



Roj: **STS 1442/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1442**

Id Cendoj: **28079120012018100187**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2018**

Nº de Recurso: **10572/2017**

Nº de Resolución: **203/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Cantabria, Sección 3ª, 16-06-2017 (rec. 40/2016),  
STS 1442/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 203/2018**

Fecha de sentencia: 25/04/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10572/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/04/2018

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Cantabria

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10572/2017

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 203/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco



D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 10572/17 por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por D<sup>a</sup> Rocío representada por la procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Sánchez Pérez bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Vanessa Romanelli Liendo y por D<sup>a</sup> Ana representada por el procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz y bajo la dirección letrada de D. Agustín Fernández Martínez, contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Tercera Rollo 40/2016). Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal y D<sup>a</sup> Emilia, que ha ejercido la acusación particular, representada por el procurador D. Francisco Fernández Rosa, bajo la dirección Letrada de D. Luis Gonzaga Gainza Abascal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup> Ana María Ferrer García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de instrucción num. 3 de Castro Urdiales incoó sumario num. 833/14 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Tercera Rollo 40/2016) que con fecha 16 de junio de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** « HA QUEDADO PROBADO Y ASÍ SE DECLARA que Rocío, mayor de edad, de nacionalidad sudafricana, con NIE NUM000 y sin antecedentes penales, y Ana, mayor de edad, con DNI NUM001 y sin antecedentes, siendo ambas pareja sentimental a la fecha de los hechos, actuando de común acuerdo y en unión de Victoriano, hijo de la primera, nacido el NUM002 /1998, habiendo sido condenado por estos hechos por Sentencia de conformidad del Juzgado de Menores de Cantabria de fecha 1/04/2015 (dictada en el Expediente de reforma n° 9/2015), acordaron entrar en el domicilio de Rosaura, de 80 años de edad, con quien mantenían una relación de amistad, con el propósito de sustraer cuantos objetos de valor pudieran encontrar.

A tal fin, y habiéndose organizado una barbacoa el día 12 de Septiembre de 2014 en la casa de Emilia, hija de Rosaura, acuden a la misma ambas acusadas, Rocío y Ana, en compañía del menor, Victoriano, el cual sustrajo la llave del domicilio de Rosaura que su hija Emilia guardaba en un llavero junto con otras, marchándose el menor y la acusada, Ana, con la intención de entrar en el domicilio de Rosaura y con la excusa de ir a comprar unas zapatillas. Al no poder confirmar que Rosaura se hallara fuera del domicilio, deciden desistir de su intención inicial, regresando a la barbacoa que se celebraba en el domicilio de Emilia. A la mañana siguiente, y al darse cuenta Emilia de que faltan unas llaves del bombín, se lo comunica a su madre, Rosaura, decidiendo ambas cambiar la cerradura ese mismo día, sábado, circunstancia ésta que Emilia hace saber a Ana por teléfono.

Conocedoras las acusadas de que la llave que habían sustraído era ya inútil pero con el propósito intacto de acceder al domicilio de Rosaura, resuelven hacerlo el domingo 14 de Septiembre de 2014, tramando un plan conforme al cual esperarían a que Rosaura entrara en casa para acceder con ella a su interior, preparando Ana y Victoriano sendas mochilas en cuyo interior portaban fulares y guantes de látex para los tres, además de un paño de cocina, dirigiéndose sobre las 19:30 horas al bar La Perla Negra, en el cual coincidían frecuentemente con Rosaura, con la esperanza de encontrarla, apostándose en la barra del referido bar las acusadas, Rocío y Ana, hasta que tras ver llegar a Rosaura, Ana avisa por teléfono a Victoriano, que se persona en el lugar a los pocos minutos, sentándose los tres en compañía de Rosaura, abonando ésta una ronda de consumiciones y Ana y Rocío otra, las cuales invitan a Rosaura a una última cerveza que Victoriano deja en la mesa, abandonando entonces los tres, Rocío, Ana y Victoriano, el bar, mientras Rosaura permanecía en el lugar terminando su consumición, y aprovechando ese tiempo para dirigirse al domicilio de Rosaura sito en la URBANIZACIÓN000. Una vez en el inmueble, aprovechan que un vecino abre la puerta para entrar en el portal, subiendo los tres por las escaleras hasta la NUM003 planta de edificio, permaneciendo en el rellano vigilando alternativamente por una ventana la llegada de Rosaura, al tiempo que cada uno de ellos se coloca los guantes de látex y los fulares alrededor de la cabeza para evitar ser identificados. Una vez que ven a Rosaura aproximarse, bajan por la escalera hasta la planta NUM004, ocultándose agazapados tras el hueco del ascensor hasta que Rosaura sale del mismo y se dispone a abrir la puerta de su domicilio, momento en el que Ana se abalanza sobre ella por la espalda, agarrándola fuertemente con un brazo por la cintura y con la otra mano tapándole la nariz y la boca, colocándole para ello el trapo que portaban.

Se declara probado que Ana empujó a Rosaura por el hall de la vivienda hasta el salón, siendo ayudada por Rocío para conseguir sentar a Rosaura en una silla, no soltando en ningún momento el trapo que le tapaba la nariz y la boca e impidiéndole la respiración, debiendo emplearse ambas en sujetar a Rosaura, que trataba



de desasirse. Una vez es colocada Rosaura en la silla, Rocío permanece junto a ella, sin retirar en ningún momento el trapo que le ocluía la nariz y la boca, al tiempo que Ana se dirige a registrar los cajones del salón y las habitaciones. No hallando el botín que esperaban conseguir, deciden abandonar la vivienda tras sustraer de la misma varias piezas de bisutería, 40 euros en efectivo y el teléfono móvil de Rosaura, que se encontraba en su bolso, abandonan rápidamente el domicilio con dirección al puerto, deshaciéndose antes de los guantes de látex, que arrojan en un contenedor sito en las inmediaciones del inmueble, así como del trapo de cocina, que es hallado en el rellano mismo de la vivienda de Rosaura. Una vez en el puerto, lanzan el teléfono móvil al mar, regresando juntos los tres, Victoriano y las dos acusadas, Rocío y Ana, al domicilio de ésta, en el cual permanecen hasta la mañana siguiente.

Se declara probado que la causa del fallecimiento de Rosaura fue asfixia por sofocación, ocurrida entre las 20:30 y las 22:00 horas del día 14 de Septiembre de 2014, siendo el mecanismo de causación de dicha muerte la fuerte presión que Rocío y Ana ejercieron de forma alterna, taponándole la nariz y la boca con el trapo de cocina que portaban.

No ha quedado probado que Rocío o Ana actuaran en el momento de los hechos bajo los efectos de la previa ingesta de alcohol o drogas, no apreciándose limitación alguna en sus facultades intelectivas ni volitivas.

Se declara probado que Ana, a través de su representación procesal, ha consignado en el día de la vista la suma de 300 euros en concepto de reparación del daño causado por la sustracción de objetos de la vivienda de Rosaura.

No ha quedado probado que Rocío se hallara sometida a ningún tipo de control o manipulación por parte de quien fuera su pareja sentimental, Ana, ni sometida a ningún tipo de síndrome de dependencia o sometimiento a su hijo menor de edad a la fecha de los hechos, Victoriano.

En el momento de su fallecimiento Rosaura, nacida el NUM005 /1933 en Bilbao, tenía 80 años de edad, habiendo fallecido en estado de viuda, con cuatro hijos no convivientes, los cuales se han personado en autos en ejercicio de la acusación particular.

A efectos de responsabilidad civil, se declara probado que el valor de tasación del teléfono móvil asciende a la suma de 70 euros, siendo ésta la cantidad indicada en tal concepto en la Jurisdicción de Menores, Sentencia recaída en el Expediente de Reforma nº 9/2015. No consta acreditado qué piezas concretas de bisutería fueron sustraídas, ni el valor de las mismas.

Rocío y Ana se encuentran privadas cautelarmente de libertad por la presente causa desde el día 20 de Enero de 2015, fecha en que fueron detenidas, habiéndose dictados Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Castro Urdiales, de fecha 23 de Enero de 2015, que acuerda su prisión provisional comunicada y sin fianza. Dicha medida ha sido prorrogada por resolución de esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria, en sendos Autos de 14 de Diciembre de 2016».

**SEGUNDO.-** La audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «FALLAMOS: PRIMERO.- Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS Rocío como autora responsable de un delito de robo con violencia en casa habitada de los arts. 237 y 242.1 . y 2 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz del art. 22.2º del Código Penal, a la pena de 5 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y a Ana como autora responsable de un delito de robo con violencia en casa habitada de los arts. 237 y 242.1 . y 2 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz del art. 22.2º del Código Penal y la atenuante de reparación del daño del art. 21.5º del Código Penal, a la pena de 5 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; debiendo indemnizar conjunta y solidariamente a los herederos de Rosaura en la cantidad de 40 euros por el dinero en efectivo sustraído, más la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia como valor del teléfono móvil.

SEGUNDO: Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Rocío y a Ana como autoras responsables de un delito de asesinato del art. 139.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante de uso de disfraz del art. 22.2º del Código Penal, a la pena, cada una de ellas, de 20 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; debiendo indemnizar conjunta y solidariamente a los hijos de la fallecida en la cantidad de 20.000 euros para cada uno de ellos.

Todas las cantidades establecidas en concepto de responsabilidad civil devengarán el interés legal del dinero en los términos del art. 576 de la LEC.

Las COSTAS se imponen por mitad a cada una de las acusadas de forma proporcional, incluidas las de la acusación particular si se hubieran reclamado.



Abónese en su totalidad el tiempo que las acusadas hayan estado privadas de libertad por esta causa para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta.

Recábase, en su caso, la pieza de responsabilidad civil, al Juzgado de Instrucción del que procede la causa.

Esta Sentencia no es firme. Contra la misma puede prepararse *recurso de casación* ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo dentro de los CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación de la Sentencia».

**TERCERO.**- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por la representaciones procesales de D<sup>a</sup> Ana y D<sup>a</sup> Rocío , 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.

**CUARTO.**- El recurso interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Rocío se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Por infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba, al amparo del artículo 849.2º de la LECRIM , basados en documentos que obran en autos y que demuestran el error de la Sala Juzgadora, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

2º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º de la LECRIM .

3º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ ., por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y, en particular el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE .

4º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ ., por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías previsto en el artículo 24.2 de la CE , y en concreto al derecho de las partes a una doble instancia penal, con soporte en la previsión del artículo 14.5 del Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos .

5º.- Por infracción de Ley, al amparo del art 849.1º de la LECRIM , por aplicación indebida del art. 139.1 del CP , e inaplicación del art. 142 y 138 del CP .

6º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849. 1º de la LECRIM , por inaplicación indebida de los artículos 20.2 º, 21.1 º y 21.2ª del CP .

7º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849. 1º de la LECRIM , por inaplicación indebida de los artículos 20.6 º, 21.1 º y 21.3ª del CP

8º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849. 1º de la LECrim , por inaplicación indebida de los artículos 21.4.6 º, 21.4 º y 21.7ª del CP .

9º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849. 1º de la LECRIM , por inaplicación indebida de los artículos 65.2 y 65.3 del CP .

10.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849. 1º de la LECRIM por inaplicación indebida de los artículos 29 y 63 del CP . e indebida aplicación del artículo 28 del CP .

El recurso interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Ana se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ ., por vulneración del principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la CE .

2º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECRIM , por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo por aplicación indebida del artículo 139.1 del CP .

3º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECRIM , por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo por aplicación indebida del artículo 22.2 del CP .

4º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849. 1º de la LECRIM , por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo por inaplicación del artículo 142.1 del CP .

5º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849. 1º de la LECRIM , por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo por inaplicación o indebida aplicación del artículo 21.5º del CP .

6º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849. 1º de la LECRIM , por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo por inaplicación del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.2 del CP .



**7º.-** Por infracción de Ley por errónea apreciación de la prueba, al amparo del artículo 849.2º de la LECRIM , basados en documentos que obran en autos y que demuestran el error de la Sala Juzgadora, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

**8º.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851 párrafo 1º de la LECRIM , por no expresar clara y terminantemente cuáles son los hechos que considera probados.

**9º.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851 párrafo 2º de la LECRIM por resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados.

**10º.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851 párrafo 3º de la LECRIM , por consignarse como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal y la acusación particular de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para fallo, se celebró la votación prevenida el día 10 de abril de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cantabria dictó sentencia el 16 de junio de 2017 que condenó a Dª Rocío y a Dª Ana como autoras de un delito de asesinato alevoso, y como autoras de un delito de robo violento en casa habitada, concurriendo en cada una de ellas y para los dos delitos la agravante de disfraz, y para la segunda en el delito de robo la atenuante de reparación del daño, a la penas respectivamente de veinte y cinco años de prisión a cada una, con las correspondientes accesorias y a que indemnicen solidariamente a los hijos de la fallecida Rosaura en la cantidad de 20.000 euros para cada uno de ellos, y conjuntamente a sus herederos en 40 euros por el dinero en efectivo sustraído, más la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia como valor del teléfono móvil.

Contra dicha sentencia interpusieron sendos recursos las condenadas, a los que se opuso el Fiscal, y la acusación particular ejercitada por Dª Emilia , que pasamos a resolver.

Recurso de Dª Rocío

**SEGUNDO .-** El primer motivo de recurso, por vía del artículo 849.2 LECRIM , denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. A través del mismo pretende combatir los asertos de la sentencia recurrida en relación al concierto de la Sra. Rocío con los otros intervinientes en los hechos.

Se invocan como documentos de los que habría de deducir el error fáctico distintas diligencias policiales; dictámenes del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses; el informe realizado por la ITO con sello de entrada de 29/1/2015; el informe Médico forense que obra a los folios 549 y siguientes de las actuaciones; y el historial médico de la fallecida,

1. Para que quepa estimar que ha habido infracción de Ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2º LECRIM la doctrina de esta Sala 2ª (entre otras muchas la STS 209/2012 de 23 de marzo ; 128/2013 de 28 de febrero ; STS 656/2013 de 28 de junio , la 475/2014 de 3 de junio o la 350/2015 de 21 de abril ) ha consolidado la exigencia de los siguientes requisitos: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECRIM .; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificar.





La finalidad del motivo previsto en el artículo 849 .2º LECRIM , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Ninguno de los elementos designados como documentos gozan de la autonomía probatoria que exigiría el éxito de este motivo. No la tienen las diligencias policiales ni los meros informes médicos o del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses e ITO que se designan.

2 . Respecto a las pruebas periciales de manera excepcional esta Sala ha atribuido a los informes de éste tipo la capacidad de modificar el apartado fáctico de una sentencia, cuando el tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero los haya incorporado a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que su sentido originario quede alterado relevantemente; o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes de las comprendidas en los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen ( STS 1017/2011 de 6 de octubre y las que en ella se mencionan). Todo ello sin perder de vista que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas, consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba. No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la pericial haya sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediatez ( SSTS 301/2011 de 31 de marzo o 993/2011 de 11 de octubre ).

En este caso no se dan los elementos que permitan una reevaluación por este Tribunal de casación de la pericial médico forense que se alude. No nos encontramos ante una interpretación mutilada de dictámenes coincidentes, sino de una valoración crítica y racional del Tribunal sentenciador.

Lo que pretende el recurrente es una nueva valoración de la prueba practicada, que desborda los contornos del cauce casacional elegido.

El motivo se desestima.

**TERCERO.**- El segundo motivo de recurso denuncia, con apoyo en el inciso segundo del artículo 851.1 LECRIM , contradicción en el relato de hechos probados.

La única contradicción que constituye quebrantamiento de forma es, según una constante doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTS 46/2014 de 11 de febrero , 492/2014 de 10 de junio , 41/2015 de 27 de enero o 675 2016 de 22 de julio), la que reúne las siguientes características: a) tiene que ser interna, es decir, producida dentro de la propia declaración de hechos probados, no pudiendo ser denunciada como contradicción la que se advierte o crea advertirse entre el *factum* y la fundamentación jurídica de la resolución; b) ha de ser gramatical o semántica, no conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada; c) la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no pueda ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato; d) como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el *iudicium* , lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas.

En este caso, el motivo no denuncia ninguna contradicción de este tipo, simplemente muestra su oposición a aquellos asertos que afirman la intervención de Rocío en la planificación de los hechos o su aportación en la fase ejecutiva ejerciendo violencia sobre la víctima. Es decir, cuestiones que atacan la valoración probatoria que sustenta la resolución impugnada, lo que en su caso habrá de combatir como vulneración de la presunción de inocencia, pero que de nuevo desbordan los contornos de cauce casacional empleado.

El motivo se desestima.

**CUARTO** .- El siguiente motivo invoca los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ para denunciar infracción de la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE



1. Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el *iter* discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior ( artículo 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

A su vez, tanto la jurisprudencia constitucional como la de esta Sala (entre otras STS 885/2016 de 24 de noviembre -cuya literalidad prácticamente reiteramos- y las que allí se citan) han establecido que, en ausencia de prueba directa, es posible recurrir a la prueba circunstancial, indirecta o indiciaria, cuya validez para enervar la presunción de inocencia ha sido admitida reiteradamente por ambos Tribunales, de modo que a través de esta clase de prueba, es posible declarar probado un hecho principal mediante un razonamiento construido sobre la base de otros hechos, los indicios, que deben reunir una serie de condiciones o requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre «una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes»).

Si bien la prueba indiciaria no sólo cobra relevancia en defecto de prueba directa, sino en complemento de la misma para conformar y reforzar la convicción que eventualmente proporciona la misma.

En todo caso, integra también doctrina reiterada, que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié para, a partir de ella, confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y de suficiente contenido incriminatorio, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad,

2. El derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución , ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho, es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o pronunciamiento debidamente fundado en Derecho.

El Tribunal Constitucional, desde sus primeras sentencias, declaró que el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello ( STC 9/1981 de 31 marzo ). Y que la tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una resolución fundada en derecho, ya sea favorable o adversa ( SSTC 13/1981 de 22 abril ; 276/2006 de 25 de



septiembre y 64/2010 de 18 de octubre ). O, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005 de 6 de junio ).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia ( SSTC 147/1999 de 4 de agosto ; 25/2000 de 31 de enero ; 221/2001 de 31 de octubre ; 308/2006 de 23 de octubre ; 134/2008 de 27 de octubre y 191/2011 de 12 de diciembre , por todas).

En definitiva, el artículo. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria ( SSTC 8/2005 de 17 de enero ; 13/2012 de 30 de enero y 27/2013 de 11 de febrero , etc.).

**3.** El recurso cuestiona la aptitud de la prueba de cargo de que dispuso el Tribunal sentenciador para acreditar con solvencia la actuación que el relato de hechos probados de la resolución recurrida atribuyó a la Sra. Rocío . Por el contrario, niega cualquier contribución en el diseño y ejecución de los sucesos enjuiciados, más allá haber acompañado a su hijo y a la otra acusada, cuyas planes solo conoció momentos antes de que los pusieran en práctica.

El Tribunal sentenciador, para determinar la intervención en los hechos de la ahora recurrente, confrontó las declaraciones de ambas acusadas, objetivamente respaldadas en cuanto a su presencia en los distintos escenarios previos al momento de la ejecución por abundante prueba testifical y documental. Y dispuso los puntos de fricción fundamentalmente a través del testimonio del hijo de D<sup>a</sup> Rocío , ya condenado por estos hechos en la Jurisdicción de Menores, quien, aun con cierta inclinación exculpadora hacia su madre, aportó datos que permitieron concluir que no solo estuvo presente, sino que actuó de manera concertada en la preparación de los hechos. Incluso a ella le atribuyó el haber aventurado el riesgo de muerte para la víctima y una relevante aportación en la fase ejecutiva. En definitiva, apoyó la ejecución con su presencia conformando una mayoría numérica de atacantes, utilizó como los demás los elementos que impedían su identificación, ejerció violencia sobre la víctima cuando la sujetó de manera que impidió su libre respiración, y participó activamente en la acción depredadora buscando efectos en los cajones de la vivienda.

En cuanto a la causa de la muerte tomó en consideración la Sala de instancia el informe de autopsia, que fue ampliamente ratificado por sus autores en el plenario. De la interpretación conjunta de los datos que tal pericia reveló y de los aportados por las pruebas hasta ahora analizadas, concluyó que aquella fue la asfixia por sofocación, derivada de la presión ejercida de forma alterna por ambas acusadas sobre la nariz y la boca de la víctima, aplicada con la suficiente intensidad y por tiempo bastante como para impedir su respiración. Afirmaciones sustentadas en una serie de hallazgos reportados por aquella. El tabique nasal desviado precisamente en la zona correspondiente a la punta de la nariz. La morfología de esta desviación permitió descartar una patología nasal previa, que habría afectado más a la parte del hueso/tabique. En el caso de la Sra. Rosaura quedó afectado el cartílago, «que, por su elasticidad, se deforma pero no se rompe, insistiendo los Forenses en que, sin poder precisar ni cuantificar la intensidad de la presión empleada, ésta debió de ser contundente a la vista de la posición que conservaba el cartílago, así como también por la presencia del infiltrado hemático interno que se advierte al levantar el labio superior». Los restantes hallazgos consistieron en una pequeña lesión a nivel externo de la mejilla derecha, de forma redondeada y compatible con un posible punto de apoyo durante las maniobras de sofocación; un hematoma en primer dedo de la mano derecha, así como pequeños hematomas en ambas piernas, que los Forenses describen como compatibles con maniobras de defensa; y una lesión/hematoma en la punta de la lengua, compatible con haberse mordido mientras la apretaban la boca.

Tales datos, completados con otros igualmente aportados por los forenses, como el desplazamiento de la dentadura postiza de la víctima en relación a la posición del cadáver tras los hechos, apoyaron la conclusión del Tribunal de instancia en relación a la intensidad de las maniobras de sujeción aplicadas por ambas acusadas sobre la víctima

Por último, esta pericial permitió descartar la incidencia en la muerte de una patología previa de la víctima. Posibilidad ésta que la Sala sentenciadora despreció, tras conjugar la información que suministró el historial clínico de la fallecida con datos médicos aportados por los forenses. Estos aclararon que aun cuando fuera mayor la fragilidad capilar de una anciana, y en este caso la afectada padeciera asma, «esa afectación de los bronquios no habría sido concurrente en la causación de la muerte toda vez que la compresión de la nariz y de la boca no estrecha los bronquios, sino que impide el paso del oxígeno».

En definitiva, hemos de concluir que la Sala sentenciadora contó con prueba legalmente obtenida e introducida en el proceso, y de suficiente contenido incriminatorio. Prueba que valoró de manera lo suficiente mente





explicita para descartar cualquier atisbo de arbitrariedad, por lo que el alegado compromiso de la garantía de presunción de inocencia que amparaba a víctima y de su derecho a la tutela judicial efectiva queda descartado.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** El cuarto motivo de recurso, a través del cauce que habilitan los artículo 852 LECRIM y 5.4 LOPJ , denuncia infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE , en relación al derecho a la doble instancia penal con soporte en la previsión del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .

Las alegaciones de la parte recurrente relacionadas con el derecho a la doble instancia penal y su respeto o no por nuestro ordenamiento han generado una copiosa jurisprudencia - SSTS 748/2010 de 23 de julio ; 197/2012 de 23 de enero de 2013 ; 236/2013 de 22 de marzo ; 1041/2013 de 8 de enero de 2014 ; 62/2014 de 4 de febrero ; 438/2014 de 22 de mayo , 408/2015 de 8 de julio , 865/2015 de 14 de enero de 2016 o 583/2017 de 19 de julio - principalmente a partir de varias resoluciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que vigilaba la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como se ha dicho en cada una de esas ocasiones, el tenor literal del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no recoge el derecho a una segunda instancia, sino exactamente el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley. Precisión esta última que permite una cierta flexibilidad en la previsión legal por parte de los distintos sistemas jurídicos, según reconoció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 30 de mayo de 2000 , al señalar que los Estados-parte conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho al reexamen, pudiendo restringir su extensión.

Como recordaba ya la STS 918/2007 de 16 de noviembre , después de la Comunicación núm. 715/1996, de julio de 2000, el mencionado Comité consideró que la suficiencia del recurso de casación a los fines del art. 14.5 PIDCP depende de la amplitud que la casación hubiera tenido en el caso concreto. Dicho Comité cambió sustancialmente su doctrina y aceptó como suficiente la previsión en el ordenamiento jurídico de recursos en los que el tribunal superior conozca de la existencia y suficiencia de la prueba, de la racionalidad del tribunal de instancia en cuanto a la valoración de la misma y de la legalidad en su obtención, así como de la concreta individualización de la pena impuesta. Específicamente, refiriéndose al recurso de casación español, apareció este cambio de criterio en los dictámenes siguientes: 1356/2005 de 10 de mayo; 1389/2005 de 16 de agosto; 1399/2005 de 16 de agosto; 1059/2002 de 21 de noviembre de 2005; 1156/2003 de 18 de abril de 2006; 1094/2002 de 24 de abril de 2006; 1102/2002 de 26 de abril de 2006; 1293/2004 de 9 de agosto de 2006; 1387/2005 de 11 de agosto de 2006; 1441/2005 de 14 de agosto de 2006; 1098/2002 de 13 de noviembre de 2006; 1325/2004 de 13 de noviembre de 2005 y 1305/2004 de 15 de noviembre de 2006.

No se discute que este Tribunal Supremo ostenta la condición de Tribunal superior desde un punto de vista orgánico tanto respecto de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia como de la Audiencia Nacional, por lo que en este aspecto las previsiones están efectivamente cubiertas. Ello no obstante, es preciso reconocer que, más allá del texto de la ley, lo que pretende el Pacto no es la simple intervención de un Tribunal superior, sino que el tipo de recurso previsto por el sistema sea efectivo, en el sentido de que permita ciertas expectativas de revisión del material probatorio. Se ha reconocido por ello que nuestro sistema procesal cumple con las previsiones del Pacto, pues establece mecanismos que permiten reinterpretar la decisión del tribunal de instancia revisando la racionalidad de los métodos lógico-inductivos que supone toda actividad judicial de evaluación de las pruebas, garantizando y extendiendo al máximo las posibilidades de defensa.

Recordábamos en la STS 865/2015 de 14 de enero de 2016 , con cita de otras anteriores que la Constitución Española, la Ley Orgánica del Poder Judicial ( artículo 5.4) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 852) han abierto una amplia expectativa a la revisión probatoria. La vía de la vulneración de los derechos fundamentales de todo acusado de un hecho delictivo y la prevalencia de la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y la necesidad de motivar suficientemente cuáles han sido los criterios intelectivos y el juicio lógico que ha llevado al órgano juzgador a dictar una determinada resolución, son suficientes elementos para afirmar que la actual casación es un recurso efectivo para ello.

En cualquier caso, la reforma de la LECRIM operada por la Ley 41/2015 ha generalizado la segunda instancia a todos los procedimientos penales iniciados tras su entrada en vigor, lo que a su vez permitirá que el recurso de casación quede ajustado a sus verdaderas finalidades.

El motivo no puede prosperar.

**SEXTO.-** El quinto motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar indebida aplicación del artículo 139.1 CP e inaplicación del artículo 142 y 138 CP .



El desarrollo del motivo cuestiona la apreciación de la alevosía que cualifica el homicidio en asesinato. Entiende que los presupuestos sobre los que se asentó en este caso su apreciación, ataque por sorpresa, superioridad numérica de los agresores, desvalimiento de la víctima por su edad, operaron en relación a la violencia que integró el delito de robo, y no respecto a una muerte que sostiene debió calificarse de imprudente.

1. El cauce casacional del artículo 849.1 LECRIM , de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de casación de la correcta subsunción de los hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia inicialmente ( STS 200/2013, de 12 de marzo ).

El *factum* de la sentencia recurrida, tras explicar un previo intento por parte de las acusadas de entrar al domicilio de la víctima con la llave que habían conseguido en el domicilio de la hija de ésta, fallido al percatarse la última citada de tal circunstancia, señala que «resuelven hacerlo el domingo 14 de Septiembre de 2014, tramando un plan conforme al cual esperarían a que Rosaura entrara en casa para acceder con ella a su interior, preparando Ana y Victoriano sendas mochilas en cuyo interior portaban fulares y guantes de látex para los tres, además de un paño de cocina, dirigiéndose sobre las 19:30 horas al bar La Perla Negra, en el cual coincidían frecuentemente con Rosaura , con la esperanza de encontrarla,.....» como así ocurrió. Tras realizar con ella unas consumiciones, y tras permanecer la anciana, de 80 años de edad a la fecha, en el citado establecimiento apurando la última bebida a la que las acusadas la invitaron, éstas y el hijo de la recurrente se dirigieron al domicilio de D<sup>a</sup> Rosaura .

Prosigue el relato de hechos «una vez en el inmueble, aprovechan que un vecino abre la puerta para entrar en el portal, subiendo los tres por las escaleras hasta la NUM003 planta de edificio, permaneciendo en el rellano vigilando alternativamente por una ventana la llegada de Rosaura , al tiempo que cada uno de ellos se coloca los guantes de látex y los fulares alrededor de la cabeza para evitar ser identificados. Una vez que ven a Rosaura aproximarse, bajan por la escalera hasta la planta NUM004 , ocultándose agazapados tras el hueco del ascensor hasta que Rosaura sale del mismo y se dispone a abrir la puerta de su domicilio, momento en el que Ana se abalanza sobre ella por la espalda, agarrándola fuertemente con un brazo por la cintura y con la otra mano tapándole la nariz y la boca, colocándole para ello el trapo que portaba».

Prosigue « Ana empujó a Rosaura por el hall de la vivienda hasta el salón, siendo ayudada por Rocío para conseguir sentar a Rosaura en una silla, no soltando en ningún momento el trapo que le tapaba la nariz y la boca e impidiéndole la respiración, debiendo emplearse ambas en sujetar a Rosaura , que trataba de desasirse. Una vez es colocada Rosaura en la silla, Rocío permanece junto a ella, sin retirar en ningún momento el trapo que le ocluía la nariz y la boca, al tiempo que Ana se dirige a registrar los cajones del salón y las habitaciones. No hallando el botón que esperaban conseguir, deciden abandonar la vivienda tras sustraer de la misma varias piezas de bisutería, 40 euros en efectivo y el teléfono móvil de Rosaura , que se encontraba en su bolso, abandonan rápidamente el domicilio con dirección al puerto, deshaciéndose antes de los guantes de látex, que arrojan en un contenedor sito en las inmediaciones del inmueble, así como del trapo de cocina, que es hallado en el rellano mismo de la vivienda de Rosaura . Una vez en el puerto, lanzan el teléfono móvil al mar, regresando juntos los tres, Victoriano y las dos acusadas, Rocío y Ana , al domicilio de ésta, en el cual permanecen hasta la mañana siguiente.....»

Concluye «Se declara probado que la causa del fallecimiento de Rosaura fue asfixia por sofocación, ocurrida entre las 20:30 y las 22:00 horas del día 14 de Septiembre de 2014, siendo el mecanismo de causación de dicha muerte la fuerte presión que Rocío y Ana ejercieron de forma alterna, taponándole la nariz y la boca con el trapo de cocina que portaban».

La fundamentación jurídica se califican los hechos como constitutivos de un delito de robo violento en casa habitada y un delito de asesinato. Y explica «el hecho de que las acusadas, al perpetrar el robo en la vivienda de Rosaura , no tuvieron la intención inicial de matarla, no obsta a estimar que la causa de la muerte es de etiología homicida, siendo conscientes ambas de que las maniobras que realizaron para someter a la anciana, colocándole un trapo de cocina sobre la nariz y la boca, y ejerciendo una presión constante y mantenida, podían provocar, como así, fue, su fallecimiento».

2.- Como recuerdan las SSTS 41/2014 de 29 de enero o 419/2015 de 12 de junio , con cita de la SSTS 1064/2005 de 20 de septiembre y 1573/2002 de 2 de octubre , respecto a la hipótesis del resultado atribuible a título de dolo eventual cabe mantener dos tesis que marcan la diferencia con la imprudencia que postula la recurrente: en el dolo eventual ... El autor se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando



de todos modos tal resultado representado en la mente del autor. En la culpa consciente, en cambio, no se quiere causar la lesión aunque también se advierte su posibilidad y, pese a ello, se actúa. Es decir, se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Obra con culpa consciente quien, representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior al afectar a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá y, sin embargo, éste se origina por el concreto peligro desplegado.

Por su parte la STS 54/2014 de 11 de febrero, con cita de otras anteriores, explicó que la jurisprudencia de esta Sala considera que en el dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo (dolo eventual y culpa consciente) una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza porque, aún admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota, esto es el autor no se representa como probable la producción del resultado, porque confía en que no se originará, debido a la pericia que despliega en su acción o la inidoneidad de los medios para causarlos. En otras palabras: obra con culpa consciente quien representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior afectando a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá, sin embargo éste se origina por el concreto peligro desplegado.

En el dolo eventual, el autor también se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado (representado en la mente del autor). En la culpa consciente, no se acepta como probable el hipotético daño, debido a la pericia que el agente cree desplegar, o bien confiando en que los medios son inidóneos para producir aquél, aún previendo conscientemente el mismo. En el dolo eventual, el agente actúa de todos modos, aceptando la causación del daño, siendo consciente del peligro que ha creado, al que somete a la víctima, y cuyo control le es indiferente.

Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso el agente que aquél no se va a producir.

En definitiva, concluyó la STS 54/2015 de 11 de febrero que cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no puede controlar, debe responder de los resultados propios del peligro creado, aunque no persiga tal resultado típico.

Resulta verdaderamente difícil degradar a la condición de homicidio imprudente los hechos que se describen en el relato fáctico. Dos mujeres que acometen a una tercera a la que sujetan fuertemente con por la cintura, a la vez que le tapan la nariz y la boca, de manera que le impide respirar. Violentamente la introducen en su vivienda, donde la mantienen sin posibilidad de respirar durante el lapso temporal que les permite registrar el inmueble en busca de efectivo u objetos de valor, con el empleo de la fuerza suficiente para aniquilar los intentos de la víctima, no olvidemos, de 80 años de edad, por desasirse.

No cabe duda que las agresoras, que conocían con antelación a la víctima y por tanto el estado físico propio de su edad, a la que taparon con fuerza nariz y boca, con tanta que llegaron a torcerle la primera y a provocarle heridas pese a que manipulaban con un trapo, y la mantuvieron sin respiración hasta asfixiarla, hubieron necesariamente de advertir que podían causarle la muerte, resultado que asumieron en cuanto que no desistieron de su acción, y ello pese a los vanos intentos de la anciana por desasirse.

Es claro que estamos ante una conducta dolosa (dolo eventual) como infiere razonablemente y expresa motivadamente la sentencia del Tribunal de primera instancia.

**3.** Sentado lo anterior, la concurrencia de la alevosía discurre con naturalidad a partir de la secuencia histórica que rememora los hechos probados.

La alevosía que cualifica el homicidio en asesinato del artículo 139.1 CP aparece descrita en el artículo 22.1 CP, según el cual concurre «cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando



en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

A partir de esa definición legal, la jurisprudencia de esta Sala ha exigido para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades ( SSTS 907/2008 de 18 de diciembre ; 25/2009 de 22 de enero ; 37/2009 de 22 de enero ; 172/2009 de 24 de febrero ; 371/2009 de 18 de marzo ; 854/2009 de 9 de julio ; 1180/2010 de 22 de diciembre ; 998/2012 de 10 de diciembre ; 1035/2012 de 20 de diciembre ; 838/2014 de 12 de diciembre ; 110/2015 de 14 de abril o 253/2016 de 32 de marzo).

Recordábamos en la STS 253/2016 de 31 de marzo que en lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala ha distinguido tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha. La alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto. Y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente.

El relato de hechos que nos vincula, colma todos los presupuestos de tipicidad que la mencionada agravante requiere. El ataque mortal se produjo de manera inesperada cuando la víctima accedía a su domicilio, por parte de quienes la esperaban escondidos en un recodo de la escalera. La superioridad de los agresores no solo era numérica, sino física dada la diferencia de edad, y operativa, toda vez que actuaron pertrechados con trapos que potenciaban la posibilidad de evitar sus gritos y a la vez debilitar su ya de por sí mermadas capacidades de reacción, impidiéndole la respiración.

Es decir, se realizó el ataque de manera que quedó aniquilada cualquier posibilidad efectiva de defensa por parte de la víctima, lo que fue aprovechado por las agresoras para asegurar el éxito de su empresa.

Respecto a la reacción de la víctima, dijimos en la STS 51/2016 de 3 de febrero que la eliminación de toda posibilidad de defensa que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin capacidad verdadera de surtir efecto contra el agresor y la acción homicida (en este sentido STS 626/2015 de 18 de octubre y las que ella cita). Y en este contexto deben ubicarse los infructuosos intentos de la anciana por desasirse. No existió una defensa mínimamente efectiva que permita entender que los perfiles de la alevosía se desvanecen.

**4 .** La jurisprudencia de esta Sala ha declarado la compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual. Así, en la Sentencia 466/2007 de 24 de mayo se declaró que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima – aseguramiento de la ejecución– y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados. En esa misma línea se pronunciaron las SSTS 415/2004 de 25 de marzo , 514/2004 de 19 de abril y 653/2004 24 de mayo , 543/2009 de 12 de mayo , 618/2012 de 4 de julio , y más recientemente las SSTS 539/2017 de 12 de julio o 128/2018 de 20 de marzo .

En palabras de la STS 114/2015 de 12 de marzo , «puede actuarse con dolo directo a la hora de elegir o seleccionar los medios de ejecución de la agresión y al mismo tiempo actuar con dolo eventual con respecto a la muerte de la víctima. Pues asegurar la acción agresiva no comporta necesariamente que se asegure con el fin específico o la intención directa de matar, sino que se puede actuar solo con el fin de causar un peligro concreto de muerte, asumiendo el probable resultado. De modo que la selección del medio y de la forma de ejecución puede ser muy intencionada y planificada, y en cambio, el fin que conlleva ese hecho puede quedar más difuminado o abierto para el sujeto agresor, por no tener un especial interés o una directa intención de asegurar el resultado concreto de muerte. Lo cual no quiere decir que no lo asume o acepte dado el riesgo elevado que genera con su acción (dolo eventual).»

Y así ocurrió en el presente caso en el que las acusadas, aun cuando su acción no persiguiera el propósito decidido que causar la muerte de su víctima, eligieron conscientemente un modo de ejecución que anuló sus





posibilidades de defensa, a la vez que se desencadenó el resultado que fue consecuencia del peligro generado por su acción y como tal aceptado, por lo que el conjunto le es atribuible como asesinato.

**5.** Plantea el recurso que la base fáctica que sustenta la alevosía operó solo en relación a la violencia integrante del robo violento, por lo que la calificación de asesinato quedaría descartada.

La cuestión no puede prosperar en los términos en que se plantea, pero si pone de relieve un engarce entre los dos tipos penales aplicados, que surge del relato de hechos y de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

El propósito inicial de las acusadas era el de perpetrar un robo violento en casa habitada, si bien para conseguir su objetivo emplearon unos medios de ejecución que determinaron la muerte de la víctima, como concreción del peligro generado con su acción violenta y conscientemente aceptado. Colmaron así los presupuestos del delito de asesinato que operó como medio necesario para a su vez culminar el robo desde el inicio pretendido, por lo que la relación de concurso medial del artículo 77.1 inciso segundo CP fluye con naturalidad.

Y llegamos a esa conclusión aun prescindiendo del componente meramente subjetivo o intencional, analizando la unidad del hecho no en el orden teleológico individual, sino en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva, como ha propugnado la jurisprudencia de esta Sala (entre otras STS SSTS 147/2009, 12 de febrero o 35/2012 de 1 de febrero).

Aunque en abstracto no pudiéramos afirmar que la muerte de la anciana fuera indispensable para cometer perpetrar el robo, si hubo una conexión instrumental objetiva. Como ha dicho la reciente STS 102/2018 de 1 de marzo, «desde esa exigencia tan rigurosa nunca habría concurso medial.

La necesidad no puede medirse exclusivamente en abstracto. En abstracto jamás encontraremos un supuesto en que un delito sea estrictamente imprescindible para cometer otro. Se puede cometer un robo sin causar lesiones; una estafa sin necesidad de una falsificación; etc...

Hay que atender para realizar esa valoración también al supuesto específico para comprobar si en concreto existía esa relación de medio a fin y una necesidad no absoluta sino relativa».

Y en este caso, ponderando las circunstancias que rodearon los hechos, en hemos de concluir que se dio dado el carácter prolongado en el tiempo de la violencia desarrollada, prácticamente coincidente los actos de apoderamiento desarrollados en el interior de la vivienda.

En este aspecto el motivo va a prosperar.

**SEPTIMO.-** El sexto motivo de recurso, también por vía del artículo 849.1 LECRIM denuncia la indebida inaplicación de los artículo 20.2, 21.1 y 21.2 CP.

Sostiene la recurrente que actuó como lo hizo al encontrarse bajo la influencia de alcohol y drogas.

Se formula la impugnación al amparo del artículo 849.1 LECRIM, lo que, tal y como reiteradamente ha declarado esta Sala, exige respetar la literalidad de los hechos declarados probados. Este motivo es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el de instancia ha aplicado correctamente la ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la desestimación del motivo (SSTS 579/2014 de 16 de julio; 806/2015 de 11 de diciembre o 865/2015 de 14 de enero de 2016).

El relato de hechos probados rechazó expresamente que las acusadas «actuaran en el momento de los hechos bajo los efectos de la previa ingesta de alcohol o drogas, no apreciándose limitación alguna en sus facultades intelectivas ni volitivas», por lo que no puede hablarse de error de subsunción la inaplicación de la circunstancia ahora reivindicada.

**1.** La doctrina de esta Sala condensada, entre otras, en las SSTS 120/2014 de 26 de febrero, 856/2014 de 26 de diciembre, 866/2015 de 30 de diciembre o 133/2016 de 24 de febrero, ha establecido en relación a los efectos de la drogadicción, que la aplicación de la eximente completa del artículo 20.1 CP solo será posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme a esa comprensión, y que tal cosa solo puede tener lugar en ocasiones excepcionales, debiendo ser acreditado debidamente, a causa de un consumo muy prolongado y muy intenso de sustancias que hayan producido graves efectos en el psiquismo del agente, como puede ocurrir con la heroína.





En el artículo 20.2 CP se contemplan los supuestos en los que esos efectos anulatorios de las funciones cognoscitivas y volitivas del sujeto se producen en el momento del hecho como consecuencia de una intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o bien por encontrarse el sujeto bajo un síndrome de abstinencia severo a causa de su dependencia de tales sustancias.

Cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia debidos al consumo de drogas, aun siendo profundos, no sean totales, será de aplicación la eximente incompleta del artículo 21.1 CP, en relación con el artículo 20.2 CP, y en relación a la misma esta Sala de casación ha admitido que la adicción, cuando ha sido prolongada en el tiempo e intensa, o reciente pero muy intensa, a sustancias que causan graves efectos, como la heroína, provoca una disminución profunda de la capacidad del sujeto, aun cuando generalmente no la anule.

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocie a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad, aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas ( STS 685/2008 de 4 de noviembre ).

Por su parte la circunstancia del artículo 21.2 CP es una atenuante funcional, es decir aplicable solo cuando el acusado ha actuado «a causa» de su grave adicción, condicionado o acuciado por ella para obtener la sustancia que necesita imperativamente.

Como ha señalado esta Sala, por ejemplo en la STS 133/2017 de 2 de marzo, para que se pueda apreciar la atenuante, la drogadicción debe incidir como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión, como sucede en delitos menores contra el patrimonio, o bien trafique con drogas a pequeña escala con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Este móvil está ausente en aquellos casos en los que no pueda establecerse que el elemento determinante de las acciones delictivas esté vinculado a la necesidad imperiosa de obtener medios para conseguir la droga a la que el acusado sea gravemente adicto. Es decir, que su impulso delictivo esté desencadenado por su drogadicción.

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. No se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes. Los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal.

**2.** Ya hemos dicho que el relato de hechos probado descartó cualquier asidero fáctico para la atenuación ahora reivindicada. En cualquier caso, aunque la recurrente hubiera dado positivo por acumulación en el cabello a un consumo de cocaína en los meses anteriores a los hechos, o incluso aunque el mismo día en que estos tuvieron lugar ingiriera alcohol, como pretende el recurso, el juicio valorativo del Tribunal de instancia, aun combatido por vía inadecuada, no puede tacharse de idóneo o arbitrario.

De un lado, sus movimientos en los momentos anteriores a los hechos, documentados a través de la grabación obtenida mientras permanecieron en el bar la Perla Negra, no evidenciaron afectación de su movilidad. Pero sobre todo, la propia dinámica de los hechos, meticulosamente planificados, no compatibilizan con la disminución de facultades que se pretende. Tampoco el comportamiento posterior, deshaciéndose del teléfono móvil sustraído en el puerto, y retirándose a continuación a su domicilio, tal y como también reflejó el relato de hechos, sugiere una actuación dirigida a proveerse de sustancia con la de mitigar su adicción.

El motivo se desestima.

**OCTAVO** .- También por la vía que habilita el artículo 849.1 LECRIM, denuncia la recurrente en el siguiente motivo de recurso, inaplicación de los artículos 20.6, 21.1 Y 21.3 CP.



Una vez más la queja se articula sobre postulados de hecho que la Sala sentenciadora no consideró constatados, y así lo declaró expresamente en el relato de hechos que nos vincula, tales como la dependencia emocional de la Sra. Rocío respecto a los otros dos intervinientes en los hechos, su hijo, y la co-acusada.

El motivo se desestima.

**NOVENO.-** El octavo motivo de recurso, invoca de nuevo el artículo 849.1 LECRIM, en este caso para denunciar la inaplicación del artículo 21. 4 y 7 CP.

Sostiene la recurrente que sin la confesión y colaboración de la acusada Rocío al reconocer los hechos cuando fue detenida, con su activa intervención en la diligencia de reconstrucción llevada a cabo, e incluso animando a su hijo a admitir la suya propia, difícilmente hubieran existido pruebas de cargo suficientes contra los tres acusados como para poder enervar la presunción de inocencia de ninguno de ellos. De ello deduce el carácter esencial de su colaboración que la hace merecedora de la atenuante que reclama.

1. La jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 683/2007 de 17 de julio ; 755/2008 de 26 de diciembre ; 508/2009 de 13 de mayo ; 1104/2010 de 29 de noviembre ; 318/2014 de 11 de abril ; 541/2015 de 18 de septiembre ; 643/2016 de 14 de julio ; 165/2017 de 14 de marzo o 240/2017 de 5 de abril , entre otras) exige como requisitos de la atenuante del artículo 21.4 CP que el sujeto confiese a las autoridades la comisión de un hecho delictivo o su participación en el mismo; que la confesión sea veraz, con exclusión de los supuestos en que se sostenga una versión interesada de carácter exculpatario que después se revela totalmente falsa; y que la confesión se produzca antes de conocer que el procedimiento, entendiéndose por tal también las diligencias policiales de investigación, se dirige contra él, lo que ha de relacionarse con la utilidad de la confesión. Quedan al margen aquellos supuestos en los que la aparente confesión se produzca cuando ya no exista posibilidad de ocultar la infracción ante su inmediato e inevitable descubrimiento por la autoridad.

Recordaba la STS 427/2017 de 14 de junio , con cita de otros precedentes, que esta atenuante encuentra su justificación en razones de política criminal. Al Estado le interesa que la investigación de los delitos se vea facilitada por la confesión -siempre voluntaria y espontánea- del autor del hecho. Con ello se simplifica el restablecimiento del orden jurídico por aquel que lo ha perturbado, se refuerza el respaldo probatorio de la pretensión acusatoria e incluso se agiliza el ejercicio del *ius puniendi*.

Superada ya su antigua configuración que la vinculaba al arrepentimiento del culpable, la confesión como atenuante encuentra hoy su fundamento en razones de política criminal, en la medida que ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa. Además del elemento cronológico se exige de ella que sea sustancialmente veraz, aunque no una coincidencia total con el hecho probado. El requisito de la veracidad parte de su propio fundamento como atenuante. La confesión (resaltan entre otras SSTS 832/2010 de 5 de octubre ; 240/2012, de 26 de marzo ; 764/2016 de 14 de octubre ; 118/2017 de 23 de febrero ) supone un reconocimiento de la vigencia de la norma y un aquietamiento a las previsiones de penalidad previstas en el ordenamiento para su conducta. Si lo que pretende el confesante no es posibilitar la actuación instructora sino la defensa ante un hecho delictivo, no se cumple con esa finalidad que fundamenta la atenuación. Ahora bien, eso no implica que, puesta sobre la mesa la veracidad de los hechos, no pueda el confesante poner también de relieve aquellos elementos de donde deducir cualquier género de comportamiento atenuatorio de su responsabilidad penal.

Esta Sala de casación ha aplicado la confesión como atenuante analógica en los casos en los que, aún no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado.

2. La Sala sentenciadora desestimo la apreciación de esta atenuante porque «datando los hechos del día 14 de Septiembre de 2014, la pretendida cooperación de Rocío en su esclarecimiento no se produce sino hasta el día 21 de Enero de 2015, cuando, tras ser detenida, colabora, cierto es, en la reconstrucción de los hechos; eso sí, tratando en todo momento de restar relevancia a su intervención y participación en los mismos. No cabe, pues, estimar que su declaración merezca la consideración de confesión, toda vez que acontece una vez se ha procedido a su detención ( STS de 21 de Julio de 2003 y de 10 de Octubre de 2010 ), y es incompleta ( STS de 15 de Diciembre de 2014 ), admitiendo una intervención en los hechos muy distinta a la que tuvo en realidad».

Con lo arreglado a lo expuesto, no concurren los presupuestos para apreciar la atenuante reivindicada cuando, aun al día de hoy, la recurrente sigue cuestionando el alcance de su intervención en los sucesos enjuiciados.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO.-** El noveno motivo de recurso, al amparo del artículo 849.1 LECRIM denuncia inaplicación indebida de los artículos 65.2 y 65.3 del Código Penal.



Sostiene que tanto la circunstancia de la alevosía como la agravante de disfraz, no pueden ser apreciadas en la recurrente porque ni se abalanzó por la espalda sobre la víctima acusada ni se colocó una bufanda ocultando su rostro.

En cuanto a la alevosía, nos remitimos a lo señalado al resolver el motivo quinto de este mismo recurso.

Respecto a la agravante de disfraz la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 365/2012 de 15 mayo , 353/2014 de 8 mayo , 863/2015 de 30 de diciembre , 315/2016 de 14 de abril o 234/2017 de 4 de abril ) recuerda que son tres los requisitos para la estimación de esta agravante

1) objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona, aunque no sea de plena eficacia desfiguradora, sea parcialmente imperfecta o demasiado rudimentario, por lo que para apreciarlo será preciso que sea descrito en los hechos probados de la sentencia;

2) subjetivo o propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o de evitar su propia identificación para alcanzar la impunidad por su comisión y así eludir sus responsabilidades; y

3) cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, y carece de aptitud a efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento.

Es necesario un ejercicio de ponderación respecto a la idoneidad en abstracto del medio desfigurante utilizado para lograr el fin pretendido. Así ha señalado esta Sala que procederá la apreciación de la agravante «cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación». Es decir, el presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés ( SSTS 1025/1999, de 17 de junio de 1999 , 618/2004, de 5 de mayo 939/2004, de 12 de julio o 144/2006 de 20 de febrero , citadas por otras muchas).

Cuestión distinta es la comunicabilidad de esta agravante en los casos de actuación conjunta cuando no todos los intervinientes optan por la desfiguración, lo que aborda, entre otras, la SSTS 353/2014 de 8 de mayo . Ahora bien, en el caso que nos ocupa no hay lugar a disquisición cuando el relato de hechos de la sentencia recurrida afirmó que las dos acusadas y el menor interviniente esperaban a su víctima en la escalera del inmueble donde estaba ubicado su domicilio «cada uno de ellos se coloca los guantes de látex y los fulares alrededor de la cabeza para evitar ser identificados». No en vano todos ellos eran conocidos de su víctima, con la que además habían compartido un rato antes unas consumiciones.

El motivo se desestima.

**UNDECIMO.-** El décimo y último motivo de recurso, también a través del artículo 849.1 LECRIM , denuncia inaplicación indebida de los artículos 29 y 63 CP e indebida aplicación del artículo 28 CP .

Despreciando de nuevo el relato de hechos probados de la sentencia recurrida que nos vincula, insiste la recurrente en negar su participación en la planificación y preparación de los hechos, y mantener que ni dominó la escena del crimen ni su aportación fue decisiva para la realización del robo o la causación de la muerte de la D<sup>a</sup> Rosaura , por lo que no puede ser considerada coautora de los delitos por los que ha sido condenada.

Señala el artículo 28 CP que son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro de quien se sirven como instrumento.

La jurisprudencia (entre otras muchas SSTS STS 1242/2009 de 9 de diciembre ; 170/2013 de 28 de febrero , 761/2014 de 12 de noviembre , 410/2015 de 15 de mayo o 604/2017 de 5 de septiembre ) ha entendido que para que la ejecución conjunta pueda ser apreciada, no es preciso que todos y cada uno de los intervinientes en esa fase ejecutiva procedan a llevar a cabo la conducta prevista en el verbo nuclear del tipo. La coautoría requiere un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de la identidad de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso imprevisible respecto a lo aceptado tácitamente por todos ellos, pues en ese caso respondería individualmente. Y, además, superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente pretendido. No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todo en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del codominio funcional del hecho. De esta forma todos los coautores, como consecuencia de su aportación, dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, aunque no todos ejecuten la acción



contemplada en el verbo nuclear del tipo. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

El mismo artículo 28 CP distingue entre coautores que menciona en el primer párrafo antes reproducido como los que cometen el delito «conjuntamente» con otro (u otros), y partícipes necesarios, que define en el segundo párrafo como los que cooperan a la ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Aparentemente los cooperadores necesarios al igual que los coautores tendrían el dominio funcional del hecho, pues si se trata la suya de una aportación imprescindible para la producción del mismo, su retirada impediría que se llevara a cabo. Ello nos obligaría a concluir que la distinción entre coautores y cooperadores necesarios es prácticamente imposible y dogmáticamente innecesaria.

Sin embargo, la diferenciación legal necesariamente ha de tener su proyección en el plano dogmático, y así la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala han puesto de relieve que el dominio del hecho no depende solo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en el ésta se produce. El que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el ámbito de la preparación, sin participar luego directamente en la fase ejecutiva, no tiene en principio el dominio del hecho, pues cuando ésta se desarrolla 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 la protagonizó será un partícipe necesario, pero no coautor.

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. En palabras de la STS 563/2015 de 24 de septiembre, que se remitió a su vez a la 1187/2003 de 24 de septiembre, «por lo tanto, la cuestión de si el delito se hubiera podido cometer o no sin la aportación debe ser considerada dentro del plan del autor que recibe la cooperación. Si en el plan la cooperación resulta necesaria, será de aplicación el art. 28, 2º, b) CP. Si no lo es, será aplicable el art. 29 CP. No se trata, en consecuencia, de la aplicación del criterio causal de la teoría de la *conditio sine qua non*, sino de la necesidad de la aportación para la realización del plan concreto».

En el presente caso, ya hemos expuesto al resolver motivos precedentes, que del relato de hechos de la sentencia recurrida se deduce uno solo una intervención de la ahora recurrente en la planificación de los hechos y su consiguiente concierto, sino también si relevante aportación en fase ejecutiva, por lo que no cabe otorgarle otra consideración que la de coautora.

El motivo se desestima.

Recurso de Dª Ana .

**DUODÉCIMO.-** El primer motivo de recurso, con apoyo en los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ, denuncia infracción de la presunción de inocencia.

Ya hemos señalado al resolver el recurso precedente, el alcance de la revisión que compete a esta Sala casación ante la alegada vulneración. En definitiva, nos incumbe ahora comprobar que el pronunciamiento respecto a la culpabilidad de la acusada que se combate, está basado en prueba legalmente obtenida e introducida en el proceso, de suficiente contenido incriminatorio, y que haya sido razonada por el órgano sentenciador con la intensidad que permita controlar la racionalidad de su proceso de valoración.

En este caso concurren tales presupuestos, a partir de la declaración de ambas coacusadas, la del menor que junto a ellas intervino en los hechos, a cuyo testimonio acudió de manera específica el Tribunal sentenciador para disipar los puntos de fricción entre aquellas, con el refrendo que aporta la restante prueba testifical, documental y pericial.

El Tribunal examinó pormenorizadamente la declaración de los tres intervinientes en los hechos, las dos acusadas el hijo de Rocío condenado por este mismo episodio en la Jurisdicción de Menores. Las puso en relación con la reconstrucción de los hechos practicada con las acusadas, y también con prueba documental, y llega al convencimiento de que los tres estaban de acuerdo en la entrada a la vivienda de Dª Rosaura para apoderarse de lo que de valor encontrarán, que se pusieron los guantes de látex y las bufandas que llevaban ocultando su rostro, y la esperaron en el rellano de la escalera. Cuando aquella abrió la puerta de la vivienda, la ahora recurrente se abalanzó sobre ella tapándole la boca y nariz con un trapo de cocina, ayudándole Rocío a introducirla en la vivienda, sentarla en una silla, sustituyéndola más tarde en la inmovilización y taponamiento de las vías respiratorias de la víctima.

El Tribunal, consideró probado, por sus declaraciones y especialmente por las del joven, que las acusadas «eran perfectamente conocedoras de la avanzada edad de la víctima (80 años), pudiendo representarse la posibilidad de que el empleo de violencia física o intimidación ejercidas sobre aquélla llegaran a causarle,





como así ocurrió, la muerte». Ciertamente es que éste atribuyó a su madre haber alertado de la posibilidad de que la anciana por su avanzada edad muriera, extremo que esgrime el recurso en apoyo de su tesis exculpatoria. Sin embargo, aunque fuera la otra acusada quien así lo exteriorizara mientras planificaban los hechos, queda fuera de cuestión que el riesgo se valoró entre ellos.

Por último, respecto a las causas de la muerte y la violencia que determinó la misma, la Sala sentenciadora se basó en los datos aportados por el informe de autopsia y la ampliación que del mismo realizaron los forenses en el acto de plenario, en los términos que ya hemos analizado al resolver similar cuestión cuando ha sido planteada desde la óptica de la otra recurrente.

En conclusión, la alegada infracción de la garantía constitucional de presunción de inocencia carece de sustento.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO TERCERO.-** Plante el recurso tres motivos por quebrantamiento de forma. Aunque se formulan en último lugar, los abordamos ahora con apoyo en lo dispuesto en el artículo 901 bis b LECRIM, y ya adelantamos que los tres van a ser rechazados. A través de todos ellos lo que pretende el recurrente, más que denunciar un defecto en la elaboración de la sentencia, ámbito propio de los motivos que se esgrimen, cuestiona la valoración de la prueba realizada por el Tribunal sentenciador, en apoyo de su tesis exculpatoria.

1. Así, el primero de ellos (motivo octavo de recurso) denuncia al amparo del artículo 851.1 que la sentencia no expresa clara y terminantemente lo que declara probado, y lo proyecta en relación a la edad de la víctima y las causas de la muerte.

El vicio procesal consistente en que la sentencia no exprese clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados, requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que el relato de hechos probados sea impreciso por el empleo de términos o frases ininteligibles, por omisiones que lo hagan incomprensible o por la incorporación de juicios dubitativos, por absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultancia probatoria sin expresión por el órgano sentenciador de lo que considera probado; b) la incomprensión o ambigüedad ha de impedir la subsunción jurídica; c) la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción del hecho que se declara probado; d) la falta de claridad puede ocurrir ante omisiones del *factum* que tengan trascendencia para la calificación jurídica.

La lectura de la secuencia histórica de la sentencia recurrida obliga a rechazar el motivo.

2. El siguiente motivo denuncia, al amparo del inciso 2 del artículo 851.1 LECRM, contradicción entre los hechos declarados probados. Ya hemos señalado los perfiles de este cauce casacional, que pivota sobre la existencia de contradicciones de índole gramatical en el seno del relato de hechos probados, de manera un genere un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica que sustenta, lo que ni siquiera se plantea como tal en el desarrollo del motivo.

3. Por último, el décimo motivo de recurso, al amparo del artículo 851.3 LECRIM denuncia que se han consignado como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo. Pero también en este caso canaliza erróneamente la impugnación, pues lo que cuestiona realmente es la valoración probatoria que determinó que la Sala sentenciadora no considerara acreditada la base fáctica llamada a sustentar la atenuante de drogadicción que reclama. En consecuencia, este motivo está abocado al fracaso.

**DÉCIMO CUARTO.-** Antes de resolver los motivos planteados por infracción de ley cuyo objeto es cuestionar el juicio de subsunción, nos detendremos el que se formula en séptimo lugar, al amparo del nº 2 del artículo 849 LECRIM, sustentado en un hipotético error en la valoración de la prueba.

Ya hemos dicho en el fundamento segundo de esta sentencia, que el éxito del motivo planteado a través del artículo 849.2 LECRIM exige, entre otros presupuestos, que el documento que se dice erróneamente interpretado tenga autosuficiencia probatoria, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones. Además, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables. Finalmente, que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo. Requisitos que en este caso no se dan en este caso en el que el recurso se limita a cuestionar algunos fragmentos de *factum*, sin tan siquiera indicar en que pruebas podría residenciarse la fallo valorativo.





Se insiste de manera especial en al alcance de la pericial de los médicos forenses y en la interpretación que la Sala realiza de la misma en relación con los datos recopilados en el historial médico de fallecida, que a su juicio pondrían de relieve la incidencia en la muerte de la anciana de sus previas patologías.

Ya hemos indicado que la prueba pericial puede ser excepcionalmente objeto de revisión a través del artículo 849.2 LECRIM , en caso de que la Sala sentenciadora se apartara arbitrariamente de la única practicada o de más de una coincidentes y no contradichas, que no es el caso, porque a ninguna otra pericial alude el recurso.

En cualquier caso, la cuestión planteada nos enlaza con la causalidad la muerte que nos ocupa. Para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad en los delitos de resultado, la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, entendiendo que hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o *condicio sine qua non* . Relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce. Se entiende que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se perfila como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad. Todo ello sobre la hipótesis de que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión y no a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado.

La doctrina de esta Sala (entre otras STS 755/2008 de 26 de noviembre ) ha señalado que cuando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concausa existía con anterioridad a la conducta de aquél, como por ejemplo una enfermedad de la víctima, no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva. Si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento.

Precisamente si el deteriorado estado de la víctima pudo influir en facilitar el desenlace letal, como parece sostener el recurso, de un lado tal debilidad preexistía y era conocida por las acusadas, de otra, fue su acción la que generó el riesgo desaprobado y la muerte concreción del mismo.

En definitiva, el motivo se desestima.

**DÉCIMO QUINTO.-** A continuación nos ocuparemos de los motivos que denuncian infracción de ley por cauce del artículo 849.1 LECRIM . Acuden a esta vía los motivos segundo a cuarto, que respectivamente reclaman la indebida aplicación de los artículos 139.1 CP en relación a la alevosía y de la agravante de disfraz ( artículo 22.2 CP ); así como la inaplicación del artículo 142 CP y consiguiente consideración de los hechos como constitutivos de un homicidio imprudente. Todas estas cuestiones han sido abordadas al resolver el anterior recurso desde una perspectiva que abarca también las pretensiones de D<sup>a</sup> Ana , por lo que a lo allí dicho nos remitimos.

También en cuanto a la relación concursal apreciada entre los delitos de robo y asesinato, que nos reconduce a las reglas de determinación de la pena incluidas en el artículo 77 del CP para el concurso medial.

**DÉCIMO SEXTO.-** El quinto motivo de recurso, también al amparo del artículo 849.1 LECRIM , denuncia la aplicación indebida del artículo 21.5 CP , si bien la queja va orientada a su ineficacia en la determinación de la pena.

Efectivamente la Sala sentenciadora apreció en la Sra. Ana la atenuante de reparación del daño, con base en los 300 euros que la misma consigno para ser aplicados a las responsabilidades civiles dimanantes del delito de robo. Sin embargo, a la hora de determinar la pena por este injusto, se optó, en atención a la agravante apreciada y a las circunstancias del hecho, por la máxima posible, al igual que para la otra acusada, en quien sin embargo no concurrió ni esta ni ninguna otra atenuación.

1. No le falta razón a la queja en la medida que la atenuante, aun considerando la agravante de disfraz con la que concurre tuviera una especial potencialidad agravatoria, y que las restantes circunstancias que rodearon los hechos, incluso distintas de las que sustentaron las distintas tipicidades, justificaran la exacerbación punitiva, en alguna medida, aún mínima debería haber incidido en la pena impuesta. Sin embargo, esta cuestión ha quedado vacía de contenido, pues la determinación de la pena de acuerdo con las reglas que regulan el concurso ideal, nos reconduce a la correspondiente al delito más grave, en este caso el asesinato.



2 . Igualmente se censura el que se ordene la tasación en ejecución de sentencia del móvil sustraído y que se el pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil dimanante del robo, no mencione el dinero que fue consignado por la recurrente.

En cuanto al primer extremo la Sala sentenciadora expresa que el precio de tasación fijado en la Jurisdicción de Menores se ha tomado como referencia para ponderar la entidad del esfuerzo reparador de la acusada, por lo que no puede considerarse arbitrario el que se pretenda concretar su valor en esta causa con intervención de las partes.

De otro lado, la sentencia guarda silencio respecto al destino que daba darse al dinero que fue consignado por la ahora recurrente (300 euros), que sirvió de base para la estimación de la atenuante del artículo 21.5 CP y que según el relato de hechos probados fue aportado «en concepto de reparación del daño causado por la sustracción de objetos de la vivienda de Rosaura ». Aun cuando es un pronunciamiento que bien podía haberse obtenido a través de una solicitud de complemento de sentencia, o incluso en fase de ejecución, por razones de economía procesal lo incorporaremos ahora.

El motivo se va a considerar parcialmente estimado.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Finalmente, el sexto motivo de recurso, único que resta por analizar, invoca de nuevo el artículo 849.1 para denunciar inaplicación indebida de los artículos 21.1 en relación con el 20.2 CP .

1.- Sostiene el recurso que la adicción a la cocaína de la acusada quedó acreditada por sus declaraciones y por el análisis del cabello que realizó el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. El informe relativo a este análisis, ratificado en el juicio, concluyó un consumo repetido de tal sustancia por parte de la Sra. Ana en periodo de tiempo comprendido entre los 5-9 meses anteriores a abril del 2015, fecha de obtención de la muestra analizada, lo que acreditaría, a su juicio, un consumo crónico y repetido.

Añade, en contra de lo razonado por el Tribunal, que las grabaciones obtenidas por las cámaras instaladas en el bar La Perla Negra, demuestran que la acusada actuaba con la sintomatología propia de haber ingerido tal droga. De todo ello concluye que el consumo de cocaína por su parte y su fuerte adicción, mezclada con la ingesta de alcohol, fue determinante de su actuación.

2 . El relato de hechos probados rechazó como probado que la recurrente actuara al momento de los hechos bajo los efectos de la previa ingesta de alcohol o drogas, y no apreció limitación alguna en sus facultades intelectivas o volitivas. Ello sería suficiente para rechazar el motivo que se plantea al amparo del artículo 849.1 LECRIM y que, en consecuencia, debe partir del respecto al *factum* de la sentencia recurrida.

Pero es que, además, la Sala sentenciadora, en el fundamento jurídico tercero, explicó las razones del rechazo de la atenuante que nos ocupa. La constancia de un consumo repetido de cocaína, puede evidenciar, en su caso, la adicción de la acusada a tal sustancia, pero «no significa, sin más, que en el momento de los hechos Rocío y Ana actuaran bajo los efectos de la previa ingesta de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o bajo los efectos del alcohol».

Señala el Tribunal, que los fotogramas extraídos de las cámaras de seguridad que recogen los instantes previos a la comisión de los hechos tanto del bar, como del trayecto que siguieron las acusadas para llegar a casa de la víctima, demuestran que andaban con normalidad, y el informe del Centro Penitenciario aportado respecto de Ana , relata que la misma refiere un consumo de alcohol en cantidad importante y consumo de cocaína desde julio de 2014, «no demandando tratamiento ni precisando ser atendida por sintomatología compatible con el consumo de sustancias psicotrópica» .

En atención a ello, y de acuerdo con lo expuesto al resolver el motivo que con igual propósito formuló la otra acusada, ni el criterio valorativo de la Sala sentenciadora ni la consecuencia jurídica anudada el mismo pueden ser objeto de censura.

El motivo se desestima.

#### **COSTAS.**

**DÉCIMO OCTAVO.-** Dada la estimación parcial de ambos recursos, procede declarar de oficio las costas de esta instancia ( artículo 901 LECRIM ).

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido ESTIMAR PARCIALMENTE los recursos interpuestos por las representaciones de D<sup>a</sup> Rocío y D<sup>a</sup> Ana contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3<sup>a</sup>,



Rollo 40/16 ) en causa seguida contra las mismas, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho y declarándose de oficio las costas devengadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet

RECURSO CASACION (P) núm.: 10572/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Segunda Sentencia**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 10572/17 por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por D.<sup>a</sup> Rocío representada por la procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> José Sánchez Pérez bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Vanessa Romanelli Liendo y por D.<sup>a</sup> Ana representada por el procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz y bajo la dirección letrada de D. Agustín Fernández Martínez, contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Tercera Rollo 40/2016 ) que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. y Excm. Sra. anotados al margen proceden a dictar esta segunda sentencia con arreglo a los siguientes :

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**UNICO.-** Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia parcialmente rescindida en cuando no estén afectados por esta resolución.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**UNICO.-** De conformidad con lo expuesto en la sentencia que antecede, debemos condenar a las acusadas D.<sup>a</sup> Rocío y D.<sup>a</sup> Ana como autoras de un delito de asesinato alevoso del artículo 139.1 CP , con la concurrencia de la agravante de disfraz en ambas, en concurso medial con otro de robo violento en casa habitada de los artículos 242.1 y 2 CP , concurriendo en ambas la agravante de disfraz y en la segunda la atenuante de reparación del daño. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 77.1 y 2 del CP , optamos por la pena correspondiente al delito más grave, el asesinato, en su máxima extensión, en atención a la circunstancia de agravación que opera respecto al mismo en relación a ambas acusadas y las especiales circunstancias que rodaron los hechos, distintas de las que determinan la tipicidad, y que fueron especificadas en la sentencia de instancia. Optamos



por la aplicación del CP vigente a la fecha de los hechos por resultar legislación más beneficiosa para las condenadas.

La indemnización comprensiva de la responsabilidad civil dimanante del robo deberá hacerse efectiva con cargo al dinero a tal fin consignado por la Sra. Ana .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido CONDENAR a D<sup>a</sup> Rocío y a D<sup>a</sup> Ana como autoras de un delito de asesinato alevoso del artículo 139.1 CP , con la concurrencia de la agravante de disfraz en ambas, en concurso medial del artículo 77 CP con otro de robo violento en casa habitada de los artículos 242.1 y 2 CP , concurriendo en ambas la agravante de disfraz y en la segunda la atenuante de reparación del daño, a la pena de 20 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo. Todo ello según legislación vigente a la fecha de los hechos. La indemnización dimanante del delito de robo se hará efectiva con cargo a los 300 euros consignados por la condenada Ana . Se ratifican los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cantabria el 16 de junio de 2017 en el rollo 40/2016 en lo que no se oponga a lo dispuesto.

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet