



Roj: **STS 2245/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2245**

Id Cendoj: **28079120012020100389**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2020**

Nº de Recurso: **10638/2019**

Nº de Resolución: **372/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 10939/2018,**
STSJ CAT 5274/2019,
STS 2245/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 372/2020

Fecha de sentencia: 03/07/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10638/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/07/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sección de Apelación e la Sala Civil y Penal

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10638/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 372/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde



D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 3 de julio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 10638/2019P interpuesto por Daniel , representado por la procuradora doña María del Mar Gómez Rodríguez bajo la dirección letrada de don Alejandro Ribo Bonet, y por Doroteo , representado por la procuradora doña Ruth María Oterino Sánchez bajo la dirección letrada de don Miguel Ángel Martín-Vares Sánchez, contra la sentencia dictada el 1 de julio de 2019 por la Sección de Apelación de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el Rollo de Apelación Penal n.º 162/2018, en el que se estimó el recurso de apelación interpuesto por Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros y Azalea Invex Gestión, S.L. y se les absolvió como responsables civiles subsidiarias, y se desestimó el recurso de apelación formalizado por Daniel contra la sentencia dictada el 30 de julio de 2018 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6.ª, en el Sumario Ordinario n.º 19/2017, que le condenó como responsable penalmente, en concepto de autor, de dos delitos de homicidio intentado del artículo 138.1 del Código Penal, y de un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.1.1.º del mismo texto legal. Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal, así como la aseguradora Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros y la mercantil Azalea Invex Gestión, S.L., representadas por el procurador don Luis Fernando Álvarez Wiese bajo la dirección letrada de don Ramón Espino de Balanzo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 17 de Barcelona incoó el Sumario 1/2007 por dos delitos de **asesinato** intentado, tenencia ilícita de armas y delito leve de lesiones, contra, entre otros, Daniel , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta. Incoado el Rollo de Sumario 19/2017, con fecha 30 de julio de 2018 dictó sentencia n.º 529/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **SE DECLARAN PROBADOS** los siguientes hechos:

PRIMERO.- Sobre las 06:30 horas del 25 de diciembre de 2016 se produjo un enfrentamiento entre dos grupos de personas, tras salir de la discoteca The Bunker, sita en el núm. 19 de la calle Ronda de Sant Pere de Barcelona. En concreto, ese enfrentamiento tuvo lugar en la confluencia de las calles Bruc y Ausiàs March, detrás del establecimiento. Uno de los grupos estaba formado por seis personas, dos de ellas los procesados Daniel y Maribel .

Durante el enfrentamiento, Daniel sacó una pistola que llevaba y se la puso en la cabeza a Jenaro . Apretó el gatillo pero se encasquilló y no llegó a disparar. En ese momento Jenaro acometió a Daniel para defenderse y ambos cayeron al suelo.

Momentos después del inicio de la pelea, miembros del equipo de seguridad de la discoteca se interpusieron entre los dos grupos. El equipo de seguridad del establecimiento está obligado a cuidar de que al cierre de la discoteca los clientes no causen molestias a los vecinos; así lo exige el Ayuntamiento de Barcelona.

Empleados del servicio de seguridad acompañaron al grupo de Daniel a la entrada del metro de Urquinaona. Otros empleados, uno de ellos Doroteo , se quedaron con el grupo de Jenaro .

Instantes después, desde la entrada del metro, Daniel salió corriendo en dirección hacia el lugar en el que estaban el Sr. Doroteo junto a personas pertenecientes al otro grupo implicado en la pelea. Cuando estaba a unos diez metros efectuó dos disparos con una pistola del calibre 6,35 con el brazo estirado y con intención de matar.

Uno de los disparos hirió en el cuello a Doroteo , al que causó lesiones que entrañaron un riesgo para su vida.

SEGUNDO.- Doroteo , que tenía veinticinco años de edad en el momento de los hechos, sufrió lesiones consistentes en herida por arma de fuego en región cervical inferior derecha con induración perilesional. La bala quedó impacrada a nivel C-T1, adyacente a unión costal-vertebral. Se produjo un gran hematoma centrado en el espacio cervical anterior derecho, profundo, con extensión desde el hioides hasta el mediastino superior.

Para la curación de las lesiones se requirió tratamiento médico-quirúrgico consistente en sutura incisional quirúrgica, analgésicos, antiinflamatorios, protectores gástricos, con antibioterapia profiláctica y rehabilitación funcional de miembro superior izquierdo.

El lesionado tuvo 124 días de perjuicio moderado de pérdida temporal de calidad de vida y 6 días de perjuicio grave de pérdida temporal de calidad de vida.



Le han quedado como secuela un perjuicio estético ligero, consistente en una cicatriz hipercrómica de 6 centímetros de longitud y trayecto transversal que interesa región supraclavicular derecha, base del cuello, no retráctil ni condicionante de compromiso funcional, valorada en 6 puntos según el baremo del seguro obligatorio de vehículos de motor automóviles.

Las lesiones comportaron un riesgo vital ya que la herida de bala se localizó en una zona en la que hay estructuras neurológicas de la medula espinal y las raíces nerviosas, además de estructuras óseas y de tejidos blandos. Este tipo de heridas, por su ubicación, dificulta su manejo ya que puede quedar dañada la columna vertebral y se puede producir una lesión medular con evento catastrófico."

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

" **FALLO**

ABSOLVEMOS a Maribel del delito leve de lesiones del que venía acusada con todos los pronunciamientos favorables.

ABSOLVEMOS a Daniel de los dos delitos de **asesinato** intentado de los que venía acusado; y le **CONDENAMOS**, como responsable penalmente en concepto de autor de dos delitos de homicidio intentado y de un delito de tenencia ilícita de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a dos penas de prisión de cinco años por los homicidios, y a la pena de un año de prisión por el delito de tenencia ilícita de armas; con la accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

CONDENAMOS a Daniel a indemnizar a Doroteo en la cantidad de veinticinco mil diez euros (25.010 €).

CONDENAMOS a Azalea Invex Gestión SL, mercantil titular de la discoteca The Bunker, y a la aseguradora Generali, como responsables civiles subsidiarias, a indemnizar a Doroteo en la cantidad de veinticinco mil diez euros (25.010 €).

Las costas procesales se imponen al acusado Daniel en una mitad, incluyendo las correspondientes a la acusación particular, con declaración de oficio de la otra mitad.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra esta sentencia puede interponerse recurso de apelación en el plazo de diez días para su resolución por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña."

TERCERO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Daniel y por la de Generali España S.A. de Seguros y Reaseguros y Azalea Invex Gestión, S.L, y completado el trámite de alegaciones, fueron remitidas las actuaciones a la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, para su Sección de Apelación Penal, quien incoado el Rollo de Apelación Penal n.º 162/2018, con fecha 1 de julio de 2019 dictó sentencia con el siguiente FALLO:

" **FALLAMOS**

1º.- **DESESTIMAR** el recurso de apelación presentado por Daniel contra la sentencia dictada en fecha 30 de julio de 2018 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª) en su Sumario Ordinario núm. 19/2017, procedente del Juzgado de Instrucción 17 de Barcelona, seguido contra el acusado por delitos de homicidios en grado de tentativa y tenencia ilícita de armas.

20.- **ESTIMAR** el recurso de apelación presentado por **GENERALI ESPAÑA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS** y **AZALEA INVEX GESTIÓN, S.L.** contra la referida sentencia.

30.- **REVOCAR** la indicada resolución y **ABSOLVER** a las entidades **GENERALI ESPAÑA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS** y de **AZALEA INVEX GESTIÓN, S.L.** como responsables civiles subsidiarias.

4º.- **CONFIRMAR** en todos sus demás extremos la indicada sentencia.

5º.- Declarar de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847.1 a) de la LECrim."

CUARTO.- Notificada esta sentencia a las partes, las representaciones procesales de Daniel y de Doroteo, anunciaron su propósito de interponer recurso de casación, recursos que se tuvieron por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- El recurso formalizado por Daniel, se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:



Único.- Por infracción de precepto legal del artículo 849, número 1.º de la ley de Enjuiciamiento Criminal, por la indebida aplicación de un delito de tentativa de homicidio contra el Sr. Jenaro cuando debió absolverse, con infracción del art. 138, apartado 1, del Código Penal, que se ha aplicado indebidamente, e infracción de la jurisprudencia aplicable en materia de la autoría; por falta de aplicación de un delito de lesiones agravado por el uso de arma con infracción del artículo 148, número 1.º del Código Penal, que debió aplicarse, e infracción de la jurisprudencia aplicable en materia del *animus necandi* por aplicación indebida y falta de aplicación de la relativa al *animus laedendi*; por la indebida aplicación en el delito de homicidio o de lesiones con arma, con infracción de los artículos 16.1 y 62 del Código Penal.

Y el recurso formalizado por Doroteo, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de los artículos 117 y 120.3.º del Código Penal.

Segundo.- Con carácter subsidiario al primer motivo, por infracción de ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de los artículos 117 del Código Penal y 156.5 b) de la Ley General de la Seguridad Social.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos ambos recursos e interesó su desestimación; Doroteo lo hizo respecto de los motivos del recurso formalizado por Daniel; y la aseguradoras Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros y la mercantil Azalea Invex Gestión, S.L. respecto del formalizado por Doroteo. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 2 de julio de 2020 prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Procedimiento Ordinario n.º 19/2017, procedente del Procedimiento Sumario 1/2017 de los del Juzgado de Instrucción n.º 17 de esa misma capital, dictó sentencia el 30 de julio de 2018 en la que condenó a Daniel como autor criminalmente responsable de dos delitos intentados de homicidio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole las penas de 5 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por cada uno de ellos. La sentencia le condenaba asimismo como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, también sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de prisión por tiempo de un año e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Todo ello condenándole a que indemnizara a Doroteo en la cantidad de 25.010 euros, estableciéndose la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades Azalea Invex Gestión SL y Generali SA.

Contra la sentencia se interpuso recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por la representación del acusado, así como por las entidades declaradas responsables de la reparación de los perjuicios, habiéndose resuelto el recurso por sentencia de 1 de julio de 2019, que desestimó la pretensión suscitada por Daniel, al tiempo que estimó la apelación formulada por las entidades responsables, que fueron absueltas de su obligación de reparar los perjuicios derivados de la acción delictiva.

Contra esta resolución se formulan los dos recursos de casación que aquí se conocen.

Recurso interpuesto por la representación del acusado Daniel.

SEGUNDO.- 1. El recurso se asienta en un único motivo que se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, si bien se muestra técnicamente mal asentado en el precepto de la ley procesal que se invoca, pues lo que el alegato cuestiona es que no ha existido prueba de cargo suficiente para poder inferir su participación en los hechos, tanto en lo que hace referencia a las dos actuaciones contra la vida que se enjuician (lo que alcanza también a la posesión del arma por la que ha sido condenado), como en cuanto a que pudiera albergar una intención homicida si se le atribuyeran los disparos en torno a los que giran los dos delitos intentados de homicidio por los que viene condenado.

2. La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que en los procedimientos con doble instancia contemplados en el artículo 847.1.a de la LECRIM, el control casacional de las sentencias que les pongan término, no solo comporta realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación, sino que también puede ajustarse a revisar los juicios de inferencia que se hayan alcanzado en la instancia, a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado el tribunal de apelación en el caso de que el argumento hubiera sustentado el previo recurso devolutivo ante él, de suerte



que, en definitiva, el ámbito del control casacional se refiere a la ponderación y argumentación que sobre la cuestión haya exteriorizado el tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante.

Se ha explicitado también en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre; 742/2007, de 26 de septiembre, o 52/2008, de 5 de febrero), que la labor que corresponde al tribunal de apelación en la encomienda de supervisar la valoración de la prueba hecha por el juzgador de instancia, cuando se alega ante él la infracción del derecho a la presunción de inocencia, no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador a quo, porque solo a este corresponde esa función valorativa, sino verificar que, efectivamente, el tribunal de instancia contó con suficiente prueba de signo acusatorio. Una verificación que entraña que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/01, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

Es cierto, como se ha dicho, que la inserción del elemento de la razonabilidad dentro del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia genera un espacio común en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, el control por parte del tribunal de apelación de la coherencia del juicio probatorio del tribunal a quo, particularmente cuando lo que se invoca es un quebranto del derecho a la presunción de inocencia, no pasa por exigir un juicio valorativo en el que se detallen todas las pruebas que se han tenido en cuenta, sino que el tribunal de instancia fije con claridad cuáles son las razones que ha contemplado el tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos -muy especialmente cuando hayan sido controvertidos-, tanto porque permite al justiciable, y a la sociedad en general, conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, o la corrección técnica de la decisión dada por el Tribunal, cuanto porque facilita el examen de la lógica y racionalidad de sus conclusiones fácticas.

De este modo, por más que no sea necesario razonar lo que resulta obvio, ni sea tampoco exigible un discurso exhaustivo sobre hechos aceptados por el acusado, en lo que se refiere a los hechos negados, no reconocidos por este o de cualquier forma cuestionados o discutidos, las pruebas a considerar al verificar la racionalidad del proceso valorativo no son solo aquellas que lógicamente conduzcan a la conclusión obtenida por el tribunal, sino todas aquellas que hayan sido traídas por las partes y que puedan destruir o debilitar la convicción hasta conducirla al campo de lo incierto, lo remoto o lo especulativo.

Por último, debe recordarse, conforme la doctrina constitucional, que el control 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 cohesión (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 la suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa). En todo caso, es pacífica la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala que proclama que el control en este último supuesto ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales de instancia quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías, del acervo probatorio; de modo que solo puede considerarse insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales 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, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre o 123/2006 de 24 de abril, entre otras).

3. Desde esta consideración de la función casacional como evaluadora de que la supervisión que ha hecho el Tribunal de apelación respete las reglas anteriormente expuestas de valoración del juicio probatorio del Tribunal de instancia, puesto que el recurso no cuestiona ninguna irregularidad en su práctica, debe rechazarse la pretensión que sustenta el motivo.

En lo que hace referencia a que el recurrente fuera el autor del disparo que causó las lesiones al vigilante de la discoteca *The Bunker*, llamado Doroteo, la sentencia impugnada valida la corrección analítica del Tribunal de instancia a partir de un conjunto de elementos probatorios que, desde una consideración racional de su fuerza incriminatoria, permiten extraer las conclusiones que cuestiona el recurso. En su segundo fundamento jurídico, la sentencia de apelación destaca los testimonios subrayados por el Tribunal de instancia que atribuyeron el disparo al recurrente, pese a haber evaluado en su análisis la tesis de descargo presentada por la defensa, concretamente su alegación de que el disparo no lo efectuó el acusado sino otra persona que le acompañaba y que se llamaba Jenaro, ya fallecido a la fecha del enjuiciamiento.



Contempla el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que el órgano de enjuiciamiento evaluó la declaración de la mayoría de los empleados de la discoteca quienes, pese a que la mayor parte de ellos conocía a *Jenaro* por ser cliente habitual, sustentaron en el plenario que fue el acusado quien disparó al vigilante *Doroteo*.

Así lo aseveró la víctima, y su relato fue confirmado de manera directa por *Alejandro*, que manifestó que participó en la separación de los dos grupos que se estaban enfrentando y que, después de que uno de los grupos fuera conducido hasta la entrada de la estación de metro allí existente, el acusado volvió con un arma y el testigo pudo escuchar un disparo, viéndole claramente disparar el segundo tiro tras alertarse con la primera deflagración.

Las dos inculpaciones directas se confirman por otros testimonios menos concretos, pero igualmente sólidos. *Alejandro*, que directamente vio disparar al acusado, testificó que el acusado llevaba trenzas y el Tribunal de enjuiciamiento percibe que la fotografía del acusado de entonces, muestra que peinaba pelo largo y rizado que es fácilmente confundible con las trenzas. Este detalle, permite confirmar la corrección del análisis de autoría, en la medida en que otros vigilantes de la discoteca relataron que el autor de los disparos era el individuo del grupo de contendientes que llevaba trenzas. Concretamente lo afirmaron los testigos *Bartolomé*, *Bernabe* y *Bienvenido*, en un testimonio que tampoco parece que pueda ser erróneo a partir de una desacertada equiparación entre trenzas y rizos, pues los testigos también detallaron que conocían perfectamente a *Jenaro* porque era cliente habitual, y que ni este, ni otro cliente llamado *Eulalio* que le acompañaba, fueron los que dispararon a *Doroteo*, sino que lo hizo el tercer varón que conformaba el grupo, esto es, el acusado según la descripción de la composición del grupo que hizo la coacusada *Maribel*.

Estos testimonios también evidencian que fue el acusado quien, en el enfrentamiento previo que impulsó que salieran a la calle los servicios de seguridad de la discoteca, había encañonado a *Jenaro* a la cabeza, accionando el mecanismo de disparo de un arma que finalmente se encasquilló. Aun cuando el propio *Jenaro* sostuvo en el plenario que quien le disparó no era el acusado, lo cierto es que sí reconoció que su agresor llevaba trenzas, lo que apunta claramente al recurrente, como la propia secuencia de los disparos. De otro lado, sentencia impugnada destaca la debilidad de la exculpación del acusado que *Jenaro* prestó en el plenario: en primer lugar, porque en fase de instrucción reconoció al acusado como el autor de los hechos; en segundo término, porque en el plenario, a preguntas de la letrado de la acusación particular, manifestó que el que intentó matarle fue el que le puso el arma y que fue el acusado, habiéndose retractado de esa aseveración en respuesta a una pregunta sugestiva de su propia defensa e incompatible con su relato anterior, concretamente cuando su letrado le preguntó " *ha dicho que la persona que le encañonó no está en esta Sala*".

Tampoco resiente la valoración probatoria que el testigo *Javier* negara que fuera el acusado quien disparó a su amigo *Jenaro*, primeramente, porque este testigo también sostuvo que el pistolero llevaba trenzas, siendo este un dato indicativo de la responsabilidad del acusado, como antes se ha expuesto; y, en segundo término, porque su relato no se consideró veraz, lo que es objetivamente sustentable a partir de la circunstancia de que afirmó que el encañonamiento fue al pecho, en contradicción con el propio agredido.

De este modo, no puede sustentarse que carezca de rigor la revisión que del análisis probatorio ha realizado el Tribunal de apelación, sino que responde a una observación sólida e incuestionable del material probatorio aportado en el plenario, superando innegablemente las objeciones formuladas en un recurso de apelación que no tiene más sustento que la lectura divergente que el recurrente da al material probatorio.

4. Tampoco el recurso acierta a presentar un elemento probatorio o un argumento que permita romper la lógica y justificada aceptación por parte del Tribunal Superior de Justicia del juicio inferencial que permitió concluir al órgano de enjuiciamiento que el acusado buscaba causar la muerte en sus dos actuaciones sucesivas: la primera cuando encañonó y disparó contra la cabeza de *Jenaro*, con quien sostuvo un enfrentamiento y cuyo fatal resultado solo se evitó por el mal funcionamiento del arma; la segunda cuando, después de que parte del servicio de seguridad de la discoteca condujera al grupo conformado por el acusado hasta una parada de metro, el recurrente retornó hacia el lugar del incidente y, tras apuntar hacia el grupo congregado con su brazo en plena extensión horizontal, realizó dos disparos, uno de los cuales hirió en el cuello a *Doroteo*.

Jurisprudencia constante de esta Sala reitera que cuando no exista prueba directa de alguno de los elementos nucleares del delito, el juicio de responsabilidad puede descansar en la que se denomina prueba indiciaria, que requiere la acreditación de una pluralidad de hechos indicadores que, de manera racional, lógica y exteriorizada, permitan extraer la conclusión que se debate. La posibilidad se torna en el único camino factible cuando de los elementos intelectuales del delito se trata pues, salvo que se exteriorice en algún momento, la intención del autor no puede ser objetivamente percibida por los sentidos y solo puede ser inferida a partir de la deducción que derive de determinados elementos exteriores suficientemente acreditados.

La cuestión es objeto de recurrente estudio en la práctica de los Tribunales respecto del delito de homicidio o **asesinato** y el delito de lesiones, pues en ellos resulta trascendente indagar cuál ha sido la verdadera intención



del agresor, para dar al hecho la adecuada respuesta punitiva prevista por el ordenamiento jurídico penal, subsumiendo los hechos en uno u otro tipo penal.

Y son muchos los datos que hemos subrayado que pueden orientar al juzgador en la búsqueda de la verdadera intención del agresor. Sin voluntad de agotar los elementos de inferencia, la jurisprudencia de esta Sala ha destacado:

- a. La naturaleza de las relaciones existentes entre el autor y la víctima, bien enemistad, resentimiento, amistad, indiferencia o desconocimiento (SSTS de 8 de mayo de 1987, 21 de diciembre de 1990, 5 de diciembre de 1991 o 5 de noviembre de 2004).
- b. La causa para delinquir. Una evaluación de la razón o el motivo que provocó de manera inmediata la agresión (SSTS 15 de abril de 1988 o 12 de febrero de 1990).
- c. Las circunstancias en las que se produjo la acción, valorando no solamente las condiciones objetivas de espacio, tiempo y lugar, sino el comportamiento de todos los intervinientes en el conjunto de incidencias que desembocaron en la agresión, particularmente la concurrencia -y en su caso, seriedad, gravedad y reiteración- de actos provocativos, palabras insultantes o amenazas (SSTS 20 febrero de 1987, 21 de febrero de 1987 y 21 diciembre de 1990).
- d. Las manifestaciones del agresor y, de manera muy especial, las que acompañan a la agresión, que pueden constituir en ocasiones una manifestación espontánea del alcance de la intención.
- e. La actividad del agresor, anterior, coetánea y posterior a la comisión del delito.
- f. La personalidad del agresor y del agredido.
- g. El tipo de arma utilizada o, lo que es igual, la idoneidad del medio empleado para producir la muerte; pues, determinadas acciones son inequívocamente dolosas, como la asfixia mecánica debida a un estrangulamiento que descarta la causación imprudente (STS de 10 de diciembre de 2012) o el uso de armas de fuego con potencia letal (STS de 22 de enero de 2010).
- h. Especial relevancia se otorga también a la parte del cuerpo a la que se dirija la agresión (STS de 26 de noviembre de 2010); la distancia entre ofensor y ofendido; la intensidad en el golpe; su repetición; o cuales quiera otros elementos externos, que permitan fijar -en una evaluación conjunta, pero en modo alguno sujeta a reglas predeterminadas, estables y unívocas- cuál era la intencionalidad del sujeto al momento de desplegar su comportamiento agresivo y violento.

Proyectado el método analítico al caso enjuiciado, la Sala debe rechazar que carezca de base razonable la conclusión del Tribunal de apelación por la que valida un juicio valorativo del órgano de enjuiciamiento que concluye que la acción del recurrente vino impulsada por la incontestable intención de causar la muerte en sus sucesivos comportamientos.

Respecto del primero de los ataques, observa que quien coloca una pistola en la cabeza de una persona y dispara después, es evidente que tiene una intención de matar, aun cuando no ocasione lesión alguna por no haber funcionado el arma. El sorpresivo desenlace se muestra derivado de un azaroso mal funcionamiento del arma, sin que sea en absoluto sustentable, al menos desde parámetros mínimamente racionales, que pudiera ser otra la intención si, como demostraron los hechos que vinieron después, el arma estaba realmente preparada y habilitada para el disparo.

Y a la misma conclusión debe llegarse respecto de los disparos realizados con posterioridad. Contempla la sentencia que el arma utilizada y la posición que el acusado asumió durante los disparos, apuntando hacia el grupo de personas en que se encontraba Doroteo , a una distancia de unos diez metros y hacia la parte superior de sus cuerpos, reiterando su fuego y perseverando en una acción letal que había resultado inicialmente fallida, evidencian claramente el *animus necandi* que el recurso niega

El alegato se muestra insustancial. Lo sería incluso para sustentar que no concurrió un dolo directo, sino una mera representación del riesgo que respaldaría el dolo eventual, lo que ni es el caso, ni modificaría el pronunciamiento de la sentencia de condena.

El motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Doroteo .

TERCERO.- 1. El recurso se estructura sobre dos motivos casacionales que deben ser examinados de manera conjunta. El primero se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entenderse indebidamente inaplicados los artículos 117 y 120.3 del Código Penal. El segundo, por el mismo cauce y de



manera subsidiaria, por entender indebidamente inaplicados los artículos 117 y 165.5.b de la Ley General de la Seguridad Social.

En síntesis, lo que el recurrente aduce es que si el daño lesivo sufrido por Doroteo, empleado de la discoteca, tuvo su origen en un fallo o insuficiencia de seguridad por parte de la empresa *Azalea Invex Gestión S.L* como entidad explotadora del establecimiento de ocio nocturno, dado que la empresa es la responsable de garantizar la seguridad de clientes, trabajadores y terceros durante el desarrollo de su actividad, ella y su entidad aseguradora deben soportar las consecuencias negativas de la agresión. Considera que esta obligación de reparación viene recogida en el artículo 120.3 del Código Penal, pero que, en todo caso, responde a la concepción de lo que el artículo 156.5.b de la Ley General de Seguridad Social define como accidente laboral, de aplicación en este procedimiento por razones de economía procesal.

2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " *Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal*". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que solo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es este un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado, u obliga a pretender antes su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECRIM) o de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 de la ley procesal), dado que no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

En lo que hace referencia a la aplicación del artículo 120.3.º del Código Penal, como destaca la propia sentencia impugnada, la jurisprudencia de esta Sala señala que los requisitos exigidos para la aplicación del título reparatorio contemplado en el mencionado precepto penal, son los siguientes: 1) que se haya cometido un delito o falta; 2) que el delito o falta se haya cometido en un establecimiento dirigido por el sujeto pasivo de dicha pretensión indemnizatoria; 3) que se haya infringido un reglamento de policía o alguna disposición de la autoridad, entendidos estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros; 4) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados, bien entendido que no es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquel deber legal o reglamentario. Bastará con determinar que existió la infracción y que esta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual y 5) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cometido de modo que estos no se hubieran cometido sin dicha infracción, esto es, un nexo de causalidad operativo, eficaz y eficiente (SSTS 615/2002, de 12 de abril; 140/2004, de 9 de febrero; 598/2007, de 18 de mayo; 108/2010, de 4 de febrero; 357/2013, de 29 de abril; 64/2014, de 11 de febrero, o de 15 de marzo de 2017, entre muchas otras).

Moviéndose la norma en el campo del derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta pero acumulada al proceso penal por razones de utilidad y de economía procesal, hemos destacado que la norma descansa en los tradicionales criterios en materia de responsabilidad civil subsidiaria, concretamente en los fundamentos de la *culpa in eligendo* y de la *culpa in vigilando*, como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil.

Ello exige: a) que entre el infractor y el responsable haya existido un vínculo, en virtud del cual el autor de la infracción que se sanciona haya actuado bajo la dependencia del segundo o, al menos, la actividad desarrollada por él haya contado con su anuencia o conformidad y b) que el delito que genere la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación, aunque se extralimite en esa actuación (SSTS 1185/02, de 24 de junio y 1789/02, de 31 de octubre).

El relato fáctico proclama que la agresión fue perpetrada por uno de los clientes del establecimiento en sus inmediaciones, y que el recurrente, herido por los disparos de aquel, no era sino un empleado de la discoteca que acudió a poner orden con ocasión del altercado entre dos grupos de clientes, lo que hizo en cumplimiento



de la obligación que tiene asignada de procurar que no se causen molestias a los vecinos cuando llega la hora de cierre de local. De este modo, ni la entidad propietaria del establecimiento de ocio tenía vinculación con el autor de los hechos de los que derivan los perjuicios cuya reparación se pretende, ni los hechos son consecuencia de funciones o directrices fijadas por la entidad reclamada al condenado, lo que podría determinar su responsabilidad desde una defectuosa actividad de contratación o gestión. La infracción no es por ello imputable a quienes dirigen el establecimiento, que resultan ajenos a la responsabilidad derivada del comportamiento criminal del condenado.

En cuanto a la eventual obligación de la empresa de indemnizar a su empleado con ocasión de la victimización sufrida con ocasión de una intervención desplegada constante su actividad profesional, de ser procedente, no tiene más entronque que el contrato de prestación laboral que pueda existir entre ellos, cuestión que es ajena a la competencia de la jurisdicción penal (art. 23 y 25 LOPJ).

Los motivos se desestiman.

CUARTO.- La desestimación de los recursos conlleva la condena en costas a los recurrentes, de conformidad con las previsiones del artículo 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

Desestimar los recurso de casación interpuestos por las representaciones procesales de Daniel y de Doroteo , contra la sentencia dictada el 1 de julio de 2019 por la Sección de Apelación de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el Rollo de Apelación Penal n.º 162/2018, sentencia que estimó el recurso de apelación interpuesto por Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros y Azalea Invex Gestión, S.L. y desestimó el formalizado por Daniel , contra la sentencia dictada el 30 de julio de 2018 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, en el Sumario Ordinario número 19/2017, con imposición a los recurrentes del pago de las costas causadas en la tramitación de sus recursos.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García

Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet