



Roj: **STS 7921/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7921**

Id Cendoj: **28079120012012100919**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2012**

Nº de Recurso: **10346/2012**

Nº de Resolución: **889/2012**

Procedimiento: **PENAL - JURADO**

Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP T 972/2011,**
STSJ CAT 13/2012,
STS 7921/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Noviembre de dos mil doce.

En los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de los acusados Serafin y Carlos María, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de los anteriores acusados contra sentencia de fecha 19 de mayo de 2011 del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por la Procuradora Sra. Álvarez-Buylla Martínez y Procurador Sr. Querol Aragón.

I. ANTECEDENTES

1.- Seguido por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Gandesa bajo el nº 1 de 2002 de Ley de Jurado, se dictó sentencia con fecha 19 de mayo de 2011 que contiene los siguientes Hechos Probados: *En el veredicto emitido por Tribunal del Jurado, se declaran probados los siguientes hechos: a) Sobre la muerte de Cesar: El acusado Carlos María, de común acuerdo con otra u otras personas, en fecha no determinada, pero comprendida entre los meses de diciembre de 2001 y enero de 2002, golpearon con gran intensidad y reiteración a Cesar, lo que tuvo lugar en el interior de una vivienda ubicada en la CALLE000 número NUM000 del municipio de Bot. En esa agresión Carlos María, de común acuerdo con otra u otras personas, produjeron a Cesar cuando éste aún se encontraba en vida, diversas fracturas óseas, en concreto, fractura de las costillas segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima de la parrilla costal izquierda; fractura de las costillas segunda, tercera, cuarta, quinta, séptima, octava y novena de parrilla costal derecha; y fractura del cúbito del brazo derecho. En esa misma situación, el acusado Carlos María, de común acuerdo con otra u otras personas, propinaron a Cesar, aún con vida, un corte con arma blanca en el hombro derecho, y procedieron a cortarle el tercer dedo de la mano izquierda. Carlos María, junto con otra u otras personas, en el curso de la agresión sufrida por Cesar, emplearon medios o métodos dirigidos precisamente a causarle, de forma cruel e innecesaria, un mayor dolor y sufrimiento, antes de acabar con su vida cómo se proponían. El acusado Carlos María junto con otra u otras personas, en el día cuya fecha no ha quedado determinada, pero comprendida entre los meses de diciembre de 2001 y enero de 2002, procedieron a causar de común acuerdo la muerte de Cesar, estrangulándolo con una cuerda enrollada en el*



cuello y anudada a una barra que hicieron girar a modo de torniquete, provocándole la asfixia, acción que se llevó a cabo bien en la casa de la CALLE000 número NUM000 del municipio de Bot, o en las montañas situadas en las proximidades de Bot, a la altura del punto kilométrico 6.6 de carretera TV-3031, donde fue encontrado el cadáver meses después en estado momificado. El acusado Carlos María se prevaleció de la situación de desequilibrio de fuerzas y de su superioridad numérica disminuyendo notablemente las posibilidades de defensa de Cesar . b) Sobre los daños ocasionados al vehículo DEX : En fecha no determinada, pero comprendida entre los meses de diciembre de 2001 y enero de 2002, con posterioridad a la muerte de Cesar , Carlos María junto con otra u otras personas, quemaron el vehículo propiedad de Cesar , marca Mercedes-Benz modelo 230, con matrícula DEX , n° bastidor NUM001 , en las proximidades de Tortosa entre unos cañaverales situados junto al río Ebro y el puente de Catalá, a 1 km de dicho municipio. El valor de mercado del vehículo propiedad de Cesar , marca Mercedes-Benz modelo 230, con matrícula DEX , n° bastidor NUM001 , al tiempo de los hechos superaba la cantidad de 400 euros. c) Sobre la muerte de Urbano : El acusado Carlos María junto con el acusado Serafin , y otra u otras personas, en fecha y hora no concretada, sobre el día 13 enero de 2002, se dirigieron a una finca de labor próxima a Bot para presenciar y asegurar que Urbano sufriera una brutal paliza. No ha quedado acreditado que en el curso de la agresión Serafin le propinase diversas patadas. El acusado Carlos María junto con el acusado Serafin , y otra u otras personas, tras la agresión que sufrió Urbano en la finca de labor próxima a Bot, trasladaron a Urbano , aún con vida, en un vehículo, hasta las proximidades de la antigua estación de Renfe de Bot, para que prosiguiera la agresión. El acusado Carlos María junto con otra u otras personas, tras la agresión sufrida por Urbano en la finca de labor próxima a Bot, continuaron golpeándolo en las proximidades de la antigua estación de Renfe de Bot, y antes de que falleciera le colocaron una cuerda u objeto semejante por el cuello que presionaron con la intención de causarle asfixia. Serafin , estuvo presente en este hecho. Tras la agresión sufrida por Urbano , el acusado Carlos María junto con el acusado Serafin , y otra u otras personas procedieron a deshacerse del cuerpo de Urbano arrojándolo en un terraplén a un lado de la carretera comarcal de Bot a Prat del Compte, a la altura del punto kilométrico 7, donde fue hallado el día 14 de enero. A consecuencia de la agresión que Urbano sufrió en la finca de labor próxima a Bot y que continuó después en las proximidades de la antigua estación de Renfe de Bot, se le ocasionaron, cuando aún se encontraba con vida, las siguientes lesiones que, por su efecto conjunto, pero principalmente por traumatismo craneoencefálico, desencadenaron su muerte: en la extremidad derecha, ocho heridas consistentes en hematomas de varios centímetros y erosiones, repartidos por toda ella, con dos heridas incisas una de 2 x 1 y otra de 1'5 x 0,6 cm; en la extremidad superior derecha, ocho heridas hematomas en mano, antebrazo, codo y erosiones puntiformes; en la extremidad inferior izquierda, ocho heridas consistentes en erosiones en región tibial y pretibial, gran hematoma, y ocho heridas incisas de entre 1 y 2 cm., en pierna y glúteo; en la extremidad superior izquierda, siete heridas consistentes en grandes hematomas en mano, de hasta 10 cms , antebrazo, livideces, tres heridas incisas en la mano y brazo y una herida penetrante en cara lateral, en tórax lesiones consistentes en erosiones de 6x1, 9x1 y 11 cms, en cráneo trece heridas consistentes hematomas en ojos, región malar, fosa nasal, cara y heridas inciso-contusa en ceja izquierda, labios. En cuello herida por el cuello en forma de surco con un ancho de 0'5 cm. En la parrilla costal presentaba fracturadas las costillas octava, novena, décima y undécima de la derecha, y fractura de las costillas cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima y undécima de la izquierda, con gran infiltrado hemorrágico. Las heridas descritas, ocasionadas por golpes y cortes con arma blanca, fueron ocasionadas, actuando el acusado Carlos María junto con el acusado Serafin , y la otra u otras personas, con la intención de aumentarle de forma cruel e innecesaria el sufrimiento, antes de acabar con su vida como se proponían. Los acusados Carlos María y Serafin se prevalecieron de situación de desequilibrio de fuerzas y de su superioridad numérica disminuyendo notablemente las posibilidades de defensa de Urbano . El acusado Carlos María al tiempo de los hechos carecía de antecedentes penales. El acusado Serafin al tiempo de los hechos carecía de antecedentes penales. El enjuiciamiento se ha producido 9 años después de los hechos. d) Hechos probados atinentes a la responsabilidad civil: Cesar , de 52 años de edad al tiempo de los hechos, tenía como familiares más próximos a una hija que contaba con 27 años de edad, llamada Blanca , madre llamada Fidela , con 75 años y una hermana mayor de edad llamada Milagrosa . Urbano , de 34 años de edad, tenía como familiares más próximos una hija, llamada María Purificación que tenía 12 años en el momento del fallecimiento de su padre.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: El Tribunal del Jurado acuerda: De conformidad con el veredicto de culpabilidad expresado por el Jurado, 1. Debo condenar y condeno a Carlos María como autor responsable de un delito de asesinato, previsto y penado en el art 139.3 CP , con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad (art. 22.2 CP), y la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP), a la pena de 17 AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena. En materia de responsabilidad civil el condenado Carlos María indemnizará en concepto de daños morales derivados de la muerte de Cesar a su hija, Blanca , en la cantidad de 113.000 euros y a su madre Fidela , en la cantidad de 10.000 euros, más intereses legales correspondientes. 2. Debo condenar y condeno a Carlos María en concepto de autor, y a Serafin en concepto de cómplice, de un delito de asesinato, previsto y penado en el art. 139.3 CP , con la concurrencia de la circunstancia



agravante de abuso de superioridad (art. 22.2 CP), y la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP), al primero, a la pena de 17 AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, y al segundo a la pena de 9 AÑOS y 6 MESES DE PRISION, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena. En materia de responsabilidad civil en concepto de daños morales derivados de la muerte de Urbano , a favor de su hija María Purificación se fija la cantidad de 156.000 euros, más intereses legales correspondientes. De dicha cantidad responderá Carlos María por importe de 106.000 euros, y Serafin por importe de 50.000 euros, y cada uno de ellos de forma subsidiaria respecto del otro. 3. Debo condenar y condeno a Carlos María como autor responsable de un delito de daños mediante incendio, previsto y penado en el art. 266.1 CP , concurriendo la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas como muy cualificada (art. 21.6 CP), a la pena de 6 meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. En materia de responsabilidad civil Carlos María indemnizará en concepto de daños materiales la cantidad 2.200 euros en favor de la herencia yacente del difunto Cesar , más intereses legales correspondientes. Respecto al acusado Carlos María será de aplicación el límite efectivo de cumplimiento de la pena de 25 años previsto en el art. 76 CP . Se imponen a Carlos María las tres cuartas partes de las costas procesales causadas en esta instancia, y a Serafin la cuarta parte restante. Para el cumplimiento de estas penas se abonará a los condenados el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa. Únase a la presente sentencia el acta de votación del Jurado. Tras la publicación de esta sentencia dedúzcase testimonio contra el testigo Agapito y contra el acusado Carlos María que se formará con copia del acta de juicio, veredicto del jurado, sentencia, cartas manuscritas unidas al rollo, ordenando su remisión a Fiscalía de la Audiencia Provincial de Tarragona por si procediera iniciar acciones penales contra ellos. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Catalunya a interponer, en su caso, en el plazo de DIEZ DIAS.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por las representaciones de los acusados Serafin y Carlos María , dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 20 de febrero de 2012, cuya Parte Dispositiva es la siguiente: La Sala de lo penal del T.S.J. de Cataluña acuerda: Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales respectivas de D. Serafin y D. Carlos María contra la sentencia dictada en fecha 19 de mayo de 2011 por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección Segunda), recaída en el Procedimiento núm. 7/10, derivado de la Causa de Jurado núm. 1/02 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Gandesa, la cual confirmamos íntegramente, y sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas. Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y a los acusados, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la L.E.Cr .

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados Serafin y Carlos María , que se tuvieron por 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.

4.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Serafin** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, acogido a los arts. 5.4 L.O.P.J . y art. 852 L.E.Cr .; Segundo.- Acogido a los arts. 5.4 L.O.P.J . y 852 L.E.Cr ., por vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías (principio acusatorio) art. 24 C.E . Indefensión; Tercero.- Acogido en los arts. 852 L.E.Cr . y 5.4 L.O.P.J ., por falta de aplicación del art. 24.2 C.E . (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas) al carecer de auténtica tutela y efecto penológico; Cuarto.- Por infracción de ley, acogido al art. 849.1 L.E.Cr . por aplicación indebida del art. 139 del C. Penal ; Quinto.- Por infracción de ley, acogido al art. 849.1 L.E.Cr . por aplicación indebida del art. 29 del C. penal ; Sexto.- Por infracción de ley, acogido al art. 849.1 L.E.Cr . por aplicación indebida del art. 22.2ª del C. Penal ; Séptimo.- Por infracción de ley, acogido al art. 849.1 L.E.Cr . por aplicación indebida del art. 65.1 y 2 del C. Penal ; Octavo.- Por infracción de ley, acogido al art. 849.1 L.E.Cr . por inaplicación indebida de, como muy cualificada de la atenuante 6ª del art. 21 C. Penal , no teniendo ésta su reflejo penológico, vulnerando el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas (art. 24 C.E . y 66.7 .P).

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Carlos María** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la C.E . Se ampara en el art. 852 de la L.E.Cr .; Segundo.- Vulneración del principio a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la C.E . Se ampara en el art. 852 de la L.E.Cr .; Tercero.- Vulneración del principio a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la C.E . Se ampara en el art. 852 L.E.Cr .



5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la inadmisión de todos sus motivos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 8 de noviembre de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Carlos María

PRIMERO.- En el motivo inicial con sede en el art. 852 L.E.Cr . el recurrente alega vulneración del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 C.E .).

1. Nos dice que en fase instructora existían los mismos indicios incriminatorios frente a él, que en relación a Sra. Josefina y del Sr. Serafin .

Es precisamente cuando Doña. Josefina facilita los datos suficientes para localizar el cadáver de Milagrosa y acusa de las muertes al recurrente cuando aflora la desigualdad de trato a pesar de que ambos vivían en la misma habitación, ambos se habían marchado a Lituania y ambos conocían la existencia de las precitadas muertes.

Igualmente, respecto al coacusado Serafin , al incriminar al recurrente, resultó condenado exclusivamente en concepto de cómplice.

El impugnante también señaló como autor de las muertes a otras personas y no se le hizo caso.

El acusado, en suma, se queja de que en la aplicación de la ley debió mediar igual respuesta frente a quienes se encontraban en la misma situación. El juez ha valorado diferentemente los testimonios de unos y de otros, provocando una diferencia de trato, cuando concurrían en los tres iguales indicios incriminatorios.

2. Un primer obstáculo aparece en la presente impugnación que impediría su estimación, y es que la sentencia objeto del recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, y en ella no se adujo esta cuestión, que debe entenderse como *cuestión nueva* . En el recurso de apelación se pueden hacer remisiones o referencias, -por otra parte lógicas- a la sentencia del jurado, pero el examen de las cuestiones de que se trate se efectuará partiendo del análisis del problema realizado por el Tribunal Superior.

De todos modos y aunque no mediara ningún óbice al estudio de la queja, tampoco el principio de igualdad debe entenderse en los términos que lo plantea el recurrente.

Esta Sala -como bien apunta el Fiscal- tiene declarado (véase SS.T.S. 656/2006 de 8 de julio y 483/2007 de 4 de julio) que "solo la diferencia arbitraria, ilógica o carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos de un proceso penal en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico, puede determinar una violación del art. 14 de nuestra Ley Fundamental ". En este sentido se ha manifestado igualmente el Tribunal Constitucional, afirmando que "el principio de igualdad protege frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, e impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos".

El principio de igualdad ordena tratar de distinto modo lo que es diferente, por lo que la desigualdad en sí misma no constituye necesariamente una discriminación y habría que acreditar para entender infringido este principio la existencia de un tratamiento desigual a supuestos de igualdad o incluso un tratamiento igualitario a situaciones patentemente desiguales, siempre constatando la inexistencia de una justificación suficiente.

Desde otro punto de vista no debemos olvidar ciertos criterios asentados por el Tribunal Constitucional. En este sentido recordemos que el principio de igualdad ante la ley no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de tal suerte que aquél a quien se aplica la ley no puede considerar violado el principio de igualdad por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni pretender la impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, lo que hace que cada cual responda de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros.

3. En nuestro caso además, si nos atenemos a los términos de la protesta, se advierte que la misma parte de un presupuesto introducido, sin base ni fundamento, por el propio recurrente, en tanto es fruto de una apreciación valorativa personal e interesada, y es dar por supuesto que en el caso se dieron *las mismas circunstancias , idénticas pruebas e idéntica credibilidad del Tribunal* .

El órgano jurisdiccional es libre para valorar en conciencia y conforme a los principios que regulan su actuación (objetividad, imparcialidad y responsabilidad) las distintas pruebas habidas en la causa, obteniendo las pertinentes y razonables conclusiones, sin que tal cometido pueda ser sustituido o interferido por otros partícipes en el proceso dada la exclusividad en la función de juzgar (art. 117.3 C.E . y 741 L.E.Cr .).



Por todo lo expuesto el motivo ha de rechazarse.

SEGUNDO.- Con sede en el art. 852 L.E.Cr., en el correlativo ordinal se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.).

1. Sostiene el recurrente que el Magistrado-Presidente del Jurado se excedió en las funciones que le atribuye la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interviniendo activamente en el interrogatorio de acusados y testigos, provocando indefensión.

El Tribunal Superior de Justicia rechaza el motivo, entre otras razones, porque el recurrente no indicó el contenido de las preguntas formuladas por el Magistrado-Presidente que a su juicio poseían un carácter incriminatorio o limitadoras del derecho de defensa.

El recurrente reconoce que no citó textualmente las preguntas o instrucciones hechas por el Magistrado-Presidente, limitándose a hacer remisión al contenido de la grabación del juicio en base al principio de economía procesal.

En este recurso sí desarrolla todas las preguntas que a su juicio no debió hacer el Magistrado-Presidente, referidas al interrogatorio de Carlos María, al agente de la Guardia Civil nº NUM002, a Josefina y a Virginia.

En todas esas intervenciones sostiene que no vienen motivadas por la facultad de aclarar contradicciones que la ley le otorga, pues en unos casos son incriminatorias y en otros intrascendentes.

La indefensión se produjo por las siguientes circunstancias:

- a) Porque siendo el Presidente del Tribunal el que dirige los debates y fiscaliza las preguntas que efectúan las partes, las que realiza él quedan fuera de todo control.
- b) Siendo el Presidente la máxima autoridad de la Sala, tal condición resta espontaneidad a las contestaciones de los testigos e imputados.
- c) Las preguntas del Presidente, por esa autoridad que ostenta, tienen o pueden tener mayor efecto convictivo en los miembros del Tribunal de jurado a la hora de alcanzar un veredicto.

2. De la atenta lectura de la serie de preguntas que el Magistrado-Presidente formuló al procesado y testigos se puede advertir que ninguna de ellas tiene carácter incriminatorio, sino que por el contrario responden a la necesidad de aclarar y fijar determinados extremos de los interrogatorios de las partes.

El Ministerio Fiscal en su informe ha establecido la relación entre el interrogatorio del procesado y de los testigos y las preguntas aclaratorias, existiendo una perfecta correspondencia, como esta Sala ha podido comprobar haciendo uso del art. 899 L.E.Cr. .

Así, las preguntas formuladas por el Magistrado Presidente al acusado sobre sus relaciones de pareja con Josefina, sobre el origen de la cadena de oro intervenida, sobre el uso de la caravana para el tráfico de drogas o sobre sus relaciones con Virginia y su marido, son complementarias del interrogatorio del Ministerio Fiscal que había preguntado al acusado sobre esas mismas cuestiones -vid. Folios 8 a 12 del acta del juicio oral-.

Lo mismo sucede con la declaración del Guardia Civil, que fue ampliamente interrogado por el Ministerio Fiscal y la propia defensa sobre los extremos cuya aclaración instó el Presidente -vid. Folios 32 a 41 del acta del juicio oral-; de Josefina, que fue interrogada con amplitud por el Ministerio Fiscal y por la defensa, constando múltiples preguntas de ésta en los folios 62 a 66 contestando posteriormente a las aclaraciones de la Presidencia -vid. Folios 59 a 69 del acta-; por último, y pese a sus afirmaciones en contrario en el escrito de recurso, el letrado de la defensa formuló multitud de preguntas a Doña Virginia como se reflejan en los folios 72 y 73 del acta del juicio oral, y no se aprecia la intervención sesgada y parcial que denuncia el recurrente.

3. Por otra parte no puede pasar por alto que el letrado de la defensa, salvo una protesta genérica e inconcreta formulada al hilo del interrogatorio de Josefina, hizo constar que el peso del interrogatorio lo llevaba el Presidente, sin otra consideración más, no formulando protesta alguna en relación a los interrogatorios de la Presidencia cuyo carácter incriminatorio ahora denuncia.

A su vez, la jurisprudencia de esta Sala (véase, por todas STS 1320/2011 de 9 de diciembre), ha confirmado, en un caso idéntico al que nos ocupa, que aunque resultase aparentemente excesivo el número de preguntas formuladas por el Presidente, el art. 708 L.E.Cr., acorde a los principios de oficialidad y depuración de la verdad material, autoriza al Tribunal a efectuar cuantas preguntas estime conducentes al mayor esclarecimiento de los hechos objeto de enjuiciamiento, lo que no supone en modo alguno perder la imparcialidad o neutralidad.

Por último, aunque fue abundante el número de preguntas realizadas por el Presidente al procesado y testigos, no es menos cierto que el caso concernido era de una inusitada complejidad, ya que se estaba enjuiciando



dos muertes violentas producidas por un grupo indeterminado de personas, algunas conocidas y otras de ignorada identidad, con la confluencia de testimonios y versiones contradictorias, incluidas rectificaciones en el propio acto del juicio oral que requerían de las necesarias aclaraciones para trasladar al jurado, no olvidemos compuesto por personas no expertas en derecho, la verdad material de lo acontecido, para abordar en las mejores condiciones posibles el difícil y complejo enjuiciamiento de los hechos. En esta tarea de depuración de la verdad material el Tribunal acuerda librar testimonio para proceder contra un testigo por falso testimonio, circunstancia que confirma lo intrincado del asunto.

Por todo lo expuesto el motivo ha de rechazarse.

TERCERO.- En el correlativo el impugnante, a través del cauce procesal previsto en el art. 852 L.E.Cr., denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 C.E.

1. El recurrente protesta porque el Tribunal Superior no da respuesta a las cuestiones que sobre este tema fueron planteadas ni tampoco hace referencia al proceso racional que le ha llevado a dictar su fallo.

La sentencia recurrida se limita, en su opinión, a manifestar que en la causa existió prueba de cargo suficiente para sustentar una sentencia condenatoria, pero no explica, siquiera de forma sucinta, los motivos de convicción.

Realmente el recurrente no pone en duda ni el lugar ni las causas de las muertes, sino la autoría de las mismas.

A continuación va haciendo referencia a aspectos, respecto a los que mantiene una particular opinión frente a la convicción del Tribunal y que estarían en relación con la prueba de cargo tenida en cuenta, tales como no haber aparecido ADN del recurrente en los lugares donde se dice que se produjeron las muertes, la puesta en entredicho del testimonio del Sr. Misins, sobre el posible descubrimiento de su cazadora en la casa que habitaban con una nota en su bolsillo, que lo pudo colocar cualquiera, ya que fue habida la cazadora en un segundo registro, sobre su pertenencia o no a la mafia, etc., etc., aspectos todos que no quedaron debidamente esclarecidos en el proceso.

2. Como puede comprobarse de los términos de la protesta el recurrente no discute la existencia de los hechos delictivos sino las pruebas y su valoración que lo implican como autor de los mismos.

Sin embargo la sentencia combatida ha considerado que la relación de pruebas de cargo, directas e indiciarias, eran más que suficientes para justificar el fallo condenatorio.

Los Jurados, en su misión de justificar de forma sucinta las pruebas que fueron tenidas en consideración para estimar probados o no probados determinados hechos, en evitación de la arbitrariedad (art. 61.1.d) L.O.T.J.) han referido, con la mayor fidelidad y de forma escueta, dado el carácter de legos, las que consideraron suficientes.

En tal sentido estimaron probadas las propuestas 1, 5 y 6 del objeto del veredicto relativas a la muerte de Cesar, basándose para ello en las declaraciones de Josefina, Virginia y sus coincidencias con la declaración de Agapito que el jurado considera probado que habla por boca del propio acusado Carlos María; también consideran probadas las propuestas 2 a 4, basándose para ello en los informes periciales y forenses, propuestas relativas a la forma de producción de la muerte.

Igualmente consideran probadas las propuestas números 8, 10 a), 11 b), 12 y 13 del objeto del veredicto relativas a la muerte de Urbano, basándose para ello en las declaraciones prestadas por Josefina, del acusado Serafin y de Agapito, en este último caso por la información recibida de Carlos María, y por los informes periciales y forenses obrantes en las actuaciones. También declaran probada la presencia de Serafin por la existencia de colillas en el lugar de los hechos, pero declaran no probado que este último propinara diversas patadas al fallecido, aunque sí estuvo presente en la paliza que sufrió Urbano.

Junto a tal genérica motivación el Magistrado Presidente ha de fundamentar la existencia de prueba de cargo al objeto de enervar la presunción de inocencia (art. 70.2 L.O.T.J.).

Así, expone en primer lugar, la declaración inculpativa de Josefina, ex compañera sentimental del acusado, poniendo de manifiesto, como datos favorables a la credibilidad del testimonio, que en su primera declaración espontánea ante las autoridades lituanas narró las dos muertes, especialmente la de Cesar, ignorada por las autoridades españolas, hasta el punto de que gracias a su colaboración se pudo localizar el cadáver y el coche calcinado, justo en los sitios que había indicado, sin que se aprecien motivos espurios en su testimonio que lo invaliden como prueba de cargo. También obra en favor de la credibilidad del testimonio el hecho de que cuando se produce la declaración, la testigo desconocía el tipo de pruebas o vestigios que se iban a obtener en la investigación que precisamente corroboró en todos sus extremos su testimonio, que fue ratificado íntegramente en el plenario.



3. El testimonio de Josefina aparece rodeado de numerosas corroboraciones periféricas de carácter objetivo,

a) Las declaraciones de Virginia y Brigida resultan claramente demostrativas de los métodos y medios empleados por el acusado para extorsionar a ciudadanos de dicha nacionalidad. Además Virginia declaró que oyó personalmente cómo era torturado Cesar .

b) El propio Urbano , ya había sufrido una primera agresión de la que consiguió escapar, comunicando a los facultativos que le asistieron que había recibido una paliza, aunque no quiso declarar. Este hecho tiene importancia porque el sargento de la Guardia Civil nº NUM003 del puesto de Gandesa le facilitó una nota manuscrita con su apellido y el teléfono del Cuartel, nota que fue hallada en el interior de los bolsillos de la chaqueta de cuero que habitualmente portaba el acusado en el registro domiciliario que se practicó. No hay duda de la pertenencia de la chaqueta al acusado pues resulta coincidente con la fotografía obrante al folio 296 en la que aparece vistiendo dicha prenda y en la misma se halló munición de origen ruso sin usar, compatible con el revólver que le fue intervenido en su detención por las autoridades lituanas. Cuestiona el recurrente el hallazgo de la prenda en un registro posterior al inicialmente practicado, especulando con la posibilidad de que una tercera persona pudiera haber colocado allí la prenda con fines incriminatorios. Pero lo cierto es que, más allá de las meras especulaciones del recurrente, se ha acreditado que el acusado era el poseedor de la prenda y que en el registro de la habitación solamente se hallaron objetos personales pertenecientes al acusado y a Josefina , por entonces su pareja sentimental. Y debe recordarse que si éste fuera el único indicio incriminatorio, podría asistirle la razón al recurrente, pero en el caso que nos ocupa se han reunido varios indicios de contenido incriminatorio que deben ser examinados en su conjunto, y no de forma aislada y fragmentaria como pretende el recurrente.

c) El hallazgo en poder de Carlos María de una cadena de oro que pertenecía a Cesar como puede apreciarse en las fotografías de los folios 644 y 645, habiendo reconocido el acusado que la cadena pertenecía al fallecido.

d) El hallazgo en la cazadora y en las zapatillas de un tercer acusado requisitoriado, de la sangre de ambas personas fallecidas, corroborando la versión de Josefina en cuanto a la intervención adicional de esta tercera persona en los hechos.

e) El hallazgo en las inmediaciones del lugar donde se encontró el cadáver de Urbano de una toalla con restos de sangre, toalla que ha sido reconocida por Virginia y Josefina como la que se usaba a modo de alfombra en la vivienda que habitaban los acusados.

f) El propio acusado ha reconocido en su declaración sumarial su presencia en el lugar de los hechos, declaración a la que se dio lectura en el plenario, aunque sin asumir una posición de ejecutor principal de los mismos. También reconoció su participación en la quema del vehículo.

g) El testimonio de Serafin reconociendo haber estado presente en la paliza propinada a Urbano , y el hallazgo en el lugar donde se produjo la agresión de dos colillas con el ADN del propio Serafin .

h) El testimonio del acusado en cuanto afirma en el plenario, rectificando sus anteriores declaraciones, que en realidad fue Josefina quien tenía relaciones con la mafia y quien organizó los asesinatos. Sin embargo - como muy bien puntualiza el Fiscal- además de las numerosas contradicciones e inconcreciones en las que incurrió, su pretensión, más allá de un alegato puramente defensivo, no puede prosperar, pues a través del testimonio de Virginia , Brigida y Adrian quedó acreditado que era el acusado el que organizaba las extorsiones de ciudadanos lituanos. Tampoco ofrece una explicación plausible sobre los motivos del cambio en su declaración en el plenario, pues cuando prestó declaración en el año 2010 reconociendo su implicación en los hechos, aunque no como ejecutor material, ya conocía las declaraciones incriminatorias prestadas contra él por Josefina en 2008.

i) Por último, el testimonio de descargo de la defensa consistente en la declaración en el plenario de Agapito , testigo falaz aleccionado por el propio acusado con el que compartió celda en la prisión de Lérida, se ha convertido en contraindicio de cargo al facilitar detalles que, única y exclusivamente, el autor de los hechos podría conocer. Basta remitirse a los folios 35-40 de la sentencia del jurado para comprender de forma nítida la falacia de sus aseveraciones.

4. Dicho lo anterior los alegatos del motivo quedan reducidos a distintas afirmaciones personales, concebidas desde una óptica parcial e interesada, que no pueden tener virtualidad en un motivo de esta naturaleza en que la valoración de las pruebas compete de forma exclusiva y excluyente al Tribunal de mediación.

Por otro lado la técnica impugnativa seguida trata de analizar y profundizar en todos y cada uno de los indicios de cargo, para justificar que, por sí solos, son incapaces de probar su autoría. Sin embargo, la cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis indiciarias no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios,



procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes. En la prueba indiciaria, todos los indicios deben actuar en su conjunto y no descompuestos fragmentariamente.

Consecuente con todo lo razonado el motivo debe rechazarse.

RECURSO DE *Serafin*

CUARTO.- En el primer motivo, residenciado en el art. 5.4 L.O.P.J . y 852 L.E.Cr ., denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E .).

1. En su desarrollo el recurrente analiza las pruebas, a su juicio de cargo, y verifica su propia valoración, dándoles el alcance probatorio que más le beneficiaba.

En esa línea argumental considera ilógicas las conclusiones a que ha llegado el Tribunal sobre la declaración de la que entiende como único Doña, Josefina ; examina la declaración de Virginia y Brigida en las que encuentra un alto nivel de incredibilidad subjetiva; los trabajadores de la cooperativa de vino de Bot y la declaración de Salvadora (dueña de la vivienda donde residía el recurrente *Serafin*), el falso testimonio vertido por *Agapito* .

A todo ello añade la inexistencia de pruebas periféricas relevantes y en tal sentido hace notar que la sangre localizada en la chaqueta de *Serafin* dio negativo al test de Adler; las colillas encontradas en la estación de Renfe de Bot, con el ADN del censurante, solo acreditan que estuvo allí, y por último ninguna prueba definitiva existió sobre la ayuda del traslado del cadáver por el recurrente.

2. El jurado en base a las pruebas que valoró consideró acreditada la presencia de *Serafin* , junto con *Carlos María* y otras personas en los episodios en que se desarrolló la agresión y muerte de *Urbano* .

Las pruebas fundamentales fueron las siguientes:

a) La propia declaración del acusado que ha admitido su presencia en la finca de frutales y haber presenciado la brutal agresión en el apeadero de Renfe de Bot, si bien se pronuncia en clave exculpatoria, al afirmar que nada pudo hacer por evitar la agresión, pues temía por su vida.

b) El testimonio de *Josefina* , respecto a la cual no existe o concurre móvil espurio que pudiera viciar su testimonio. El hecho de que dudara, dado el tiempo transcurrido, si fue autor de agresiones y patadas, el Tribunal, con criterio garantista no las dio por probadas, pero en cualquier caso el acusado *Serafin* formaba parte del grupo que agredió una y otra vez a *Urbano* hasta causarle la muerte.

c) Las conclusiones médico forenses nos indican la coetaneidad de las lesiones y de los signos de ahorcadura que apreciaron en el cadáver.

d) La aparición de colillas en la estación de Renfe de Bot, con el ADN del recurrente, acreditativa que siendo tal lugar uno de los determinados en los que se produjeron bastantes agresiones contra la víctima, allí estuvo presente el recurrente.

En consecuencia podemos concluir que existió prueba de cargo apta para destruir la presunción de inocencia y todo ello sin perjuicio de que existieran dudas en la calificación jurídica de su participación (autor o cómplice).

El motivo ha de rechazarse.

QUINTO.- En el segundo motivo, acogido a los arts. 5.4 L.O.P.J . y 852 L.E.Cr ., considera violado el derecho a un proceso con todas las garantías, no respetando el principio acusatorio, lo que produjo indefensión (art. 24 C.E .).

1. Explica el recurrente que la "complicidad omisiva" se suscita por primera vez en la sentencia dictada por el T.S.J. de Cataluña, resolviendo el recurso de apelación. Durante toda la instrucción al Sr. *Serafin* se le ha estado imputando la autoría de un homicidio, como así se determinó provisoriamente en el auto de hechos justiciables dictado por el juzgado de instrucción y en el escrito de conclusiones provisionales del Mº Fiscal referido al recurrente se le considera como cómplice de un delito de asesinato, esto es, se le condena por una conducta de "complicidad omisiva". Con ello entiende el impugnante que el Tribunal ha extendido su actividad cognoscitiva y decisoria a otros elementos distintos a los narrados en los escritos de calificación.

Estima que el contenido y la estructura de la omisión (delito omisivo) no son equiparables a la acción.

Ante tal discordancia entre calificación acusatoria o imputación y condena se le produce indefensión, pues de haberlo conocido hubiera actuado de otro modo en el alegato inicial y al informe final ante el Tribunal de jurado.

También se hubieran ampliado las preguntas que hubiera formulado a Doña *Josefina* .

2. Antes de resolver la queja planteada conviene recordar que el jurado dio por probado que el acusado presenció la brutal paliza propinada a *Urbano* en la finca de frutales, participó en el traslado de éste, aún



con vida, a la estación de Renfe de Bot, para que continuase la agresión que igualmente presencié, aunque no consta acreditado que pusiera las manos en la víctima hasta que fue cadáver ni que tuviera el dominio del hecho.

Partiendo de ese dato la esencia de la protesta se sostiene en presupuestos inexactos o incorrectos, pues ni se le condena por *complicidad omisiva*, ni fue acusado por actuaciones de tipo omisivo, sino que conforme al resultado del debate contradictorio en la práctica de las pruebas no resultó acreditado que materialmente el acusado agrediera a la víctima. Pero intervino en todos los demás actos positivos, formando parte activa del grupo agresor, sin que sea preciso que todos golpeen, maltraten o lesionen a la víctima, bastando que lo haga alguno o algunos con la aquiescencia de los demás, lo que hace que a todos alcance la misma responsabilidad. Los jurados desde una concepción popular o vulgar de la autoría, entendieron que la conducta del recurrente no fue determinante y solo favoreció el delito, en base a cuya afirmación el Magistrado Presidente calificó benévolamente su participación en el hecho en grado de complicidad.

3. La conducta activa, que no dejó de serlo por el hecho de que no propinara patadas a la víctima, aportaba a la ejecución del hecho delictivo y a sus ejecutores materiales seguridad y refuerzo, actuando todos ellos en connivencia y coordinadamente, pero devaluado tal aporte causal, considerando su presencia como refuerzo, apoyo y vigilancia en la obra criminal común, lo que implica una participación activa, aunque con actos secundarios o auxiliares en la ejecución.

Conforme a todo ello resulta obvio que la condena como cómplice en el asesinato de Urbano no es consecuencia de una calificación sorpresiva ni supone la vulneración del principio acusatorio como sostiene el recurrente.

En este punto es oportuno recordar la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala (véase, por todas, STS 600/2009 de 5 de julio), según la cual, la sujeción de la condena a la acusación formulada (congruencia) no es tan estricta hasta el punto de impedir al órgano judicial modificar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no se produce infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse la parte para contradecirlo en su caso (véase STC 4/2002 de 14 de enero y 71/2005 de 4 de abril).

Ciertamente que no se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no solicitada, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido y aceptado por el Tribunal, que suponga tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos por los que se condena pudieron ser debatidos al hallarse contenidos en la acusación.

4. En nuestro caso la condena como cómplice tuvo como sustento fáctico básico el contenido de la imputación, con la modificación de excluir por no acreditado en el juicio que el acusado propinase patadas a la víctima, y de ese relato fáctico pudo defenderse plenamente, defensa que debió ser efectiva al degradar el órgano jurisdiccional la calificación de autor o cooperador necesario a la de cómplice, que es más benévola que la de autor material por la que se acusaba, es decir, que la calificación jurídica de la sentencia ha beneficiado al recurrente. No hay por consiguiente cambio en el título de imputación que generase indefensión o imposibilitara una adecuada defensa.

Incluso, respecto del alegato impugnativo de que no pudo realizar a la testigo principal determinadas preguntas, no es cierto, ya que la defensa ha de prever distintas posibilidades calificadorias, dependiendo del desarrollo de la prueba, y las preguntas si las hizo la defensa al acusado, también pudo dirigirlas a la testigo principal con ese propósito al final conseguido de degradar la participación del recurrente.

Por todo lo expuesto el motivo ha de declinar.

SEXTO.- El tercer motivo, con sede procesal en los arts. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J. considera incorrectamente aplicada la atenuante de dilaciones indebidas, al carecer de auténtico efecto penológico.

1. El impugnante argumenta que constituyendo un derecho fundamental que el proceso en el que alguien está implicado sea resuelto en un plazo razonable, o lo que es lo mismo el derecho de todo justiciable a no sufrir dilaciones indebidas (art. 6.1 del CEDH y 24.2 C.E.) ha tenido fiel reflejo normativo en el art. 21.6 C.P. en lo concerniente al proceso penal. Pero a pesar de estimar tal atenuación y además con el carácter de cualificada (art. 66.2 C.P.) el Tribunal solo descendió en un grado la pena como le imponía la ley por razón de la complicidad (art. 63 C.P.), pero no se redujo ningún grado más por razón de la atenuación.



2. La estimación de la atenuante pretendida evita mayores argumentaciones, ya que desde el punto de vista sustantivo, se ha atribuido a la atenuatoria el mayor rango dentro de su valoración. Otra cosa distinta es la influencia en la pena, en que han tenido que ser valorados además otros datos o circunstancias, sobre cuyo extremo se articula el motivo 8º, en cuyo lugar, precisaremos la justificación del efecto atenuatorio.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- El motivo cuarto lo canaliza a través del art. 849.1º L.E.Cr . por indebida aplicación del art. 139.2.

1. Sostiene el acusado que no debió aplicársele la cualificación del ensañamiento, ya que al ser considerado cómplice omisivo, ninguna conducta activa desplegó que pueda reputarse ensañamiento, salvo que se lleve a cabo una interpretación extensiva de la acción a los actos de ensañamiento. Entre complicidad omisiva y conducta activa de hacer no existe coherencia por incompatibilidad.

Estima que si el jurado no consideró probado que el Sr. Serafin tocara, golpeará, atara o diera patadas a Urbano , mal puede su conducta cualificarse de ensañamiento. El recurrente -nos dice- no pudo reaccionar, no tenía el más mínimo dominio de la situación, ya que tenía miedo. Ni objetiva ni subjetivamente puede convertirse el mismo en autor o cómplice de un delito de asesinato, que no quiso ni participó, al impedirle actuar de otro modo las amenazas sufridas.

2. Habida cuenta de que el motivo se articula por corriente infracción de ley, nos hallamos obligados al más escrupuloso respeto al relato probatorio, en todo su contenido, orden y significación (art. 884.3 L.E.Cr .) en el cual se describe la presencia activa del recurrente en los distintos episodios que condujeron a la muerte de Urbano .

Conforme al art. 65.2 C.P ., el acusado que indirectamente estaba asistiendo a los actos que presenciaba (formaba parte del grupo de personas que llevaron a cabo las distintas agresiones) resultó afectado por la cualificación, aunque personalmente no ejecutara ningún acto que aumentara el sufrimiento y dolor de la víctima antes de darle muerte.

Por otro lado el relato probatorio no hace ninguna referencia a un posible temor del acusado que impidiera salir en defensa del ofendido, ni abandonar el grupo, desentendiéndose de su propósito.

En cuanto se hallaba en connivencia con los agresores materiales, como exigencia de la complicidad, bien en razón de una conducta previa o por adhesión, era plenamente consciente de lo que ocurría, prestando una pasiva aquiescencia a la modalidad ejecutiva o forma de comisión elegida y ejecutada por el grupo.

En conclusión y resumidamente podemos afirmar que como cómplice aceptaba la ejecución del delito y su modalidad delictiva (ensañamiento) por lo que la responsabilidad es la de cómplice de asesinato.

El motivo ha de declinar.

OCTAVO.- En el motivo quinto y al amparo del art. 849.1º L.E.Cr ., considera indebidamente aplicado el art. 29 C.P .

1. El recurrente denuncia una colisión entre la figura de la complicidad omisiva y el principio de legalidad, ya que su intervención fue la de un simple espectador pasivo del que no se puede predicar una posición de garante.

Sigue afirmando que el recurrente no formaba parte del grupo, sino que estaba siendo extorsionado por el resto y no podía reaccionar de otra manera ante la presencia de un número indeterminado de súbditos letones a las órdenes de dos ciudadanos rusos, directores y ejecutores del hecho. Tampoco se recoge en el "factum" la existencia de un posible acuerdo de voluntades, originario o sobrevenido, entre los dos acusados para colaborar o auxiliarse en la causación de la muerte de Urbano , ni sobre la posible existencia de una concreta situación de riesgo para la víctima que fuera generada, secundada o favorecida por el acusado. A lo sumo, concluye el recurrente, el acusado sería responsable de la omisión del deber de impedir un delito contra la vida tipificado en el art. 450 del Código Penal , que no puede ser objeto de condena sin vulnerar el principio de presunción de inocencia.

2. Antes de analizar la caracterización jurídica de la figura del cómplice y la aplicación al caso concernido debemos hacer unas primeras consideraciones que surgen de los propios términos del planteamiento del motivo.

En primer lugar el censurante prescinde del relato probatorio, lo que en modo alguno es aceptable dada la naturaleza del motivo articulado. En la fundamentación de la queja nos habla de que "no formaba parte del grupo", de que "estaba siendo extorsionado por el resto de los partícipes" y de que "no podía reaccionar ante la presencia de un número indeterminado de súbditos letones a las órdenes de dos ciudadanos rusos, directores



y ejecutores", afirmaciones que no aparecen en el factum. Por el contrario sostiene que otros aspectos que debieron figurar en él no aparecen, tales como la colaboración y auxilio en la muerte de Urbano .

En segundo término igualmente se advierte que insiste en calificar de "complicidad omisiva" su participación en el hecho, cuando eso no es cierto, bastando con acudir al despliegue de su conducta dentro del grupo que de común acuerdo consiguieron quitar la vida a Urbano . Quizás la razón de la calificación de tal conducta obedezca a una frase no muy afortunada del Tribunal Superior, lo que no oscurece ni debilita los términos claves del probatum.

Por último, cuando nos habla de la imposibilidad de aplicar el art. 450 por vedarlo el derecho a la presunción de inocencia, parece más correcto referirlo al principio acusatorio, ya que nadie acusó por dicho precepto. Pero la inaplicabilidad devendría por ser la participación calificable de complicidad de asesinato, ello desde una consideración de indudable benignidad.

3. Cuestionando la calificación de cómplice resulta oportuno acudir a la doctrina de esta Sala en la que se vienen confirmando los elementos de esta modalidad participativa.

Así, las exigencias o requisitos establecido por la jurisprudencia de esta Sala interpretando el art. 29 C.P ., los considera la sentencia nº 377/2011, de 12 de mayo según la cual "Como elementos objetivos es preciso, en primer lugar, que exista un hecho típico y antijurídico cometido por otro u otros. En este sentido, según la doctrina de la accesoriedad limitada, el cómplice responde criminalmente aun cuando el autor quede exento de pena por una causa que excluya su culpabilidad".

"En segundo lugar, se exige la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, lo que nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que, sin embargo, deben constituir una aportación relevante para su éxito. De un lado, por lo tanto, han de ser actos no necesarios, y así se habla en algunas sentencias de actos periféricos y de mera accesoriedad (STS nº 1216/2002, de 28 de junio); de contribución de carácter secundario o auxiliar (STS nº 1216/2002 y STS nº 2084/2001, de 13 de diciembre); de una participación accidental y no condicionante (STS nº 1456/2001, de 10 de julio); o de carácter accesorio (STS nº 867/2002, de 29 de julio). De otro lado, ha de tratarse de una aportación o participación eficaz (STS nº 1430/2002, de 24 de julio); de un auxilio eficaz (STS nº 1216/2002, de 28 de junio), o de una contribución relevante (STS nº 867/2002, de 29 de julio)".

"Desde el punto de vista subjetivo, se exigen asimismo dos elementos:

a) De un lado, un doble dolo. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos de un modo consciente a la realización de aquél. En la STS nº 1532/2002, de 27 de septiembre , afirmamos que es suficiente con que el dolo del cooperador sea de carácter eventual respecto del resultado que pueda seguir a la acción voluntaria que ejecuta el autor, a cuyo éxito encamina el cómplice su aportación.

b) De otro lado, es necesario un concierto de voluntades, que, eso sí, puede ser anterior, coetáneo o sobrevenido, y puede adoptarse expresa o tácitamente (STS nº 221/2001, d 19 de febrero)".

Asimismo, la sentencia de esta Sala 786/2010 de 7 de julio -oportunamente invocada por el Fiscal- examina un supuesto similar al que nos ocupa en el que dos acusados presencian cómo un tercero propina una paliza mortal a la víctima y luego colaboran con éste para deshacerse del cadáver, señalando que estamos ante una colaboración activa y no meramente omisiva, expresándose en los siguientes términos: "En los supuestos de delitos violentos o de agresión física, la presencia inmediata en el lugar de la acción mientras es materialmente ejecutada por otro directo agresor ha sido considerada por esta Sala como verdadera acción positiva que no deja de ser tal por ser estática -y no mera omisión de acción- con relevancia participativa cuando sobre el presupuesto del concierto criminal previo o simultáneo adquiere eficacia para la ejecución del hecho típico.

"Así sucede no solo en los delitos con medio comisivo intimidatorio, en la medida en que esa presencia en unión de los demás sujetos permite incrementar el temor de la víctima coadyuvando con ello a la ejecución del delito, sino también en los casos en que la presencia es la forma de materializar su efectiva disponibilidad a la acción de los demás para el caso de ser necesaria aportando así con su presencia un papel relevante dentro de la acción común".

4. A la vista de tal doctrina y descendiendo a la hipótesis concernida se comprueba la concurrencia de un "pactum scaeleris" que, aunque no conste que surgiera con anterioridad a las agresiones que condujeron a la muerte del sujeto agredido Urbano , el relato probatorio evidencia, cuando menos, un acuerdo tácito y simultáneo, dado el actuar coordinado y sin discrepancias de todos ellos. En segundo término su aportación causal al hecho estuvo integrada por su presencia coadyuvante a la eficacia de la acción agresora, ya que



su disponibilidad reforzaba las posibilidades de su ejecución y restringía o inhibía necesariamente las de la defensa del agredido.

Por todo ello el motivo ha de claudicar.

NOVENO.- Con sede procesal en el art. 849.1º L.E.Cr . en el sexto motivo alega aplicación indebida del art. 65.1 y 2 C.P .

1. El precepto que estima infringido regula la comunicabilidad de las circunstancias atenuantes y agravantes a los partícipes en un hecho.

El acusado recurrente sostiene que su mera presencia en todo el desarrollo secuencial de la muerte de Urbano , no implica abuso de superioridad, amén que la agravante de superioridad no es buscada ni siquiera aprovechada, sino simplemente surgida de la dinámica comitiva. Vuelve a insistir acerca de la difícil conciliación entre el abuso de superioridad y la complicidad omisiva.

2. La alegación es inconsistente. La sentencia en su hecho probado referido al recurrente (apartado c) establece la declaración del jurado, en la que se decía que " Carlos María y Serafin se prevalieron de la situación de desequilibrio de fuerzas y de su superioridad numérica, disminuyendo notablemente las posibilidades de defensa de Urbano ", y sobre esta base es fácil construir una clara superioridad personal, ya que en el propio factum se dice que estos acusados se hallaban acompañados de otro u otros, o sea, que en el mejor de los casos para el recurrente en el hecho intervinieron tres personas como mínimo, dato que aparece como relevante y decisivo para el éxito del plan proyectado, el cual había sido concebido de ese modo, pues lo contrario suponía aceptar muchos riesgos, entre ellos el fracaso.

Lo cierto y verdad es que las agresiones contra la víctima parten del grupo, en el que estuvieron todos presentes y eran conscientes que actuaban en número suficiente para que sus ilícitos propósitos se consumaran con mayores garantías, como así fue (art. 65.2 C.P .). De nuevo hemos de rechazar la insistente consideración de la complicidad omisiva, dada la actividad y contribución positiva aportada al hecho delictivo.

El motivo debe rechazarse.

DÉCIMO.- En el motivo séptimo, acogido al art. 849.1º L.E.Cr ., también estima infringido el mismo precepto, art. 65 C.P ., a efectos de repercutirle la cualitativa de ensañamiento (art. 139.3 C.P .).

1. Junto al elemento objetivo integrado por la ejecución material del hecho en los términos señalados en el art. 22.5 y 139.3 C.P ., debe concurrir el elemento subjetivo del dolo (conocimiento y voluntad) y en tal sentido aunque el recurrente hubiera sido consciente del modo ejecutivo del delito (que no niega) lo cierto es que *no quiso los efectos del ensañamiento* .

2. El que no quisiera solo constituye una alegación de parte que no figura en el factum ni la sentencia la infiere de prueba alguna. Lo cierto es que el recurrente estuvo presente en todas las fases de la ejecución del delito y se percataba, no se oponía y, por ende, asumía los sufrimientos innecesarios que se causaron a la víctima.

El art. 65.2 C.P . se ha aplicado correctamente.

El motivo no puede prosperar.

UNDÉCIMO.- En el octavo y último de los motivos formulados por este recurrente, residenciado en el art. 849.1º L.E.Cr. considera indebidamente aplicada la atenuante 21.6 C.P ., dado su carácter cualificado, en el particular relativo a la eficacia en la determinación de la pena (art. 66.7 C.P .).

1. El impugnante considera que partiendo de la pena del autor (delito de asesinato: art. 139.3 C.P .) que oscila de 15 a 20 años, como cómplice (art. 29 en relación al 63 ambos del C. Penal) debió bajarse preceptivamente un grado la pena, resultando como pena marco la de 7 años y 6 meses a 14 años 11 meses y 29 días.

Sin embargo sobre tal banda penológica debieron operar la agravante de abuso de superioridad o cuasi alevosía (art. 22.2 C.P .) y la atenuante cualificada de dilaciones indebidas (art. 21.6 C.P .) y persistiendo un fundamento cualificado de atenuación debió bajar otro grado de pena lo que no hizo el Tribunal.

2. La queja no puede ser atendida. En principio, rebajada la pena un grado por razón de la complicidad, la norma dosimétrica aplicable es el nº 7 del art. 66 C.P . que obliga a valorar y compensar las atenuantes y agravantes concurrentes, como es el caso.

El Tribunal de jurado argumenta abundantemente sobre la inexistencia de fundamento cualificado de atenuación, argumentación asumida y aceptada por el Tribunal Superior, lo que hace que ostentando la facultad individualizadora de la pena el Tribunal de instancia, el de casación, solo tendría una intervención secundaria, para caso de reputar la ponderación efectuada, arbitraria o irrespetuosa con las normas penológicas que



han de ser aplicadas. Como quiera que tal comprobación la verificó el Tribunal Superior, validando los razonamientos de Tribunal del jurado, no procede llevar a cabo la reducción de un grado más de la pena.

La procedente en su punto medio será de 11 años y 3 meses y el Tribunal la impuso sin rebasar ese punto medio, es decir, en su mitad inferior, atribuyendo mayor influencia a la atenuación, dada su cualificación, que a la agravación.

La pena impuesta resulta, pues, proporcionada y ajustada a los criterios normativos de individualización, previstos en el art. 66.7 ° y 72 del C. Penal .

El motivo no puede se acogido.

DUOCÉDIMO.- Las costas de ambos recursos deberán ser impuestas a los recurrentes por su desestimación, a la vista de lo dispuesto en el art. 901 L.E.Cr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados Serafín y Carlos María contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de los anteriores acusados contra sentencia de fecha 19 de mayo de 2011 del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Perfecto Andres Ibañez Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Diego Ramos Gancedo

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