte de un desconocido mientras bajaba la basura al contenedor y de esta forma ocultar el crimen. En ejecución de lo acordado bajaron los dos a Natalia aún con vida a la calle, llamando entonces por teléfono Nicanor a su padre hasta en cinco ocasiones, pero no dando aviso a los servicios sanitarios hasta las 21 horas 37 minutos.-"

Actuación tendente a modificar el escenario del crimen con la finalidad de simular que fue un tercero desconocido quien realizó el disparo fuera de la vivienda, subsumible en el tipo penal del art. 451.2 CP .

DUODÉCIMO.- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrentes Maximino y Nicanor las costas derivadas de sus respectivos recursos.

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por Maximino y por Nicanor , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con fecha 11 de diciembre de 2018 .

2º) Imponer a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarda Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Ana Maria Ferrer Garcia Susana Polo Garcia Carmen Lamela Diaz