

Roj: **STS 6591/2013 - ECLI:ES:TS:2013:6591**Id Cendoj: **28079120012013101057**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/12/2013**Nº de Recurso: **10474/2013**Nº de Resolución: **1037/2013**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 3127/2013,**
STS 6591/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Diciembre de dos mil trece.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que ante Nos pende interpuesto por las representaciones legales de los procesados **Gonzalo , Imanol , Jorge y Milagros** , contra Sentencia núm. 24/13, de 26 de febrero de 2013, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala núm . 21/11 , dimanante del Sumario núm. 1/2011 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Valdemoro (Madrid) seguido por delito de asesinato en grado de tentativa contra mencionados recurrentes; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo partes: el Ministerio Fiscal; los recurrentes representados por: Jorge por la Procuradora de los Tribunales Doña María José Barabino Ballesteros y defendido por el Letrado D. José M. Ghezzi Calcagno, Gonzalo representado por el Procurador de los Tribunales Don Federico Pinilla Romeo y defendido por el Letrado Don Erlantz Ibarrondo Merino, Milagros representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana Lobera Arguüelles y defendida por la Letrada Doña Naomi Abad Velasco, y Imanol representado por el Procurador de los Tribunales Don Juan Torrecilla Jiménez y defendido por la Letrada Doña Milagros Lorente Santo; y como recurrido la Acusación particular Don Salvador representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María de los Ángeles Sánchez Fernández y defendido por el Letrado Don Andrés González Constanza que impugnó el recurso por escrito de fecha 3 de junio de 2013.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. - El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Valdemoro (Madrid) instruyó Sumario núm. 1/2011 por delito de asesinato en grado de tentativa contra **Gonzalo , Imanol , Jorge y Milagros** , y una vez concluso lo remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 26 de febrero de 2013 dictó Sentencia núm. 24/13 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS** :

"1º.- Se declaran probados los siguientes hechos de la acusación:

(A) El día 7 de noviembre de 2010 los acusados, Gonzalo , Imanol , Jorge y Milagros , en unión de otro procesado a quien no le afecta la presente resolución por encontrarse en rebeldía, conocedores de que el entonces menor de edad, Salvador , nacido el 1 de febrero de 1994, iba a acudir a presenciar la retransmisión de un partido de fútbol, de especial trascendencia deportiva, en la localidad de Valdemoro, resolvieron atentar contra su vida.

Y así Gonzalo , Jorge , Milagros y Imanol , una vez que tuvieron efectivo conocimiento de que Salvador , se encontraba en el interior del Bar SUYTURIST sito en la calle Febo de Valdemoro, pues éste último recibió



una llamada desde el interior del establecimiento que le confirmó tal extremo., se reunieron en Valdemoro tras haber contactado entre sí por vía telefónica y decidieron aproximarse a las inmediaciones de dicho local a fin de llevar a efecto su propósito.

Los acusados planearon que la acción la ejecutarían dos personas que acometieron a Salvador con armas blancas, siendo uno de ellos Gonzalo y el otro, Imanol, decidiendo llevar el rostro tapado, para evitar ser descubiertos. Igualmente decidieron que, mientras, Jorge y Milagros, permanecerían a pocos metros del lugar, en el vehículo del primero, un Fiat Punto de color negro, matrícula ...NNN que utilizarían en la huida.

(B) Sobre una hora que puede determinarse entre las 21.097 y las 21.10 del día 7 de noviembre de 2010, Gonzalo y Imanol, se aproximaron a Salvador, que, acompañado por otros menores había salido al exterior del establecimiento, y le acometieron de forma súbita, empleando para ello las navajas que ambos portaban, situándose Gonzalo por delante del menor y Imanol por detrás, empujando a Salvador hacia donde se encontraban los otros menores y sin mediar palabra, Gonzalo le asestó dos puñaladas en el abdomen y Imanol, una puñalada por la espalda utilizando armas blancas de un solo filo, razonablemente afiladas. Ambos agresores vestían prendas negras y llevaban la cara y cabeza cubiertas, si bien Salvador, en el curso de la breve refriega pudo bajar por unos instantes, la prenda que cubría el rostro de uno de los agresores, precisamente al que tenía enfrente y que le apuñaló en el abdomen, identificando a Gonzalo, al que conocía con anterioridad por haber tenido varios enfrentamientos a consecuencia de sus diferentes y opuestas ideas políticas. Entonces el otro agresor le instó a marcharse, diciéndole "Vámonos".

(C) Los agresores huyeron a la carrera, dirigiéndose ambos hacia la esquina del polideportivo del barrio de El Restón con la calle Febo, donde les esperaba Jorge con su vehículo. Este último, tuvo que bajarse de su puesto de conducción en el coche para permitir la entrada en el mismo de uno de los agresores, teniendo solo dos puertas el vehículo, diciéndole al bajar "Joder, súbete por este lado y vámonos de aquí". Tras esto, Jorge volvió a ocupar el puesto de conductor y se marcharon del lugar.

(D) Por su parte Milagros, se mantuvo en el interior del vehículo, y antes de la agresión, mantuvo diversos contactos telefónicos con Imanol, a las 20.58.30 horas y a las 21.02.31 horas a fin de coordinar la acción.

(E) A consecuencia de estos hechos, Salvador, ingresó el 7 de noviembre de 2010 en el Hospital Infanta Elena de Valdemoro con tres heridas inciso punzantes penetrantes por arma blanca corte punzante: en región epigástrica, en región de flanco derecho y en región lumbosacra.

Las dos primeras heridas penetraron desgarrando asas intestinales (lo que requirió hemicolectomía, es decir, retirada quirúrgica de parte de la mitad del colon o intestino grueso), y con severa hemorragia. La herida de la espalda también fue muy penetrante, llegando hasta la apófisis transversa de las últimas vértebras lumbares con el consiguiente desgarro de tejidos en la región afectada.

La localización de las heridas descritas y su profundidad, implicó que afectaran a las asas intestinales (lo que supone una peritonitis aguda) con severa hemorragia, todo lo cual condicionó una urgencia vital de atención médica y quirúrgica sin la cual la vida del afectado hubiera estado seriamente en peligro.

Para estabilizar dichas lesiones, el menor precisó un periodo de evolución de setenta y cinco días, estando impedido para sus habituales ocupaciones durante un mes y medio y precisando hospitalización durante dieciocho días. Requirió de una primera asistencia facultativa seguida de cirugía digestiva y general con retirada de parte del colon derecho, farmacoterapia y vigilancia o curas periódicas.

A consecuencia de los hechos, quedaron las siguientes secuelas:

Cicatrices quirúrgicas amplias a lo largo de la fosa iliaca derecha y abdomen así como en región lumbosacra.

Lumbalgias.

Hemicolectomía parcial.

(F) En dos ocasiones, con anterioridad a estos hechos, el acusado Gonzalo se había dirigido a Salvador, que se define asimismo como de ideología franquista-falangista, llamándose "cerdo" o "facha de mierda", en fecha indeterminada del verano de 2009 y en el verano de 2010, sin que existiera otro motivo de enemistad entre ellos que el derivado de la diferencia ideológica.

Por su parte, los acusados tienen vinculación con ideología de extrema izquierda "antifascista". Todos ellos mantenían relaciones de amistad entre sí, y Jorge y Milagros mantenían una relación sentimental de noviazgo. Ninguno de los acusados, a excepción de Gonzalo había tenido contacto con el menor agredido, viniendo la enemistad entre Gonzalo y el menor, a consecuencia de los enfrentamientos verbales referidos por el diferentes modo de pensar, determinantes en la comisión de los hechos.



SEGUNDO.- Estos hechos que se han declarado probados son los que resultan de la apreciación realizada por este Tribunal de las pruebas practicadas, las declaraciones proporcionadas por los acusados, por los testigos presenciales, por la declaración de la propia víctima, por la de los demás testigos que depusieron en el acto del juicio oral, por los informes de los médicos forenses y peritos que ratificaron sus informes en el acto del plenario, por las manifestaciones que fuerza la instructora realizó durante la vista y, en especial, por el estudio del flujo de las llamadas realizadas por los procesados y ubicación de las mismas a través de los repetidores."

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

"PRIMERO.- Condenamos a los acusados Gonzalo y Imanol como autores de un delito de asesinato en grado de tentativa, concurriendo en ambos las agravantes de disfraz y discriminación política, a cada uno de ellos, a la pena de 11 años, tres meses y un día de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Asimismo, imponemos a Gonzalo y Imanol, la prohibición de aproximarse a Salvador, a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por él, a menos de 500 metros por tiempo de 16 años y, la prohibición de comunicar con el mismo por cualquier medio o procedimiento durante el mismo periodo de tiempo, de conformidad con el art. 657 del C. penal.

SEGUNDO.- Condenamos al acusado Jorge como cooperador necesario de un delito de asesinato en grado de tentativa, concurriendo en el mismo, las agravantes de disfraz y discriminación política, a la pena de 11 años, tres meses y un día de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Asimismo imponemos a Jorge la prohibición de aproximarse a Salvador, a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por él a menos de 500 m. por tiempo de 16 años, y la prohibición de comunicar con el mismo por cualquier medio procedimiento durante el mismo periodo de tiempo, 16 años, de conformidad con el art. 576 del C. penal.

TERCERO.- Condenamos a la acusada Milagros como cómplice de un delito de asesinato en grado de tentativa, concurriendo en la misma, las agravantes de disfraz y discriminación política, a la pena de cinco años, siete meses y 16 días de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Asimismo imponemos a Milagros la prohibición de aproximarse a Salvador, a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por él, a menos de 500 m. por tiempo de 15 años, y la prohibición de comunicar con el mismo por cualquier medio o procedimiento durante el mismo periodo de tiempo, de conformidad con el art. 57 del C. penal.

CUARTO.- Los acusados, Gonzalo, Imanol, Jorge y Milagros, indemnizarán conjunta y solidariamente a Salvador en la cantidad de 80.000 euros, por lesiones, secuelas y daño moral, cantidad que se incrementará con los intereses que establece la LEC.

QUINTO.- Todos los acusados, se harán cargo de las costas causadas en este juicio, a partes iguales, incluidas las de la acusación particular, a cuyo pago expresamente se les condena.

SEXTO.- Se dispone el comiso del vehículo Fiat Punto matrículaNNN propiedad de Jorge, al que se dará el destino legal."

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

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

1º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim., vulneración del principio de presunción de inocencia.

2º. - Por infracción de Ley, por error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del art. 849.2 de la LECrim.

3º. - Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim., al haberse infringido por indebida aplicación el art. 139.1 del C. penal en relación con los arts. 16 y 62 del mismo cuerpo legal y por indebida aplicación del



art. 22.4 del C.penal , que tipifica la agravante de comisión del delito por razón de discriminación por motivos ideológicos.

4º. - Por quebrantamiento de forma al amparo del núm. 1 del art. 851 de la LECrim ., por haberse consignado como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo.

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

1º. - Por infracción de precepto constitucional que previene y autoriza el núm. 2 del art. 852 de la LECrim . Vulneración del precepto constitucional del art. 24.2 de la CE , derecho a un proceso público con todas las garantías y al derecho a la presunción de inocencia.

2º. - Subsidiario al motivo anterior. Por infracción de Ley que previene y autoriza el núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., indebida aplicación del art. 139 del C. penal con respecto a Milagros .

3º. - Subsidiario a los dos motivos anteriores. Por infracción de Ley que previene y autoriza el núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., indebida aplicación del art. 22.2 del C.penal .

4º. - Motivo subsidiario a los dos primeros. Por infracción de Ley que previene y autoriza el núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., indebida aplicación del art. 22.4 del C.penal .

5º. - Por infracción de precepto constitucional que previene y autoriza el núm. 2 del art. 852 de la LECrim ., vulneración de precepto constitucional del art. 24.2 de la CE derecho a la presunción de inocencia.

6º. - Motivo subsidiario a los dos primeros. Por infracción de Ley que previene y autoriza el núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., inaplicación indebida del art. 21.6 del C. penal .

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

1º. - Por infracción de precepto constitucional con fundamento en la causa prevista en el art. 852 de la LECrim ., y al amparo del art. 5.4 de la LOPJ al haberse vulnerado el art. 18.3 de la CE , derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

2º. - Por infracción de precepto constitucional con fundamento en la causa prevista en el art. 852 de la LECrim y al amparo del art. 5.4 de la LOPJ al haberse vulnerado el art. 24.1 y 2 de la CE , derecho a la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y motivación de la sentencia, sin que pueda producirse indefensión.

3º. - Por infracción de precepto constitucional con fundamento en la causa prevista en el art. 852 de la LECrim ., y al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , al haberse vulnerado el art. 14 de la CE , principio de igualdad y art. 9 de la CE , principio de legalidad.

4º. - Por infracción de Ley con fundamento en el art. 849.1 de la LECrim ., por vulneración de los siguientes preceptos penales de carácter sustantivo: indebida aplicación del art. 139.1 , art. 22.2 y 22.4 todos ellos del C. penal .

5º. - Por infracción de Ley error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, y con fundamento en la causa prevista en el art. 849.2 de la LECrim .

6º. - Por quebrantamiento de forma con fundamento en el art. 851. 1 y 3 de la LECrim ., por no expresar clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados y manifiesta contradicción entre ellos.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución e impugnó los motivos del mismo por las razones expuestas en su informe de fecha 23 de octubre de 2013.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 17 de diciembre de 2013, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid condenó a Gonzalo , Imanol , Jorge y Milagros como autores criminalmente responsables de un delito de asesinato en grado de tentativa, con las circunstancias agravantes de disfraz y motivos ideológicos, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación los aludidos acusados en la instancia, recursos que pasamos seguidamente a analizar y resolver.



SEGUNDO. - Antes de proceder a dar respuesta casacional a los diversos motivos formalizados por cada uno de los recurrentes, hemos de hacer constar que esta causa se sigue por el apuñalamiento de Salvador el día 7 de noviembre de 2010, en la localidad de Valdemoro (Madrid), a las puertas del bar "Suyturist", en donde estaba presenciando un encuentro deportivo futbolístico, resultando lesionado con dos puñaladas (obra de navajas) en el abdomen y otra más por la espalda, que los hechos probados de la sentencia recurrida atribuyen a los coacusados Gonzalo y Imanol , como autores materiales, en tanto que se imputa a Jorge la conducta de recoger a ambos agresores en las proximidades del lugar en donde sucedieron los hechos, dándoles, pues, asistencia en la fuga, y a Milagros la de coordinar telefónicamente tal acción. La Sala sentenciadora de instancia ha calificado la conducta descrita como constitutiva de un delito de asesinato en grado de tentativa, cualificado por la circunstancia agravante de alevosía, y en participación delictiva de autoría material respecto a los dos primeros, en cambio, la de Jorge , como cooperador necesario, y la de Milagros , en concepto de complicidad criminal.

Recurso de Gonzalo .

TERCERO. - Comenzaremos por el estudio del motivo cuarto de su recurso, en donde se queja del denominado vicio sentencial consistente en la consignación en los hechos probados de conceptos jurídicos que impliquen la predeterminación del fallo, todo ello conforme a lo autorizado en el art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Sin embargo, en el desarrollo del motivo no expresa el autor del escrito cuáles son tales conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, sino que todo su discurso gira en torno a la existencia de una quinta persona, que también hubiera participado en estos hechos, lo que -de acreditarse- pudiera modificar la secuencia fáctica, pero que, evidentemente, no es el sentido y contenido de tal vicio sentencial, sino una hipótesis de trabajo sobre lo realmente acontecido, aspecto éste extramuros de tal cauce impugnativo.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO. - En el motivo primero, este recurrente denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, proclamado constitucionalmente en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

Se queja de que ha sido condenado sin prueba alguna de donde resulte la convicción de los jueces «a quibus».

En su desarrollo, en realidad, el autor del recurso reconoce que ha existido prueba de cargo, pero que existen otros elementos que impiden tal convicción, o que resultan dudas razonables que neutralizan tal constatación.

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

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

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

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

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

En el caso enjuiciado, la prueba sustancial de donde dimana la convicción de los jueces sentenciadores radica en el reconocimiento que efectúa la víctima de su agresor, la cual afirmó a sus presencia (y a lo largo de toda la instrucción sumarial) que uno de los autores de la agresión con arma blanca, concretamente el que le acometió



de frente, lo había sido el ahora recurrente, y ello porque le conocía con anterioridad, y ya habían tenido diversas controversias políticas (en los veranos de 2009 y 2010). Para ello, y en el curso del acometimiento, pudo bajarle la prenda que le cubría el rostro, y reconocer que se trataba de Gonzalo .

Como dice el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, la credibilidad de la víctima es un apartado que no puede valorarse por esta Sala Casacional, quien ha de limitarse a controlar la suficiencia de la prueba y el sentido de cargo que tenga, así como la racionalidad de la convicción expresada por el Tribunal sentenciador, conforme a los parámetros ya muy conocidos, cuales son: 1) ausencia de incredulidad subjetiva derivada de las relaciones entre el acusado y la víctima, que pudieran traslucir la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad; 2) la verosimilitud de las manifestaciones de la víctima, que han de estar rodeadas de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que les doten de aptitud probatoria, constatando la existencia del hecho; y 3) persistencia en la incriminación que ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

Todos estos parámetros están acreditados, y tal incriminación está rodeada de indicios que corroboran su imputación. Así, el recurrente se encontraba en ese lugar en el momento de los hechos, lo que se acreditó no solamente por la ubicación de los teléfonos de los implicados, sino porque posteriormente los otros acusados, Jorge y Milagros , admitieron que se encontraba en tal lugar, si bien que no había salido del vehículo del primero. El segundo elemento corroborador es que solamente él conocía a la víctima, y sin su concurso, los demás no habrían podido identificarle. También se tiene por indicio corroborador, que en la secuencia de hechos juzgados, una persona que tiene proximidad con Imanol , y que se trata de Calixto , contacta con tal acusado para indicarle, según la sentencia recurrida, que en el citado bar se encontraba Salvador , y acto seguido, se produce una comunicación con Gonzalo , y el plan se pone en marcha. Por lo demás, nada más sufrir el ataque la víctima comunica la identidad de su atacante, tanto a su familia, como a sus amigos, y lo pone en conocimiento también de la Guardia Civil.

De cualquier forma, lo sustancial está en la imputación subjetiva sin lugar a dudas que realiza la víctima con respecto a este recurrente, significando que su acción fue la de apuñalarle en el abdomen, lo que constituye prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia del ahora recurrente, sin que esta Sala Casacional pueda descender a valorar, sin haber asistido al juicio oral, si en el momento de su detención Gonzalo tenía o no patillas, lo cual es suficientemente analizado por el Tribunal sentenciador, a sus razonamientos nos remitimos, porque tal motivación forma parte de la inmediación judicial y del análisis del resto del acervo probatorio de la causa, sin que se hayan observado contradicciones en su declaración incriminatoria, y desde luego cumplido el requisito de la persistencia en la imputación.

La sentencia recurrida destaca que si los testigos presenciales no dieron cuenta del desprendimiento de tal prenda, que posibilitaba la identificación del agresor, fue por la fugacidad con que aquella se produjo, y también descarta la declaración exculpatória de los coacusados Jorge y Milagros , quienes atribuyeron el apuñalamiento a Imanol y a un tercero, tesis que no es aceptada porque no se sostiene que si el partido de fútbol que pretendían ver comenzaba a las 21:00 horas y para ello se iban a dirigir a la localidad de Torrejón de Velasco, estuvieran a las 21:30 horas todavía en Valdemoro, explicación que no se compadece con lógica alguna, máxime cuando es ofrecida cinco meses después de la incoación del procedimiento. De otro lado, señalar que tales dos personas, presuntamente únicas coautoras del hecho criminal, fueran recogidas por ellos en el coche, sin advertir nada anormal después de intentar seriamente matar a un tercero, cuando existe un testigo presencial, llamado Gervasio , que declara todo lo contrario, es razón suficiente para dudar de su veracidad.

Por lo expuesto, el motivo no puede prosperar.

QUINTO. - El motivo segundo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y cuyos particulares demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurran los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que



obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

El autor del recurso propone como documento literosuficiente el contenido del atestado policial, que recoge la manifestación de la víctima a los agentes, y exactamente el particular de tal elemento en donde se refleja que Salvador conocía perfectamente a Gonzalo, porque había tenido varios enfrentamientos anteriormente, y que justo antes de ser agredido se han quedado mirándose las caras en tono de provocación. Sin embargo, olvida nuestra doctrina jurisprudencial constante acerca de que el contenido del atestado policial no es un documento literosuficiente, a salvo aspectos netamente objetivos, y de otro lado, tampoco desvirtúa la secuencia histórica narrada en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida.

El motivo no puede prosperar.

SEXTO. - El motivo tercero se formaliza por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia la indebida aplicación del art. 139.1 del Código Penal, en relación con los artículos 16 y 62 del mismo Cuerpo legal, así como la indebida aplicación de la agravante prevista en el art. 22.4 del Código Penal.

Pretende el autor del recurso que los hechos probados sean subsumidos como constitutivos de un delito de lesiones con utilización de armas, pero ello se encuentra totalmente en contradicción con el relato histórico en tanto que los dos agresores, utilizando navajas, asestaron a la víctima dos puñaladas en el abdomen y una tercera en la espalda, con las graves consecuencias lesivas que se describen en el *factum*, al afectar a las asas intestinales, provocándole una peritonitis aguda y una severa hemorragia, de importancia vital, al punto que, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, requirió una inmediata intervención quirúrgica que hizo precisa la retirada de la mitad del intestino grueso; y la herida de la espalda tan profunda que llegó hasta la apófisis transversa de las últimas vértebras.

Al respecto la STS 310/2004, de 10-3-2004, concreta que "el *animus necandi* y su diferenciación con el *animus laedendi* no plantea, en líneas generales, ningún problema en términos doctrinales pero sí, y muchas, en el ámbito probatorio. Por pertenecer a la esfera íntima del sujeto hay que inferirlo de datos objetivos, como tantas veces ha declarado esta Sala, que contribuyen a formar la convicción del órgano judicial y que son tanto los anteriores como los coetáneos y posteriores al hecho que, en el caso enjuiciado, destaca con objetividad la sentencia impugnada.

En diversas resoluciones se han establecido como signos externos de la voluntad de matar -sin que ello integre una lista cerrada-, como más significativos los siguientes: a) Los antecedentes de hecho y las relaciones entre el autor y la víctima; b) la clase de arma utilizada; c) la zona o zonas del cuerpo a que se dirige la agresión; d) el número de golpes inferidos; e) las palabras que acompañaron al ataque; f) las condiciones del lugar, tiempo y circunstancias conexas o concomitantes con la acción; g) la causa o motivación de la misma; y h) la entidad y gravedad de las heridas causadas.

En otras ocasiones se ha concretado que los elementos relevantes, aunque obviamente no exclusivos, para constatar la concurrencia del *ánimo de matar*, son la peligrosidad del arma empleada, el número e intensidad de los golpes, la zona del cuerpo afectada por la agresión y la gravedad de las lesiones producidas (entre otras SSTS de 17 de enero de 2000, 26 de junio de 2000 y 17 de mayo de 2002)."

En el caso enjuiciado, la inferencia de la voluntad de matar, deducida de la concurrencia de dos agresores, uno situado al frente y otro a la espalda, los cuales, súbitamente, apuñalan a la víctima en zonas vitales, con instrumentos adecuados para causar la muerte de una persona (navajas con hojas de un solo filo), con intensidad suficiente y profundidad adecuada para infligir heridas mortales, como, en efecto, así fue, supone una inferencia razonable, que impide la apreciación de esta censura casacional.

Lo propio ha de predicarse de la concurrencia de la agravante de alevosía que cualifica el asesinato, ya que se trató de un ataque sorpresivo, no quedando condicionada su apreciación por la posible respuesta defensiva de la víctima, que en este caso no existió.

En cuanto a la agravante de haberse cometido el hecho por motivos ideológicos, la resultancia fáctica de la combatida, que ha de ser rigurosamente respetada al formalizarse el motivo por estricta infracción de ley, señala que entre los atacantes y la víctima no existía otro motivo de enemistad «que el derivado de la diferencia ideológica», y del propio modo narra las veces que uno de los agresores, concretamente el ahora recurrente, había llamado a Salvador "cerdo" o "facha de mierda", al menos en dos ocasiones con anterioridad, en el verano de 2009 y en la misma estación de 2010.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Recurso de Imanol .

SÉPTIMO. - El primer motivo se formaliza por infracción de precepto constitucional, conforme a lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haberse vulnerado el art. 18.3 de la Constitución española que proclama el derecho al secreto de las comunicaciones.

En el desarrollo del motivo se pretende la nulidad de todo el proceso como consecuencia de la declaración judicial de nulidad de las escuchas del teléfono número 625933950, al ser ésta meramente prospectiva, y por consiguiente nulo el Auto autorizante de 27 de julio de 2007 (*sic*), el que suponemos será un error en la fecha, ya que las intervenciones judiciales sobre escuchas telefónicas tienen fecha de 17 de enero y 17 de febrero de 2011, respectivamente, para los teléfonos de Jorge y de Imanol .

La Audiencia señala ciertamente de modo contradictorio que, aunque en un principio estimó que la nulidad alegada "no tenía fundamento", "tras el desarrollo del juicio oral y la realización de las pruebas practicadas en el mismo, hemos considerado de nuevo tal cuestión, acordando privar de validez a las intervenciones telefónicas efectuadas", y decimos contradictoriamente porque la nulidad se interesó por razones derivadas de la falta de objetividad de los indicios en donde descansaba la petición policial, y que ésta se basaba en informaciones anónimas, no comprendiéndose cómo pudieron, *tras el desarrollo del juicio oral*, hacerse más o menos visibles tales causas de nulidad, o al menos se echa en falta una explicación por parte de la Sala sentenciadora de instancia al respecto. Y lo propio en cuanto a la validez del cruce de datos que conservan su validez para la Audiencia, aunque en esta cuestión incidan otros parámetros que permitan mantener su legalidad constitucional. También resulta curioso que la nulidad se sostenga mediante doctrina que no dimana de una Sentencia de esta Sala Casacional sino de un Voto Particular que se cita al respecto.

En cualquier caso, es un tema no sometido a nuestro control de legalidad y que así nos viene dado por no haber sido puesto en cuestión por nadie. Pero también resulta incontrovertible que la Audiencia llega a declarar la nulidad de las intervenciones telefónicas, lo que ha de "restar validez al acervo probatorio derivado de las mismas".

El recurrente pretende una completa nulidad por conexión de antijuridicidad del resto de las declaraciones o actos procesales que no se funda en causa concreta que las afecte, toda vez que no resulta que tales declaraciones deriven, directa o indirectamente, de tales nulas intervenciones. Así, en la sentencia recurrida no se toman en consideración declaraciones sumariales, sino declaraciones extraídas del juicio oral, momento en que ya se ha producido cualquier desconexión de antijuridicidad, pues todos los acusados conocían perfectamente el planteamiento de tal causa de nulidad de las intervenciones telefónicas, y a pesar de ello, declararon lo que tuvieron por conveniente, y especialmente admitieron el flujo de llamadas que les fueron puestas de manifiesto, lo que produce una clara desconexión de antijuridicidad.

De todos modos y con respecto a tal flujo de contactos o tráfico asociado a una comunicación, la posibilidad de su investigación deriva igualmente de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, que permite la obtención por la policía judicial de los datos de los contactos de las telecomunicaciones, sin acceso al contenido, que las operadoras han de guardar a tales efectos de investigación, pues se trata de que los agentes facultados (policía, CNI y Vigilancia Aduanera) puedan obtener los datos relativos a las comunicaciones que, relacionadas con una investigación, se hayan podido efectuar por medio de la telefonía fija o móvil, así como por Internet. El establecimiento de esas obligaciones, justificado en aras de proteger la seguridad pública, se ha efectuado buscando el imprescindible equilibrio con el respeto de los derechos individuales que puedan verse afectados, como son los relativos a la privacidad y la intimidad de las comunicaciones. Y todo ello derivado de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, cuya transposición a nuestro ordenamiento jurídico es el objetivo principal de tal Ley (los datos que deben ser custodiados por los operadores de telecomunicaciones están ampliamente descritos en su art. 3º).

La comisión de un delito grave, como el que era objeto de investigación sumarial, autorizaba la obtención de tales datos, que han llegado al proceso mediante autorización judicial que, si bien se ha declarado nula para el acceso al contenido de las conversaciones telefónicas, y en efecto, no se han valorado por la Sala sentenciadora de instancia, ésta ha tomado para sus corroboraciones datos de tráfico a los que sin duda se tenía derecho a obtener en la investigación de un delito de asesinato.

Por consiguiente, este motivo, ni el tercero, que es una repetición de sus argumentos, desde la perspectiva del principio de igualdad y el de legalidad (arts. 14 y 9 de nuestra Carta Magna) pueden prosperar.



OCTAVO. - El segundo motivo se formaliza por infracción de precepto constitucional de los apartados primero y segundo del art. 24 de la Constitución española (presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y motivación de la sentencia recurrida), al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

De tales derechos fundamentales, únicamente analizaremos el correspondiente a la vulneración de la presunción de inocencia, puesto que tanto el derecho a la tutela judicial efectiva, como el de motivación de sentencia, al que se refiere también el art. 120.3 de nuestra Carta Magna , no se explican en el desarrollo expositivo de esta impugnación casacional los puntos concretos de su infracción, y en cualquier caso, ninguna tacha puede ponerse al respecto, de una resolución judicial ampliamente detallada y razonada.

El autor del recurso centra su censura casacional en que « *la condena se basó, como única prueba de cargo, en la declaración de dos coimputados, sin que existan elementos que permitan corroborar su participación en el delito* ».

La Sala sentenciadora de instancia entiende que los datos que corroboran su imputación se residencian en el tráfico de llamadas y en la ubicación del teléfono de Imanol en el lugar de los hechos.

En efecto, los jueces «a quibus» analizan una llamada a las 20:44:30 procedente del teléfono de Calixto , alrededor de 25 minutos antes de que ocurriera la agresión, desde el mismo bar en donde Salvador se disponía a ver el partido de fútbol, dirigida a Imanol , y sucesivamente la posición de éste por los distintos repetidores, a lo largo de toda una secuencia de llamadas, acercándose a tal lugar; finalmente una, a las 21:02:31 horas, conectando con el teléfono utilizado por Milagros , que le sitúa en el repetidor de la calle Zeus, lugar próximo al bar donde ocurrieron los hechos, y en el mismo repetidor donde se sitúan los teléfonos del resto de los acusados.

Hemos dicho (SSTS 23/2003, de 21 de enero , y 413/2003, de 21 de marzo), que los rasgos que define este tipo de prueba son: a) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración incriminatoria de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y d) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

De manera que la razonabilidad de la corroboración es evidente: ambos coimputados señalan a este recurrente como uno de los atacantes de la víctima, y tal agresor se comprueba objetivamente que se halla en tal lugar, pese a negarlo el impugnante; por si fuera poco, se introduce rápidamente en el vehículo conducido por Jorge tras el apuñalamiento, saliendo huyendo el coche. La conclusión participativa a que llega la Audiencia está fuera de toda duda.

El motivo no puede prosperar.

NOVENO. - En el motivo cuarto, por estricta infracción de ley, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se reprocha la incardinación delictiva de los hechos enjuiciados en el art. 139.1 , art. 22.2 y 22.4, todos ellos del Código Penal .

Sin embargo, el autor del recurso no respeta los hechos probados, como le obliga la ortodoxia casacional del motivo esgrimido, y que conduce a la inadmisión, que aquí se ha de traducir en desestimación (art. 884.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En efecto, comienza por exponer el recurrente que, tras discrepar radicalmente con tal calificación jurídica, «como es de ver en las manifestaciones del mismo [el recurrente], y de las demás pruebas practicadas no se infiere que su conducta tenga encaje en el artículo 139.1 del Código Penal ». Esto es, la discrepancia es probatoria, no jurídica.

Y lo propio ocurre con la agravante de discriminación por motivo ideológico, al que se refiere la circunstancia agravante cuarta del art. 22 del Código Penal , pues considera que la investigación policial se encuentra "viciada", entendiéndose que la agresión se ha producido por motivos políticos, "bajo el condicionante de pertenencia de los investigados a un grupo violento de extrema izquierda".

En consecuencia, el motivo no puede prosperar, ya que no existe un solo argumento jurídico-sustantivo, sino exclusivamente la sola negación de hechos, impropia en este cauce casacional de un motivo como el esgrimido.

DÉCIMO. - El motivo quinto se articula por la vía autorizada en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , como «error facti», que basa en documentos que no tienen la característica de la literosuficiencia,



como ya anteriormente hemos razonado en nuestro fundamento jurídico quinto, pues no lo son los oficios policiales citados ni el croquis del atestado policial que se asienta en pesquisas de los funcionarios policiales, pues no son más que pruebas personales documentadas y, en todo caso, conjeturas que por sí mismas no dejan sin efecto la imputación que han realizado en esta causa los coacusados Jorge y Milagros, quienes han formalizado una imputación concreta y directa, señalando cómo el ahora recurrente había sido uno de los autores de la agresión con arma blanca frente a la víctima, prueba irrefutable y razonablemente corroborada, de manera que el motivo no puede prosperar.

Del propio modo, tampoco puede ser estimado el motivo sexto, que amparado en la vía que se disciplina en los apartados 1º y 3º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la falta de expresión, clara y terminante, de cuáles son los hechos probados o resultar manifiesta contradicción entre ellos, cuando el *factum* es claro y completamente diáfano en cuanto a su narración histórica. El recurrente no puede pretender que la Sentencia exprese que los dos agresores tenían los ojos oscuros, porque tal aserto ha de ser previamente probado por la acusación, o por la defensa, si a su derecho conviene, para servir de exculpación, y nada de ello se ha acreditado, ni que fueran aquellos significativamente más bajos que Imanol; respecto a la forma de la huida del recurrente, hemos de remitirnos al apartado C) de los hechos probados en donde se consigna la entrada de uno de los agresores en el coche, bajándose a tal efecto Jorge para permitirle la entrada, y si existe cierta ambigüedad es porque la misma es fruto de la prueba practicada, pero en absoluto descarta su acción violenta frente a la víctima, que es narrada con toda clase de detalles en el apartado B) de dicho relato histórico.

El motivo no puede prosperar.

Recurso de Jorge .

UNDÉCIMO. - El primer motivo se formaliza por vulneración de la presunción de inocencia.

Dando por reproducida nuestra doctrina legal anterior acerca del alcance de esta censura casacional, este recurrente realiza un extenso desarrollo expositivo de tal motivo, sobre la base de refutar la prueba sustancial que ha tenido en consideración la Sala sentenciadora de instancia para descartar la versión de los hechos ofrecida tanto por este recurrente como por la coacusada Milagros, de tal forma que dijeron haber acudido a Valdemoro a buscar a Gonzalo para ir a ver el partido de fútbol a otra localidad distinta, concretamente a Torrejón de Velasco, siendo así que el encuentro comenzaba a la nueve de la noche, y ellos continuaban en Valdemoro, al menos, sobre las nueve y cuarto, momento en que -según su versión- aparecen otras dos personas que al parecer iban a ir con ellos a ver el fútbol a Torrejón, pero que les dicen que esperen un momento, que enseguida vienen, siendo así que regresan al cabo de un corto espacio de tiempo después de haber apuñalado gravemente a un joven a las afueras del bar donde se producen los hechos, y que no notaron nada raro en su comportamiento. Esta versión, dice la Audiencia, queda desmentida por la ofrecida por un testigo presencial, el Sr. Gervasio, el cual escucha gritos procedentes del local donde habían ocurrido los hechos, observa a la carrera a un individuo que intentaba introducirse en el vehículo conducido por el ahora recurrente, y como no pudo entrar, lo intentó por la puerta del conductor (el recurrente), que se bajó para facilitarle la entrada, apremiándole para que se introdujera: « *joder, súbete por este lado y vámonos de aquí* ». Y como dice la Audiencia, su presencia en el lugar de los hechos, a una hora insólita para ver el partido de fútbol en otra localidad distinta, esperando a los mandos del coche, acompañado de su novia Milagros, que había coordinado previamente la operación mediante el uso de los teléfonos, y que por tanto se encontraba al corriente de los acontecimientos, apremiando a los que llegaban para que se subieran rápido al coche sin perder tiempo, y saliendo deprisa, pues no de otro modo se puede interpretar la frase anteriormente transcrita, son elementos probatorios que enervan la presunción de inocencia del recurrente, y que dejan en manos de la Audiencia la confección de un relato fáctico a base de inferencias que resultan desde luego lógicas y razonables, y más allá no se extiende nuestro control casacional cuando de la presunción de inocencia se trata. De ahí que no podamos tomar en consideración declaraciones personales que no hemos presenciado, como toma en consideración el autor del escrito, tales como las de Silvia, Marí Juana o Diego, que vieron la agresión pero no la entrada en el vehículo de Jorge, hecho admitido por éste, pues tal acontecimiento solamente fue visto por Gervasio, toda vez que aquellos coincidieron que nadie persiguió a los agresores.

El motivo no puede prosperar.

DUODÉCIMO. - El segundo motivo se desdobra en dos submotivos, el primero por «error iuris», conforme se autoriza por el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el segundo se formaliza por «error facti», al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la propia Ley.

En el primer apartado se discute la intencionalidad del agente, cuando es lo cierto que tal intencionalidad ha sido hecha constar en el relato histórico de la sentencia recurrida indicando que los acusados "resolvieron" atentar contra la vida del menor, víctima de estos hechos, y una vez toman conocimiento de que se encuentra en el bar de autos, deciden aproximarse a las inmediaciones de dicho local "a fin de llevar a efecto su propósito".



De igual modo, se planea previamente que sean dos los ejecutores materiales y otros dos los que coordinen la acción y lleven a cabo la huida del lugar del crimen.

A partir de ahí, en vez de respetar tal relato fáctico, conforme ordena el art. 884-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refuta con frases como «en ningún caso ha quedado *acreditado* : a) que mi representado fuese conocedor de que Salvador fuese a acudir al bar Sviturus a presenciar partido alguno de fútbol... etc.».

Y a continuación ofrece su versión de los hechos.

Tal desarrollo argumental contradice frontalmente la ortodoxia casacional del motivo, y en consecuencia, esta censura no puede prosperar.

Lo propio ocurre con el otro submotivo, pues tal cauce casacional requiere la existencia de un documento literosuficiente que contradiga el relato histórico, que acredite contundentemente un extremo fáctico y que evidencie de forma que no deje lugar a dudas acerca del error padecido por los juzgadores de instancia.

En el caso, el estudio del tránsito de llamadas no puede ofrecer tal evidencia, en tanto se carece de su contenido, y únicamente han sido tomadas como datos indiciarios para corroborar las versiones ofrecidas por los diversos testigos o imputaciones de los coacusados.

De modo que a base de tal estudio (el tráfico de llamadas sin acceso al contenido) no se puede llegar a la conclusión palpable y evidente que el relato histórico está equivocado en su secuencia fáctica.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

DÉCIMO-TERCERO. - El último motivo se formaliza por quebrantamiento de forma, al amparo de lo autorizado en el art. 850 número 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la indebida denegación de preguntas que el autor del recurso considera plenamente pertinentes.

Se queja el autor del recurso de que no se le permitió realizar diversas preguntas al testigo de cargo, Sr. Gervasio, a fin de aclarar las contradicciones en que incurría en su testimonio, y que el Presidente del Tribunal sentenciador advirtió «sorpresivamente» al Letrado «que no continuase por el citado camino, no permitiendo que se pusiese en duda la credibilidad del testigo».

Nada se dice acerca de la concreta, o puntuales preguntas denegadas, que han de hacerse constar en acta junto a la protesta del recurrente, a efectos de formalizar este recurso de casación.

Desde esta perspectiva el motivo no puede prosperar.

Recurso de Milagros .

DÉCIMO-CUARTO. - Esta recurrente ha sido considerada, con un criterio muy benevolente por parte del Tribunal sentenciador, como cómplice del intento de asesinato, a pesar de que los hechos probados exponen, en cuanto a ella (apartado D), que permaneció en el interior del vehículo de su novio Jorge, manteniendo diversos contactos telefónicos «a fin de coordinar la acción». Tal *coordinación* supone el concierto de la acción de todos los demás ejecutores materiales y directos, participando en tal operativa dentro del vehículo que proporciona la huida de todos ellos.

El primer motivo, formalizado por infracción constitucional, denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia, reproduciendo los propios argumentos ya tomados en consideración en el motivo primero de Imanol. Por consiguiente, nos remitimos a nuestro fundamento jurídico séptimo para su desestimación.

DÉCIMO-QUINTO. - El segundo motivo, formalizado con arreglo al cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 139 del Código Penal. En realidad, la queja de esta recurrente no es propiamente la correspondiente a tal calificación jurídico-penal, sino la participación de esta recurrente, que en tesis de la recurrente sería atípica, puesto que la Sala sentenciadora de instancia ha dicho que su actuación pudo ser prescindible, ya que los hechos se podrían haber desarrollado sin su actuación. Con este argumento, no es que la Audiencia exprese que su conducta pertenece a los actos denominados neutrales, es decir, sin significación penal, sino que tal actuación pudo haberse desarrollado también por el coacusado Jorge, que igualmente contaba con un teléfono móvil, por lo que su conducta participativa podría haber sido prescindible, razón por la cual la califican de complicidad, y no de cooperación necesaria.

Para la distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad, las teorías que se mantienen son la del *dominio del hecho* y la *relevancia de la aportación*. La jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última. En efecto, el Código Penal parece haber distinguido entre los coautores, que menciona en el art. 28 primer párrafo, al referirse a los que cometen el delito «conjuntamente» con otro (u



otros), y partícipes necesarios, que define en el segundo párrafo. Aparentemente, los cooperadores necesarios tendrían lo mismo que los coautores, el dominio del hecho, dado que, se podría pensar, si alguien hace una aportación al hecho sin la cuál éste no se hubiera podido cometer, retirando su aportación, impediría que el hecho se llevara a cabo. Si esto fuera así, su dominio (funcional) parecería claro, pero, al mismo tiempo, la distinción entre coautores y cooperadores necesarios sería prácticamente imposible y dogmáticamente innecesaria. Sin embargo, en el sistema de derecho vigente, la distinción es dogmáticamente necesaria. Como se ha señalado en la doctrina, el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en el que la aportación se produce. Por esta razón, el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el ámbito de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene el dominio del hecho, pues en la fase ejecutiva, la comisión del delito ya está fuera de sus manos. Consecuentemente si la aportación necesaria se ha producido en la etapa de preparación, el agente que realiza una aportación necesaria será un partícipe necesario, pero no coautor. De esta manera se explica que la distinción entre cooperador necesario y cómplice no deba ser apoyada en la noción de dominio del hecho. Lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores. Si es relevante, cooperación necesaria, si no lo es, complicidad.

En el caso enjuiciado, esta recurrente *coordinó* la acción de los ejecutores materiales, lo que satisface plenamente las consideraciones anteriores.

DÉCIMO-SEXTO. - En el tercer motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del art. 22.2 del Código Penal, en lo relativo a la comunicabilidad de la agravante de disfraz.

El hecho probado, intangible en esta vía casacional dado el cauce elegido por el autor del recurso para su viabilidad procesal, expone que todos los acusados planearon que la acción la ejecutarían dos personas que acometerían a Salvador, con armas blancas, siendo uno de ellos Gonzalo y el otro Imanol, «decidiendo llevar el rostro tapado para evitar ser descubiertos», y que en la ejecución de lo planeado «ambos acusados vestían prendas negras y llevaban la cara y cabeza cubiertas».

El motivo no puede ser estimado.

Hemos declarado reiteradamente que en los supuestos de concertación delictiva, el uso del disfraz por alguno de los ejecutores materiales aprovecha a todos ellos, en tanto que pretende garantizarles la impunidad de su acción, que es el fundamento de tal agravación genérica, o bien la mayor facilidad comisiva, se dice en otras resoluciones judiciales, y siendo ello así basta con que sea conocido por todos los coautores y partícipes.

Lo propio ha de suceder con el motivo cuarto, que viabilizado por el mismo cauce impugnativo que el anterior, denuncia la aplicación indebida de la agravante prevista en el art. 22.4 del Código Penal.

A pesar de que en el desarrollo del motivo se niega la intencionalidad ideológica o el móvil de enfrentamiento político que animaba a la recurrente Milagros, es lo cierto que en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida se expone con toda claridad que la razón del acometimiento fue la ideología de la víctima, por la vinculación contraria de los agresores, y que, salvo Gonzalo, ninguno de los otros coacusados conocían a Salvador, lo que refuerza que el único móvil de tal agresión fue el político.

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

Inciendo en tal reproche se formaliza el motivo siguiente, el quinto, insistiendo en que no existe prueba alguna de la ideología extremista de la recurrente, lo que vulneraría, a su juicio, su presunción de inocencia, proclamada constitucionalmente en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna.

Como acertadamente argumenta el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, la Sala sentenciadora de instancia tuvo por probada la adscripción de todos los acusados a la ideología que se señala en el *factum* como consecuencia de las declaraciones de la víctima y de su amigo Jose Luis, así como por el hallazgo de pasquines y propaganda antifascista en el vehículo del acusado, novio de Milagros. En definitiva, no existía ninguna otra razón para que los acusados planearan agredir a Salvador, pues a salvo Gonzalo, no le conocían.

En consecuencia, esta queja casacional no puede prosperar.

DÉCIMO-SÉPTIMO. - En el motivo sexto, se reclama la atenuante de dilaciones indebidas.

Se discute en el motivo si un problema en la reprografía del procedimiento puede dar lugar a tal causa de aminoración de la pena, siempre solicitada con la conceptualización de simple.



En realidad, el Tribunal sentenciador señala que aunque la causa se debió haber visto con más celeridad, en realidad no se paralizó en ningún momento, puesto que se cumplimentaron los traslados sucesivos del sumario original a todas las partes.

Y dada la complicación de la investigación policial de estos hechos, que éstos sucedieran el día 7 de noviembre de 2010 y la Sentencia de instancia se haya dictado el 26 de febrero de 2013, no puede afirmarse ni que existiera una dilación extraordinaria en la tramitación de la causa, y menos que esta dilación fuera indebida.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Costas procesales.

DÉCIMO-OCTAVO .- Al proceder la desestimación de todos los recursos, se está en el caso de condenar en costas procesales a los recurrentes (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los procesados **Gonzalo , Imanol , Jorge y Milagros** , contra Sentencia núm. 24/13, de 26 de febrero de 2013, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julian Sanchez Melgar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.