



Roj: **STS 4061/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4061**

Id Cendoj: **28079120012022100854**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/10/2022**

Nº de Recurso: **10126/2022**

Nº de Resolución: **821/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Cataluña, Sección 100ª, 11-01-2022 ,  
STS 4061/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 821/2022**

Fecha de sentencia: 17/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10126/2022 P

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

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

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10126/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 821/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Carmen Lamela Díaz



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 17 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, infracción de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, con el nº 10126/2022, interpuesto por la representación procesal del condenado **D. Juan Ignacio**, contra la sentencia de fecha 11 de enero de 2022, dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Procedimiento Jurado número 9/2021, conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de julio de 2021, dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, que condenó al recurrente como autor de un delito de asesinato, en el Procedimiento Jurado número 44/2020, correspondiente al procedimiento del Tribunal Jurado número 1/2017, del Juzgado de Instrucción número 6 de Sant Feliu de Llobregar. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; estando el recurrente, representado por la procuradora D<sup>a</sup> Silvia Urdiales González, y defendido por el letrado D. Patricio de Cárdenas Smith; y como parte recurrida, los acusados absueltos D. Cipriano y D. Clemente, representados por la procuradora D<sup>a</sup> María del Mar Gómez Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Alejandro Ribó Bonet; y D. Mateo, representado por la procuradora D<sup>a</sup> Pilar Huerta Camarero, bajo la dirección letrada de D. Javier Rodrialvarez Biel. Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 6 de Sant Feliu de Llobregat, instruyó Procedimiento del Tribunal Jurado con el nº 1/2017, y una vez concluso, fue elevado al Tribunal Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3<sup>a</sup>, en el Procedimiento número 44/2020, que con fecha 20 de julio de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados: "1.- Se declara probado que en el año 2017 Mateo formaba parte de un grupo de más de dos personas que se había puesto de acuerdo para dedicarse al tráfico de drogas o sustancias estupefacientes y que en la misma época Juan Ignacio formaba parte de un grupo de más de dos personas que se había puesto de acuerdo para dedicarse fundamentalmente a la realización asaltos violentos a narcotraficantes, siendo su función la de aportar información sobre posibles objetivos (conseguidor o santero).

2.- Hacía las 22,40 horas del día 27 de abril del año 2017 Juan Ignacio salió del domicilio situado en la CALLE000 nº NUM000 de El Prat de Llobregat, en cuyo interior se encontraban Felipe, Delia, Fulgencio y Germán.

Una vez fuera del domicilio de la CALLE000, Juan Ignacio contactó con terceras personas no identificadas con las que ya se había puesto previamente de acuerdo. Todos ellos volvieron a la vivienda de la CALLE000, momento en el que Juan Ignacio tocó la puerta y se identificó de viva voz, facilitando la entrada en el domicilio. Cuando Fulgencio abrió la puerta, los acompañantes de Juan Ignacio irrumpieron en el domicilio y abrieron fuego contra los allí presentes, actuando con la intención de acabar con su vida o siendo conscientes de que la muerte podría sobrevenir como consecuencia natural de su conducta.

Fulgencio recibió un disparo en la cabeza que le produjo la muerte y Felipe recibió dos disparos, uno en la espalda y otro en la cabeza, que también le produjeron la muerte. Delia recibió un disparo en el cuello que le produjo lesiones para cuya curación requirió de tratamiento médico y quirúrgico.

Felipe, Fulgencio y Delia no tuvieron posibilidad alguna de defenderse frente al ataque con armas de fuego, ataque que se produjo de forma repentina e inesperada cuando se encontraban en el interior de su domicilio." (sic)

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se dictó el siguiente Fallo: "En atención a lo expuesto, y conforme al veredicto del Jurado, decido: Condenar a Juan Ignacio como autor responsable de un delito de asesinato, ya definido, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión permanente revisable y accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Condenar a Juan Ignacio como autor responsable de un delito de asesinato, ya definido, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión permanente revisable y accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Condenar a Juan Ignacio como autor responsable de un delito de asesinato cometido en grado de tentativa, ya definido, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de veinte años de prisión y accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, imponiéndole asimismo una única medida de cinco años de libertad vigilada.



Condenar a Mateo como autor responsable de un delito de pertenencia a un grupo criminal, ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y dos meses de prisión.

Condenar a Juan Ignacio a indemnizar a la madre de Felipe en la cantidad de ochenta mil euros y a su hermana en la suma de treinta mil euros, a Delia en la suma de veinte mil euros por las lesiones y en la cantidad de ochenta mil euros por el daño moral derivado del fallecimiento de Felipe, quedando reservada la posibilidad de ejercitar las acciones civiles respecto de los familiares de Fulgencio.

Condenar a Juan Ignacio al pago de dos quinceavas partes de las costas procesales y a Mateo al pago de una quinceava parte de las costas causadas en el presente procedimiento.

Absolver a Mateo de los delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas por los que venía siendo acusado, a Juan Ignacio del delito de tenencia ilícita de armas por el que venía siendo acusado y a Cipriano y Clemente por los delitos de asesinato, pertenencia a grupo criminal y tenencia ilícita de armas por los que venían siendo acusados, declarando de oficio el resto de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de diez días, para ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de conformidad con los arts. 846 bis a) y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal." (sic)

**TERCERO.-** La sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurrida ante esta Sala, dictó la siguiente Parte Dispositiva: "No haber lugar a los recursos de apelación interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y por el Procurador D. José María Ramírez Bercero, en nombre y representación del acusado Juan Ignacio, contra la sentencia de fecha 20 de julio de 2021 de la Audiencia Provincial de Barcelona constituida en Tribunal del Jurado, cuya resolución confirmamos íntegramente.

Declaramos de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Esta es nuestra sentencia, contra la que cabe interponer recurso de casación, que firmamos y ordenamos." (sic)

**CUARTO.-** Con fecha 14 de enero de 2022, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia dictó Auto de aclaración con la siguiente Parte Dispositiva: "ACORDAMOS aclarar la sentencia de esta Sala de fecha 11 de enero de 2022, dictada en el Rollo de Apelación de Jurado 9/2021 por la que se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y por el Procurador D. José María Ramírez Bercero, en nombre y representación del acusado Juan Ignacio, contra la sentencia de fecha 20 de julio de 2021 de la Audiencia Provincial de Barcelona constituida en Tribunal del Jurado, quedando el encabezamiento de la misma de la siguiente manera:

"Rollo de Apelación de Jurado Nº 9/2021

Audiencia Provincial de Barcelona (Oficina del Jurado)

Procedimiento de Jurado núm. 44/2020

Juzgado de Instrucción nº 6 de Sant Feliu de Llobregat

Jurado 1/2018" " (sic)

**QUINTO.-** Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado preparó recurso de casación por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

**SEXTO.-** Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal el 12 de abril de 2022, la Procuradora D<sup>a</sup>. Silvia Urdiales González, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del art 852 LECrim. y art 5.4 y 7. 3 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art 24. 2 CE y de la tutela judicial efectiva del art 24. 1 CE.

Segundo.- Al amparo del art 849. 1º LECrim por indebida aplicación del art 140. 1. 3º CP e indebida inaplicación del art 66.1.6ª CP.

**SÉPTIMO.-** Instruidos la parte recurrida y el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, éste último por escrito de fecha 5 de mayo de 2022 solicitó la inadmisión y subsidiariamente su desestimación. La Sala admitió a trámite el mismo, quedando conclusos los autos para su deliberación y decisión cuando por turno correspondiera.



**OCTAVO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 13 de octubre de 2022 con el resultado que se refleja a continuación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, fechada el día 20 de julio de 2021, dictada en la causa por Jurado núm. 44/2020, condenó al acusado Juan Ignacio como autor de dos delitos de asesinato, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de prisión permanente revisable y accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena por cada uno de esos dos delitos. Asimismo, le condenó como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 20 años de prisión y accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, imponiéndole asimismo una única medida de 5 años de libertad vigilada.

Contra esa sentencia se interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la sentencia núm. 1, fechada el 11 de enero de 2022, suscrita por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Se promueve ahora recurso de casación por la representación legal de Juan Ignacio. Se hacen valer dos motivos que van a ser valorados separadamente.

**1.1.-** El primero denuncia, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia ( art. 24.1 y 2 de la CE).

Entiende la defensa que la sentencia recurrida no se fundamenta en prueba inequívocamente de cargo y, por consiguiente, no supera el canon de constitucionalidad que la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo para respaldar el juicio de autoría.

**1.2.-** A su juicio, la declaración de Delia, una de las dos supervivientes que se encontraban en la casa en la que sucedieron los hechos y única testigo con capacidad para ofrecer información sobre el desarrollo del episodio que culminó con la muerte de dos personas, no es coincidente con el testimonio ofrecido por otros testigos que se encontraban fuera de la vivienda. Existe una discordancia en el relato cronológico ofrecido por otros testigos como Sandra, Jose Ramón y Jose Daniel. Y esa discrepancia debería haber sido interpretada a favor del reo.

No tiene razón el recurrente.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al resolver el recurso de apelación promovido contra la decisión del Jurado, aborda de forma minuciosa esta alegación y da cumplida respuesta al razonamiento que la inspira.

En efecto, en el FJ 7.2 apunta la sentencia recurrida que el recurrente: "...combate el veredicto con una serie de cálculos matemáticos temporales que a su juicio acreditaría que el Jurado valoró incorrectamente la prueba testifical. No obstante no son relevantes para el fin que pretende el apelante. Señala que solo transcurrieron siete minutos desde que tuvo lugar el tiroteo hasta la llegada de la policía y para ello parte de la hora en que se recibe el aviso. Sin embargo el tiroteo se había producido antes del aviso, pues el testigo Sr. Juan Enrique declaró que primero oyó ruiditos y pensó que eran petardos, se asomó la ventana y vio una persona correr con un arma corta en la mano, dos disparos más y otra persona correr, después vio correr a una tercera persona. Por tanto, antes de llamar a la policía pasaron varios minutos, ya que lo primero que escuchó fueron unos ruidos que le parecieron petardos y por ello se asomó a la ventana. Asimismo, el tiempo que la testigo considera que estuvo en el suelo antes de levantarse es una apreciación meramente subjetiva por cuanto estaba herida y suponemos que aterrorizada, por lo que un simple minuto puede parecer una hora. Expone también el apelante que los cinco minutos que la testigo declaró que tardó el acusado Juan Ignacio en volver a la casa, tras abandonar la misma, fueron tan solo unos instantes. Pues bien, puede que no fueran cinco minutos exactos, pero sí que fue un lapso temporal suficiente para que la testigo recordara que Juan Ignacio no había regresado al domicilio solo salir del mismo, es decir, de forma inmediata".

Esta Sala no encuentra en ese pasaje error alguno susceptible de quebrar el contenido material del derecho a la presunción de inocencia. Antes al contrario, el Tribunal Superior de Justicia dio cumplida respuesta al argumento de la asincronía detectada en el testimonio de diferentes testigos y añadió que "... la deducción del Jurado es lógica y racional y así se plasma en el veredicto y en la sentencia, pues "poco tiempo después" no significa "inmediatamente después", sino que supone necesariamente el transcurso de un lapso temporal corto y cinco minutos lo son".

Estamos, por tanto, ante una inferencia probatoria proclamada por el Magistrado-Presidente a partir de la valoración por el Jurado -que ha gozado de inmediación- del testimonio ofrecido por Delia, testigo que se



hallaba en el lugar de los hechos y que resultó gravemente herida. Al análisis de esa inferencia probatoria la sentencia recurrida añade un impecable examen de la racionalidad del proceso de valoración de la prueba que ha desembocado en la condena del recurrente.

**1.3.-** La vulneración de los derechos que se dicen menoscabados por la defensa habría estado también originada por el hecho de que "...podía y debía haber más personas implicadas (...) que inexplicablemente no fueron investigadas, lo que a juicio de esta parte le produjo un claro perjuicio a la defensa del condenado". Sigue razonando la defensa que, tal y como recoge la sentencia recurrida, "...se han descartado líneas de investigación como las de grupos rivales que querían acabar con la vida de Felipe y de Delia ". Y concluye que "...tampoco consta que se efectuara un reconocimiento policial fotográfico con los Sres. Claudio y Darío a partir de las imágenes del TMB y respecto de ese individuo que vieron en las inmediaciones del lugar y que a ambos les pareció sospechoso".

La queja es inviable.

Las pruebas sobre las que se sustenta la responsabilidad criminal del acusado son las que fueron objeto de desarrollo en el plenario, sometida su práctica al principio de contradicción y al derecho de defensa. Lo que descarta la vulneración del derecho a la presunción de inocencia es la suficiencia, licitud y acomodo al canon constitucional de valoración que puede predicarse de la actividad probatoria desplegada en la instancia y avalada en la apelación. Lo que la defensa pide de esta Sala es que verifiquemos un juicio hipotético acerca de cuál habría sido el desenlace del presente proceso si hubiera habido más acusados y, por tanto, se hubieran practicado otras pruebas para justificar su implicación o inocencia. Y ese ejercicio especulativo no forma parte del contenido material del derecho a la presunción de inocencia ni, por supuesto, del derecho a la tutela judicial efectiva.

En palabras del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el FJ 7.4º, "...aceptamos que pueda haber más personas implicadas en los hechos, también que existieran conflictos entre bandas rivales, pero lo importante aquí es, con independencia de la existencia de esos terceros implicados, con independencia de si se podía haber seguido alguna línea de investigación que permitiera identificarlos, si las pruebas practicadas acreditan la autoría del acusado y se ha desvirtuado su presunción de inocencia. [...] La respuesta es afirmativa. El Jurado expone su convencimiento acerca de la participación del acusado y su concierto con los terceros asaltantes, lo que motiva adecuadamente en la alternativa a la proposición 12ª que presenta. La línea de investigación a la que se refiere el apelante podría aportar información sobre esos terceros y otros partícipes, pero la concreta participación del acusado, el concierto con ellos para conseguir que las víctimas abrieran la puerta y así poder ser tiroteadas, no se vería afectada".

**1.4.-** Resulta conveniente recordar nuestra doctrina referida a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos ante el Tribunal del Jurado. Ahí están las claves para comprender la suerte desestimatoria del primero de los motivos.

Y es que 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, donde deberá haber procedido a la triple comprobación de la licitud, el carácter incriminatorio y la racionalidad de la valoración de la prueba. En consecuencia, en estos aspectos, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior.

De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la intermediación que sí ha tenido el Tribunal del jurado.

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones



del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (La verificación de la existencia de prueba de cargo bastante (cfr. SSTS 678/2020, 11 de diciembre; 418/2020, 21 de julio; 97/2020, 5 de marzo; 196/2019, 9 de abril; 45/2014, 7 de febrero y 154/2012, 29 de febrero, con cita de la STS 390/2009, 21 de abril-).

El motivo ha de ser rechazado ( art. 885.1 de la LECrim).

**2.-** Sostiene la defensa, con cita del art. 849.1 de la LECrim, error de derecho, indebida aplicación de los arts. 140.1.3 y 66.1.6 del CP.

En un elaborado y minucioso motivo, enriquecido con oportunas citas doctrinales acerca del alcance que haya de atribuirse a la interpretación del art. 140.1.3 del CP, el Letrado de la defensa sostiene que "...el hecho de que Juan Ignacio , como miembro de una estructura en la que tiene como cometido el de localizar droga para robarla, facilitara el acceso a las tres personas que no han resultado ser identificadas, en nada corresponde con el refuerzo de la voluntad criminal del seno del grupo, ni tampoco asegura la efectividad de ningún "vuelco" y menos aún contra la agrupación de Felipe . Su acción no responde a la fortaleza del grupo al que pertenece. No actuó por ni para el fin criminal que movía a los integrantes del grupo consistente en la realización de actos típicos de delitos de robo y además resulta que los propios integrantes del grupo resultan ser víctimas de los actos objeto de enjuiciamiento, por lo que el encuadramiento de Juan Ignacio y la condena por la pertenencia a la estructura de un grupo criminal supone realizar una interpretación excesivamente extensiva e inaceptable de la norma".

Añade en su impugnación que el criterio que ha seguido la sentencia recurrida para justificar el juicio de subsunción en la "confianza" de Juan Ignacio con los miembros de su grupo criminal, no es correcto jurídicamente, pues para que resulte aplicable el art. 140.1.3 del CP, habría sido necesario "...que las muertes lo sean por la específica actividad delictiva del grupo criminal al que se pertenece, siendo un hecho incontestable que el grupo criminal al que pertenecía el condenado se dedicaba a robar o localizar droga, no a asesinar". Lo que resulta determinante -sigue razonando la defensa- es que los propios miembros del grupo criminal resultaron víctimas al mismo tiempo, lo que resulta contradictorio, "...resultando excesivo preestablecer que el hecho de traicionar al propio grupo criminal al que se pertenece constituya una actividad típica del mismo o una de sus finalidades".

El motivo no es viable.

**2.1.-** Esta Sala no ha sido ajena -decíamos ya en la STS 5 de mayo de 2020, recaída en el recurso de casación núm. 10461/2019- a una línea doctrinal de intensa crítica al valorar los efectos jurídicos de la aplicación de la prisión permanente revisable. En nuestra sentencia núm. 716/2018, 16 de enero, censurábamos la decisión de política legislativa representada por la LO 1/2015, 30 de marzo, que implicaba -decíamos entonces- la resurrección de un denostado precedente legislativo que hundía sus raíces históricas en el código penal de 1848. Aludíamos también a la equívoca cobertura del derecho comparado, invocada por el legislador para justificar su reforma, que prescindía de otros datos que singularizan, frente al nuestro, algunos de esos modelos comparados .

Hemos expresado ya en numerosos precedentes la necesidad de una interpretación ajustada a los principios que legitiman la aplicación de la ley penal, evitando así el riesgo de asociar la imposición de la pena más grave de nuestro ordenamiento jurídico a concepciones que rinden culto a una responsabilidad alejada del principio de culpabilidad. También hemos subrayado la importancia de que el juicio de subsunción descarte toda influencia que haga descansar los tipos agravados no en el desvalor del hecho ejecutado, sino en perfiles criminológicos propios de un derecho penal de autor.

Alguno de los previsibles defectos asociados a la redacción del art. 140.3 del CP -problemas concursales derivados de la existencia del art. 570 *ter* que ya castiga la pertenencia a grupo criminal- no van a ser abordados por la Sala, en la medida en que el desenlace punitivo de la sentencia objeto de recurso ha resuelto esta dificultad optando por una elemental regla de absorción.

Conviene, sin embargo, no perder la referencia interpretativa que ofrece el hecho de que la Exposición de Motivos del anteproyecto de la reforma operada por la LO 1/2015 -que sólo aplicaba la agravación a la organización criminal, no al grupo criminal- limitaba la prisión permanente revisable a aquellos casos en los que el asesinato "...sea de aquellos que guardan relación con la finalidad u objetivos de la referida organización o grupo criminal".

**2.2.-** Centrados, por tanto, en lo que es objeto de recurso, la Sala quiere recordar dos premisas metodológicas sin las cuales nuestro análisis de la queja del recurrente quedaría sensiblemente desdibujado.

La primera de ellas se refiere a la necesidad de que el disenso de la defensa, cuando éste se basa en la vía casacional que habilita el art. 849.1 de la LECrim, se construya con la incondicional aceptación del relato de hechos probados que ha sido proclamado en la instancia.

En segundo lugar, la Sala comparte la línea argumental que anima el motivo y que conduce, como no podía ser de otra manera, a una interpretación teleológica, siempre restrictiva, de los supuestos agravados introducidos por el legislador en el ar. 140 del CP.

**2.3.-** Ajustada nuestra respuesta a estas premisas, lo cierto es que el brillante hilo argumental de la defensa prescinde, en más de una ocasión, de lo que verdaderamente proclama el relato de hechos probados. En efecto, en el desarrollo del motivo se señala que el recurrente era "...miembro de una estructura en la que tiene como cometido el de localizar droga para robarla". Después se añade que "...el fin criminal que movía a los integrantes del grupo (era) la realización de actos típicos de delitos de robo".

Sin embargo, no es esto lo que proclama el hecho probado. En él se dice que "...en el año 2017 Mateo formaba parte de un grupo de más de dos personas que se había puesto de acuerdo para dedicarse al tráfico de drogas o sustancias estupefacientes y que en la misma época Juan Ignacio formaba parte de un grupo de más de dos personas que se había puesto de acuerdo para dedicarse fundamentalmente a la realización de asaltos violentos a narcotraficantes, siendo su función la de aportar información sobre posibles objetivos (conseguidor o santero)".

La lectura detenida de este pasaje del factum -que encabeza el primero de sus párrafos- ya advierte que el acusado se dedicaba a algo más que a "localizar droga para robarla". El Magistrado-Presidente incorpora al hecho probado un calificativo del que no puede prescindirse a la hora de argumentar el desacierto del juicio de subsunción: "...asaltos violentos a narcotraficantes". El vocablo "violento" enriquece la funcionalidad del grupo criminal en el que se integraba Juan Ignacio. Y mal puede razonarse que un asalto violento, encaminado a desposeer a una banda rival de un bien tan valorado económicamente como es la droga, no pueda encajar en la porción de injusto abarcada por el art. 140.1.3 del CP. Sobre todo, si se repara en que las disputas entre estructuras rivales, en este caso concreto, habían desembocado en tres asesinatos y una cuarta muerte intentada.

La defensa incluye un razonamiento añadido vinculado al dato de que Juan Ignacio formaba parte del propio grupo criminal al que pertenecían los tres fallecidos. Pues bien, aun cuando el art. 849.1 de la LECrim reduce la base argumental de cualquier motivo por infracción de ley a lo que el hecho probado ha declarado, la Sala constata, tras la lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, que ese dato -insistimos, no incluido en el factum- no es verdaderamente determinante. El contexto en el que se produjeron los asesinatos por los que se ha formulado acusación no es otro que el de un enfrentamiento entre bandas rivales, dedicadas al desposeeramiento violento de sustancias estupefacientes. Que el acceso a la vivienda en la que se produjeron los disparos fuera un gesto de confianza hacia el acusado o la expresión de un acto de deslealtad respecto del grupo criminal en el que, hasta esa fecha, desplegaba su actividad delictiva no altera el fundamento de la agravación. Desde la perspectiva que justifica la aplicación del art. 140.1.3 del CP, los hechos no tienen otro significado que el de un tiroteo entre grupos criminales rivales. El que Juan Ignacio diversificara su estrategia criminal entre ambas estructuras o que se pusiera al servicio de uno u otro grupo no debilita el fundamento de la agravación.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado ( art. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim).

**3.-** La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

## FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **D. Juan Ignacio** contra la sentencia núm. 1, fechada el 11 de enero de 2022, suscrita por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que confirmó la dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, fechada el día 20 de julio de 2021, dictada en la causa por Jurado núm. 44/2020, que condenó al acusado como autor de dos delitos de asesinato y uno de asesinato intentado.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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



Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Andrés Palomo Del Arco  
D.ª Carmen Lamela Díaz D. Javier Hernández García

### VOTO PARTICULAR

que formula el magistrado Javier Hernández García a la sentencia dictada en el Recurso nº 10126/2022.

1. Lamento sinceramente no poder suscribir la sentencia que en este caso se ha dictado. Desde mi mayor respeto a la opinión mayoritaria considero que el motivo por infracción de ley formulado por la representación del Sr. Juan Ignacio contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya debería haber sido estimado.

2. A mi parecer, los hechos que se declaran probados en la instancia, y que hace suyos el tribunal de apelación, no permiten identificar los presupuestos ni fácticos ni normativos de la hiperagravación contenida en el artículo 140.1. 3ª CP y apreciada en la sentencia recurrida. Lo que, en lógica consecuencia, priva de justificación a la imposición de la pena de prisión permanente revisable por cada uno de los dos delitos de asesinato consumados que han sido objeto de condena.

3. Pretendo, a continuación, y de manera breve, ofrecer los argumentos sobre los que baso mi anterior conclusión.

No obstante, y con carácter previo, creo necesario llamar la atención en un extremo decisivo que afecta al objeto fáctico sobre el que recae mi análisis de tipicidad. Objeto que no coincide con el que se delimita en el correspondiente apartado de *hechos probados* de la sentencia de instancia.

No parece necesario insistir en que los hechos probados ocupan un papel central en la decisión que se adopte y, en lógica consecuencia, en la articulación de los diversos motivos que pueden fundar el recurso contra la misma.

Constituyen, a la postre, el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso y, en consecuencia, para combatir el juicio de tipicidad. Lo que explica que la ley establezca exigentes condiciones de producción del hecho probado, anudando incluso la nulidad de la sentencia en caso de grave infracción.

4. La cuestión crítica surge cuando el tribunal llamado en la instancia a la fijación del hecho probado compromete la unidad lógico-narrativa que debe caracterizarlo e inserta proposiciones factuales en la fundamentación jurídica que amplían el espectro fáctico o entran en colisión con el relato delimitado en el apartado reservado para los hechos probados de la sentencia.

En estos casos, y solo en beneficio del reo, al hilo de los motivos que funden el recurso, el tribunal que lo conozca viene obligado a una suerte de heterointegración que permita identificar el "hecho global" declarado probado. Y sobre el que, solo, insistimos, a favor de la persona acusada o condenada en la instancia, deben analizarse aquellos gravámenes que traen causa de este -vid. STS 57/2022, de 24 de enero, 173/22, de 24 de febrero, 401/22, de 22 de mayo, 468/22, de 18 de mayo- .

Lo que en el caso se traduce, como con particular acierto hace la sentencia mayoritaria, en la necesidad de construir un "hecho global", incorporando afirmaciones fácticas presentes en la fundamentación jurídica que permiten considerar acreditado, como un hecho probado más, que el hoy recurrente, al tiempo de los hechos justiciables, integraba junto a los fallecidos Sres. Fulgencio y Felipe y la Sra. Delia , que resultó gravemente herida, un grupo criminal " *dedicado a realizar actos violetos a narcotraficantes, siendo su función la de aportar información sobre posibles objetivos*".

5. El hecho probado no permite, sin embargo, considerar acreditado que el ahora recurrente, al tiempo en que se produjeron los hechos, integrara, simultáneamente, otro grupo u organización criminal. Respecto a los otros perpetradores de las muertes y del intento de causarla, los hechos declarados probados se limitan a fijar que el hoy recurrente " *contactó con terceras personas no identificadas con las que ya se había puesto previamente de acuerdo*".

6. No se disponen de otros datos que permitan evaluar en términos normativos rigurosos, primero, si los otros perpetradores conformaban, a su vez, un grupo u organización criminal y, segundo, de ser así, si la aportación ejecutiva del hoy recurrente en la causación de las dos muertes y en el intento de causar una tercera se realizó como integrante de la estructura criminal que correspondiera o como colaborador de esta. Hipótesis esta que también excluiría la hiperagravación.





En lógica consecuencia, el único presupuesto fáctico del que cabe partir para el juicio de subsunción es que el autor, el hoy recurrente, y las víctimas pertenecían al mismo grupo criminal.

7. Partiendo de lo anterior surgen dos preguntas inevitables: primera, ¿Resulta aplicable una hiperagravación con efectos punitivos tan excepcionales cuando la víctima de la acción homicida es un "intraneus" del grupo u organización criminal al que también pertenece el agente?; segunda, ¿Resulta conforme a los fines de protección pretendidos por el legislador con la inclusión de dicha agravación específica?

8. Tengo serias dudas que me inclinan a responder negativamente a ambas cuestiones. Y la razón esencial es que no identifico en el hecho global declarado probado el específico desvalor que puede prestar fundamento a la hiperagravación y, con ella, a las gravísimas consecuencias punitivas que se derivan.

9. Renuncio, en el contexto de este voto discrepante, a profundizar en los muchos y complejos problemas que plantea la interpretación de la norma penal. Y, muy en especial, en el alcance de los condicionantes con los que debemos operar los jueces para que la interpretación de la norma no se convierta en un puro acto de creación normativa que comprometa el propio mandato de certeza y de vigencia.

Los jueces no podemos generar un producto normativo interpretado que poco o nada tenga que ver con el producto original legislado. La "desviación" nunca puede suponer una ampliación del espectro típico que limite el ámbito de libertad de las personas. Ni, tampoco, una reducción sin asidero en cánones gramaticales, sistemáticos y teleológicos axiológicamente vinculados a los principios de proporcionalidad, taxatividad y exclusiva protección de los bienes jurídicos.

10. Los jueces, para esta labor, no debemos superar el tenor literal posible de los significantes utilizados por el legislador en la construcción de los tipos penales.

El canon interpretativo gramatical, por tanto, actúa a modo de canon prioritario.

Pero lo cierto es que a salvo mandatos con un alcance inequívoco, es muy frecuente encontrar distintos significados literales posibles. En estos casos, deben activarse los cánones sistemático y teleológico para identificar cuáles de los sentidos posibles resulta más compatible con el fin y el contexto de la norma y con los mandatos de optimización de los principios de relevancia constitucional antes mencionados.

El tenor literal posible actúa como límite externo de la interpretación para impedir la expansión de la norma. Pero ello no implica, de contrario, que cualquiera de los significados literales posibles que "encierra" la norma pueda servir para determinar finalmente su sentido y alcance en el caso.

En mi opinión, el Tribunal Constitucional valida la anterior propuesta interpretativa. Si bien construye una metodología que gira sobre la prioridad del canon literal, al tiempo, *hace una llamada a la necesidad de introducir variables interpretativas axiológicas, "verificando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional"*-vid. SSTC 59/2010, 129/2008-.

11. Pues bien, la norma cuya aplicación en el caso cuestiono suministra un buen ejemplo de lo antedicho.

La fórmula de la hiperagravación solo hace referencia a que el asesinato se haya cometido " *por quien perteneciere a un grupo u organización criminal*".

De tal modo, el tenor literal posible no permitiría, en su función como límite interpretativo expansivo, considerar aplicable la hiperagravación a los *colaboradores* de la organización o del grupo en relación con el delito que cometen. El mandato inequívoco es que solo puede aplicarse a los que pertenezcan.

Pero el propio tenor literal posible sí es compatible con la interpretación de que la mera pertenencia a cualquier organización o grupo criminal del agente obliga a la hiperagravación del asesinato cometido. El legislador no previene ningún elemento cualificante o de especialización con relación a las finalidades delictivas de la organización o del grupo o respecto a las condiciones de pertenencia del agente.

12. Sin embargo, considero que esa interpretación a partir, insisto, de un sentido literal posible, colisiona con los principios de ofensividad, proporcionalidad y responsabilidad por el hecho. La sentencia mayoritaria creo que también identifica estos riesgos de *pendiente resbaladiza*.

La pertenencia a cualquier organización o grupo criminal, con independencia de la finalidad delictiva que les presta sentido fundacional, no puede aumentar el injusto del delito de asesinato en una medida tan significativa que suponga, sin opción individualizadora alguna, la imposición de la pena más grave del sistema.

Interpretar así el fundamento de la imposición desde el sentido literal posible de la norma comporta costes constitucionales inasumibles. Que, en mi opinión, deben evitarse mediante una interpretación reductora, teleológica y sistemáticamente correcta, de la cláusula de agravación acudiendo a otros sentidos literales



posibles que, además, considero, no se oponen " a la voluntad claramente reconocible del legislador", en fórmula clásica del Tribunal Constitucional alemán.

13. En efecto, si acudimos al preámbulo de la LO 1/2015 cabe destacar cómo el legislador presenta la nueva regulación de la hiperagravación refiriéndose " a los asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal y no meramente por uno de sus integrantes". Lo que marca un primer presupuesto aplicativo: la necesidad de una intensa conexión entre el delito cometido y la finalidad delictiva de la organización o grupo al que pertenezca el autor.

Porque solo a partir de dicha conexión puede decantarse el plus de injusto que sumado al propio del asesinato justifique, como consecuencia, el castigo con la pena de prisión permanente revisable.

14. La cuestión que surge es la de identificar el contenido de la conexión aumentativa del injusto. Y es aquí donde, creo, el camino se bifurca definitivamente, optando la sentencia mayoritaria por uno y este voto discrepante por el otro.

Me explico. En mi opinión, la hiperagravación prevista en el artículo 140.1. 3ª CP exige identificar con absoluta claridad la conexión entre la acción y el denominado *injusto del sistema constituido* que caracteriza a las estructuras criminales más o menos organizadas. La relación entre el injusto sistémico que caracteriza a las estructuras criminales y el injusto de los delitos que constituyen su objeto.

La inherencia entre el delito-fin y la estructura criminal que permita observar cómo esta actúa favoreciendo su comisión en la medida en que responde a su finalidad constitutiva.

La sentencia debe permitir identificar cómo el potencial de lesividad que caracteriza a la estructura criminal, ya sea en forma de organización o de grupo, se concreta en la comisión del delito haciendo, por ello, más desvaliosa la acción.

Este parece que debe ser, a mi parecer, el sentido que ha de atribuirse al mandado de agravación del artículo 3 de la Decisión Marco 2008/341 y al que responde, también, nuestro propio legislador cuando con relación a otros tipos delictivos contempla dicha relación de inherencia entre el delito y la organización o grupo criminal como fundamento de agravaciones típicas -vid. como ejemplo paradigmático, el artículo 156.6 bis CP, relativo al delito de tráfico de órganos humanos-.

15. La hiperagravación justificada en que el delito cometido responde a la finalidad de la organización o del grupo criminal, entendida, además, como elemento constitutivo, exige también precisar con extremada claridad su alcance.

La naturaleza fundacional de la finalidad comporta que los que se incorporan a la organización o grupo la conozcan y la asuman, lo que explica la referencia, antes mencionada, que se contiene en la Exposición de Motivos de la L.O 1/2015 a que el delito de asesinato " se cometa en el seno de la organización", situando claramente fuera del espacio de la hiperagravación a los delitos cometidos al margen de la estructura organizada o grupal.

Lo que sugiere, a su vez, que la finalidad siempre contempla la comisión de los delitos frente a terceros, extraneos a su estructura. La propia exigencia de pertenencia del sujeto activo a la organización o grupo, como presupuesto de la hiperagravación, obliga a decantar como elemento constitutivo implícito que la víctima no puede ser, a la vez, integrante del grupo en cuyo seno se produce el delito.

Creo que mantener dicha posibilidad compromete gravemente el sentido de la norma y los propios fines de protección.

16. En mi opinión, la muerte de un "intraneus" del grupo criminal ocasionada por otro "intraneus" no añade más injusto porque no permite apreciar el que se deriva de la pertenencia a un grupo cuya finalidad es cometer delitos contra la vida de terceros.

No encuentro, sinceramente, razón alguna para que sea mucho más reprochable que cualquier otra muerte causada al margen de la organización o del grupo.

17. La prisión permanente revisable, como categoría autónoma de pena, nova profundamente la dosimetría penal sistémica de nuestro Código y, con ella, la medida de la gravedad de las conductas. La pena más grave y no individualizable solo puede imponerse cuando no haya duda alguna de que el delito cometido satisface todas las exigencias del tipo. Y, en el caso, reitero, tengo serias dudas de que la hiperagravación apreciada por la sentencia mayoritaria concorra.



18. La conducta del recurrente dando muerte a dos personas e intentando causarla a una tercera, las tres integrantes del grupo criminal al que él mismo pertenecía, fue muy grave y merece, por las circunstancias de producción, un altísimo reproche. Pero no mayor que el previsto en el artículo 139 CP.

En mi opinión, el injusto cometido no justifica la imposición de la prisión permanente revisable.

En Madrid, a 24 de octubre de 2022.

Fdo. Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ