



Roj: **STS 1507/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1507**

Id Cendoj: **28079120012019100297**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2019**

Nº de Recurso: **10455/2018**

Nº de Resolución: **241/2019**

Procedimiento: **Penal. Jurado**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 9004/2018,**
STS 1507/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 241/2019

Fecha de sentencia: 09/05/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10455/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/04/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10455/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 241/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 9 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casaición por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Dionisio , D. Jesús Ángel y D. Héctor , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que se estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Jesús Ángel y se desestimaron los recursos interpuestos por las representaciones de D. Dionisio y D. Héctor , contra sentencia de fecha 9 de junio de 2017 de la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados, respectivamente por los Procuradores/as Sra. Martín López, Sr. Romero Ballester y Sra. Gómez Pimpollo del Pozo, y la Acusación Particular Dña. Antonieta , representada por el Procurador Sr. Rodríguez González, haciendo constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Barcelona, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona bajo el nº 1/2014 de Ley de Jurado, se dictó sentencia con fecha 9 de junio de 2017 que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- Sobre las 13:20 horas del día 4 de octubre de 2013, el acusado Jesús Ángel , ciudadano español, mayor de edad (nacido en fecha NUM000 -1989) y con antecedentes penales no computables a los efectos de reincidencia, en compañía de otra persona no juzgada por encontrarse pendiente de detención internacional al haberse dado a la fuga, acudió al domicilio de Miguel Ángel , sito en CALLE000 número NUM001 , NUM002 - NUM002 de Barcelona, a fin de adquirir de éste una cantidad de droga, que después de unos tratos preliminares por una cifra mayor, se acabó fijando aproximadamente en unos cuatrocientos gramos de cocaína con la finalidad posterior de destinar dicha sustancia a la venta o al intercambio por objetos valiosos. En este contexto, el acusado Jesús Ángel , con la pretensión de asegurarse su propósito criminal, el día anterior se había desplazado desde Madrid con aquella persona pendiente de búsqueda internacional, siendo portadores de un arma de fuego con capacidad para disparar cartuchos del calibre 7,65 x 17 mm Browning, la cual se encontraba en perfecto estado de funcionamiento, así como de varios fajos de papeles simulando ser dinero. Una vez en el domicilio de Miguel Ángel , a la hora indicada del día 4 de octubre de 2013, Jesús Ángel y su acompañante iniciaron los tratos para la transacción de cocaína con Miguel Ángel , estando también presente el Testigo Protegido con apodo " Bigotes ", sin que el acusado y su acompañante tuvieran intención alguna de pagar dinero pretendiendo servirse de los fajos de papel que simulaban ser dinero. En un momento determinado la víctima se percató de que el dinero que le pretendían entregar era mendaz. En ese momento, puestos de común acuerdo el encausado Jesús Ángel con la otra persona que no se halla a disposición judicial en cuanto al plan ejecutar y a la, al menos, muy elevada probabilidad de tener que usar el arma de fuego, y actuando por ello con el común ánimo de acabar con la vida de Miguel Ángel , o en todo caso, conociendo y asumiendo las altas probabilidades que existían de acabar con ella si actuaban en la forma en que lo hicieron, uno de ellos con la anuencia del otro, efectuó un disparo contra aquél a muy corta distancia con el arma, de fuego de la que eran portadores. Dicho disparo impactó en la cabeza de la víctima, ocasionándole un traumatismo craneoencefálico que derivó en un colapso funcional que desembocó en su muerte irreversible en instalaciones hospitalarias a las 11:30 horas de fecha 07-10-2013. Todo ello aconteció sin que Miguel Ángel pudiera percatarse del ataque mortal del que iba a ser víctima y sin que, por tanto, pudiera hacer defensa alguna. Una vez herido de muerte Miguel Ángel , el acusado Jesús Ángel y su acompañante, se adueñaron de la droga del que era poseedor la víctima y se marcharon del lugar. El acusado Dionisio , ciudadano natural de Santo Domingo, en situación administrativa en España de estancia autorizada, mayor de edad (nacido en fecha NUM003 -1984) y sin antecedentes penales, se hallaba plenamente al corriente de la transacción entre sustancia estupefaciente y dinero mendaz que se iba a llevar a cabo en el domicilio del fallecido, puesto que era el enlace del acusado Jesús Ángel y su acompañante con Barcelona. A tal fin había ofrecido alojamiento a ambos. Así mismo, valiéndose de su relación de amistad con el acusado Ezequiel , había conseguido negociar la ilícita transacción sirviéndose de la relación personal existente entre Ezequiel y la víctima Miguel Ángel , consiguiendo de esta forma proteger su identidad propia, así como la identidad de Jesús Ángel y su acompañante, si bien desconociendo lo que finalmente aconteció en el domicilio de Miguel Ángel . Con su actuación el acusado Dionisio pretendía obtener un beneficio económico derivado de la obtención de la droga ilícita por parte del acusado Jesús Ángel y su acompañante en ignorado paradero.



El acusado Héctor , ciudadano natural de Santo Domingo, en situación administrativa en España de estancia no autorizada, mayor de edad (nacido en fecha NUM004 -1988) y sin antecedentes penales, se hallaba plenamente al corriente de la transacción entre sustancia estupefaciente y dinero mendaz que se iba a llevar a cabo entre el fallecido y el imputado Jesús Ángel junto con la persona que se halla pendiente de detención internacional, habiendo colaborado en la preparación de la misma en Madrid a través de la elaboración de los fajos de billetes de dinero que simulaba ser verdadero y haciendo un continuo seguimiento del desarrollo de la operación ilícita, si bien desconociendo lo que finalmente aconteció en el domicilio de Miguel Ángel . Con su actuación el acusado Héctor pretendía obtener un beneficio económico derivado de la obtención de la droga ilícita por parte del acusado Jesús Ángel y su acompañante. El acusado Ezequiel , ciudadano español, mayor de edad (nacido en fecha NUM005 -1988) y sin antecedentes penales, participó en las negociaciones de la transacción de sustancia estupefaciente actuando como emisario del acusado Dionisio , a sabiendas de que éste a su vez actuaba por cuenta del acusado Jesús Ángel y su acompañante, pero ignorando la pretensión que tenían el resto de los acusados de materializar la transacción entregando dinero mendaz. Ezequiel fue utilizado por Dionisio y a través de éste por el resto de los acusados para superar la inicial desconfianza de la víctima en base a la relación próxima a la amistad que existía entre Ezequiel y Miguel Ángel . En el momento de los hechos, Miguel Ángel mantenía una relación sentimental con convivencia con Antonieta , teniendo un hijo, Carlos Antonio (nacido en fecha NUM006 -2011), quién convivía con sus padres. Así mismo en el momento de los hechos a Miguel Ángel le sobrevivía su madre Consuelo . Al no haber sido hallada la droga se desconoce tanto su peso neto total como su porcentaje de pureza. En el momento de los hechos cuatrocientos gramos de cocaína hubieran alcanzado en el mercado ilícito un precio de 13.300 euros (trece mil trescientos euros). Las armas de fuego capacitadas para disparar cartuchos del calibre 7,65 x 17 mm Browning son pistolas semiautomáticas y revólveres, las cuales tienen la consideración administrativa de arma de fuego corta reglamentada; o bien armas de fuego automáticas o subfusiles, las cuales tienen la consideración administrativa de arma prohibida. El acusado Jesús Ángel carece de cualquier tipo de licencia o permiso de armas. A fecha de realización del presente escrito el encausado Jesús Ángel se haya sujeto a la medida cautelar de prisión provisional desde fecha 25-04-2014. Dicha medida fue prorrogada por Auto de fecha 25-01-2016, por un plazo de dos años a contar desde el vencimiento de los dos primeros años de privación de libertad cautelar. En sede de juicio oral el acusado Ezequiel reconoció plenamente su participación en los hechos asumiendo su personal responsabilidad facilitando con ello la acción de la justicia y el descubrimiento de la verdad".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"CONDENAR a Jesús Ángel , como coautor responsable de un delito de asesinato, previsto y penado en el art. 139.1 del CP , no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DIECINUEVE AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; como coautor de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego reglamentadas sin las autorizaciones pertinentes, previsto y penado en el art. 564.1.1º del CP , en relación con el artículo 3. Cat 1ª del Reglamento de Armas de 1993 (RD 137/1993, de 29 de enero), no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y como autor de un delito de robo con violencia y uso de arma en casa habitada, previsto y penado en el art. 242.1, 2 y 3, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. CONDENAR a Dionisio y Héctor como cómplices de un delito de estafa intentado, previsto y penado en el art. 248.1 , 16 y 62 del CP , no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos meses de prisión, que por aplicación del art. 71.2 del CP se sustituye por CUATRO MESES MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS. CONDENAR a Jesús Ángel , Dionisio y Héctor , como coautores, y a Ezequiel , como cómplice, de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud, previsto y penado en el art. 368 del CP , concurriendo respecto del acusado Ezequiel la atenuante analógica de confesión del art 21.7 en conexión con el art 21.4 CP , no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el resto de acusados, a la pena, a los acusados Jesús Ángel , Dionisio Y Héctor , de CINCO AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN y MULTA DE TREINTA MIL EUROS (30.000 EUROS). Asimismo, para el acusado Jesús Ángel , inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al acusado Ezequiel , la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN y MULTA DE CUATRO MIL EUROS (4.000 EUROS), con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se imponen las costas procesales a los acusados, en las que se incluirán las de la Acusación Particular, en las siguientes proporciones: Al acusado Jesús Ángel 31/48 partes. Al acusado Dionisio 7/48 partes. Al acusado Héctor 7/48 partes. Al acusado Ezequiel 3/48 partes. El acusado Jesús Ángel deberá indemnizar por el fallecimiento de Miguel Ángel a su compañera sentimental Antonieta , en la suma de CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000 euros); a su hijo Carlos Antonio en la suma de SETENTA Y CINCO MIL EUROS (75.000 euros); y a su madre Consuelo



en la suma de SESENTA MIL EUROS (60.000 euros). Dichas cantidades devengarán el interés del artículo 576 de la LEC . Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de diez días, para ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de conformidad con los arts. 846 bis a) y siguientes de la L.E.Criminal ".

Por Auto de fecha 12 de julio de 2017, se complementó la anterior sentencia, conteniendo la siguiente Parte Dispositiva:

"ACUERDO: COMPLEMENTAR la sentencia dictada en el presente procedimiento en fecha 9 de Junio de 2017 añadiendo: Primero.- En el fundamento jurídico octavo, final del apartado C): "Tratándose de una pena inferior a los dos años de prisión, careciendo el acusado de antecedentes penales y no existiendo condena de pago de responsabilidad civil, concurren los requisitos exigidos en el art. 80 del CP , por lo que se acuerda la suspensión de la pena durante el plazo de dos años condicionada a que el acusado no vuelva a delinquir durante dicho período. Es cierto que el Jurado se opuso a la suspensión, pero teniendo en cuenta la colaboración prestada por el acusado, su arrepentimiento y su arraigo familiar y laboral, el ingreso en prisión le supondría un grave perjuicio totalmente desproporcionado teniendo en cuenta la entidad de su participación en los hechos". Segundo.- En el FALLO de la sentencia, tras la condena al acusado Ezequiel : "SE SUSPENDE LA PENA DE PRISIÓN DE UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN impuesta al acusado Ezequiel durante el PLAZO DE. DOS AÑOS, condicionada a que no vuelva a delinquir durante dicho período. Notifíquese dicha suspensión al acusado requiriéndole para que no delinca durante dicho período con los advertimientos legales correspondientes en caso de incumplimiento". Notifíquese el presente auto a las partes en legal forma haciéndoles saber que contra el mismo no cabe recurso alguno".

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por las representaciones de los acusados D. Dionisio , D. Héctor y D. Jesús Ángel , dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 8 de junio de 2018 , cuya Parte Dispositiva es la siguiente:

"La SALA DE LO CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA ha decidido: C) ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jesús Ángel contra la sentencia de nueve de junio de dos mil diecisiete y el auto de complementación de doce de julio del mismo año, dictados por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Procedimiento de Jurado núm. 30/2016, en el sentido de considerar que, tanto la comisión del delito de robo con violencia en casa habitada y uso de armas como la del delito contra la salud pública relativo a sustancia de las que causan grave daño a la salud, se han producido en grado de tentativa y que ambos delitos se encuentran en relación de concurso medial y, en consecuencia, a. CONDENAR a D. Jesús Ángel , como autor responsable de un delito intentado de robo con violencia en casa habitada y uso de armas en la relación de concurso descrita en el art. 77.1 CP con un delito intentado contra la salud pública relativo a sustancia de las que causan grave daño a la salud, a la pena única de CUATRO AÑOS Y TRES MESES de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, en lugar de las que le fueron impuestas por dichos delitos en la sentencia recurrida, manteniendo íntegramente los demás pronunciamientos contenidos en dicha sentencia en relación a este acusado; b. DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de D. Dionisio y D. Héctor contra las indicadas resoluciones judiciales, sin perjuicio de los efectos que quepa reconocerles, por mor de lo dispuesto en el art. 903 LECrim , derivados de la estimación parcial del recurso interpuesto por la representación del acusado Jesús Ángel y, en consecuencia, c. CONDENAR a D. Dionisio , como cómplice de un delito intentado de estafa en la relación de concurso descrita en el art. 77.1 CP con un delito intentado contra la salud pública relativo a sustancia de las que causan grave daño a la salud, en este caso en concepto de autor responsable, a las penas de TRES AÑOS de prisión, con igual tiempo de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y MULTA de 15.000 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de UN MES Y QUINCE DÍAS, en lugar de las que le fueron impuestas por dichos delitos en la sentencia recurrida, manteniendo íntegramente los demás pronunciamientos contenidos en dicha sentencia en relación a este acusado; 1. CONDENAR a D. Héctor , como cómplice de un delito intentado de estafa en la relación de concurso descrita en el art. 77.1 CP con un delito intentado contra la salud pública relativo a sustancia de las que causan grave daño a la salud, en este caso como autor responsable, a las penas de TRES AÑOS de prisión, con igual tiempo de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y multa de 15.000 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de UN MES Y QUINCE DÍAS, en lugar de las que le fueron impuestas por dichos delitos en la sentencia recurrida, manteniendo íntegramente los demás pronunciamientos contenidos en dicha sentencia en relación a este acusado; y 2. CONDENAR a D. Ezequiel , como cómplice de un delito intentado contra la salud pública relativo a sustancia de las que causan grave daño a la salud, a las penas de NUEVES MESES de prisión, con igual tiempo de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y MULTA de 2.000 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de VEINTE DÍAS, en lugar de las que le fueron impuestas por dichos delitos en la sentencia recurrida, manteniendo íntegramente los demás pronunciamientos contenidos en dicha sentencia en relación a este



acusado, incluyendo el relativo a la suspensión de la pena dispuesta por el auto de la Magistrada-Presidente de 12 julio 2017 y Notifíquese la presente resolución al Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de los acusados D. Dionisio , D. Héctor y D. Jesús Ángel , 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.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Dionisio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de precepto constitucional, con fundamento en el artículo 852 de la L.E.Criminal , en relación con el artículo 24 de la CE , por considerar que se ha vulnerado el principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.- Infracción de ley conforme el artículo 849.1 y 2 de la LECrim ., por considerar infringido precepto penal sustantivo y en concreto, la aplicación indebida de los artículos 248.1 y 368 del Código Penal .

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Héctor** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del punto 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del art 852 de la Ley de Enjuiciamiento por estimar que se ha vulnerado el principio de Presunción de Inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española al condenar a mi defendido por un delito intentado contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del art. 368.1 con relación al 16.1 y 62 del Código Penal .

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos por aplicación del art. 368 que tipifica el delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 846 bis c) apartado b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender vulnerado el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española con relación al art. 29 del Código Penal que recoge la figura de la complicidad.

Cuarto.- Al amparo del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto legal por inaplicación al art. 29 del Código Penal que recoge la figura de la complicidad.

Quinto.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos por aplicación del art. 249 que tipifica el delito estafa; por inaplicación del art. 8 sobre concurso de normas, y art. 28 y 29 sobre autoría y participación.

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jesús Ángel** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de preceptos constitucionales al amparo de lo establecido en el art. 852 L.E.Cr . y art. 5.4 L.O.P., por vulneración del art. 24.2 de la C .E. -derecho a la presunción de inocencia- por inexistencia de prueba de cargo válidamente constituida, inexistencia real de prueba de cargo para fundar la condena.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr . en relación con el art. 139.1 por inaplicación del art. 10 del mismo cuerpo legal , por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo.

Tercero.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr . en relación con el art. 564.1º del Código Penal en relación con el art. 3 cat. 1ª del Reglamento de Armas de 1993 por inaplicación de dicho art. en relación con el art. 20.2 , 21.2 y 21.7 del mismo cuerpo legal , por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, impugnó los mismos, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular, que impugnó igualmente los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 24 de abril de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la Sentencia N° 49/2018 , dictada el día 8 de junio de 2018, por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Cataluña, resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 9/11/2017 dictada por la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona .

En lo que respecta a los recurrentes, y tras la sentencia del TSJ, se condenó a Jesús Ángel , como autor de un delito de asesinato, a pena de 19 años de prisión, por un delito de tenencia ilícita de armas, a pena de dos años de prisión y por un delito de robo en grado de tentativa, en concurso con un delito contra la salud pública, en grado de tentativa, a la pena de 4 años y tres meses de prisión y a Dionisio , y a Héctor , como cómplices de un delito de estafa en grado de tentativa en concurso con un delito intentado contra la salud pública, en este caso en concepto de cooperadores necesarios, a la pena de tres años y multa.

RECURSO DE Jesús Ángel

SEGUNDO.- 1.- Por infracción de preceptos constitucionales al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y artículo 5.4 LOPJ , por vulneración del artículo 24.2 CE , derecho a la presunción de inocencia por inexistencia de prueba de cargo válidamente constituida, inexistencia real de prueba de cargo para fundar la condena.

Hay que precisar, en primer lugar, que como ya hemos señalado en otras ocasiones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación contra las sentencias del Magistrado Presidente del Tribunal de Jurado, debemos insistir - SSTS 151/2014 de 4 marzo , 310/2014 27 marzo -, en que el recurso de casación en los procedimientos de Jurado se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional.

Más extensamente, la STS. 289/2012 de 13.4 , señala: "Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal del Jurado. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos".

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.



Pues bien, habiéndose planteado el motivo 1º en relación a la vulneración de la presunción de inocencia e inexistencia de prueba de cargo formalmente válida hay que señalar que sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada, (STS. 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2 , 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12 , STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim , pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso, es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a



los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE , sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar, **debe analizar el "juicio sobre la prueba"** , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"** , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"** , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 :

" **El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral** .

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical** .

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , o de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la



culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de **verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada**, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria –art. 9.3º–, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).

En consecuencia, debemos proceder al examen de este mismo motivo planteado ante el TSJ y la respuesta motivada del Tribunal en cuanto en el caso actual las cuestiones planteadas en el motivo ya lo fueron en el previo recurso de apelación y asumidas por el TSJ, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida del Tribunal.

Desglosamos cuáles han sido los elementos de prueba tenidos en cuenta por el TSJ para la desestimación del recurso de apelación.

1.- Elementos de convicción con los que contó el Jurado para emitir su veredicto condenatorio contra este recurrente (Jesús Ángel) por los delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas

Se plantea, pues, que no ha existido prueba de cargo bastante para dictar sentencia condenatoria, motivo que ya fue planteado ante el TSJ en el recurso de apelación, debiendo proceder al examen acerca de la valoración de la prueba practicada, y en este sentido hace mención la sentencia del TSJ a la presencia del recurrente "- en unión de su acompañante fugado (" Ganso ") - en el piso de la víctima (Miguel Ángel) el día 4 octubre 2013, en el preciso momento en que ocurrieron los hechos que aquí se enjuician, para negociar con ella la adquisición de una partida de droga, que, en virtud de los tratos preliminares realizados el día anterior en un locutorio entre Miguel Ángel y el coacusado Dionisio , habría de ser de unos 400 gramos de cocaína, se consideró acreditada en base a:

- a. **La confesión del propio acusado Jesús Ángel , que admitió ante el Jurado haber estado en casa de la víctima en compañía de otra persona (" Ganso ") y haber llevado la bolsa con el dinero falso ;**
- b. **La declaración del coacusado Ezequiel , amigo de la víctima (Miguel Ángel), que fue el que puso en contacto a esta con el acusado (Jesús Ángel), por intermedio del también acusado Dionisio , y les condujo a su casa y les esperó en el coche estacionado a la puerta del inmueble durante el breve tiempo -unos 10 minutos- que duró el encuentro saldado con la muerte de aquella;**



c. La declaración de un testigo protegido (" Palillo "), vecino de rellano de Miguel Ángel , que lo vio vivo y habló con él poco antes de recibir la visita del principal acusado (Jesús Ángel) y de su acompañante (" Ganso ") en su vivienda, vio entrar a, los visitantes y luego los vio salir transcurridos unos minutos, reconociendo al recurrente (Jesús Ángel), y vio y habló de nuevo con Miguel Ángel instantes después, cuando yacía herido de muerte en su sofá;

d. El acta de inspección ocular (fol. 33 o 239 del Testimonio de Instrucción [TI]) y el informe fotográfico de la Policía Científica aportado por el Fiscal como prueba nueva en el acto de la vista (fol. 433-441 del Rollo del Tribunal del Jurado [RTJ]), que documenta el hallazgo en la vivienda de la víctima del teléfono móvil SAMSUNG de color rojo (NUM007) del acusado y de una bolsa de papel satinado con dibujos navideños que contenía un fajo de billetes falsos envuelto en papel film, en los que, tras la oportuna pericial ofoscópica (fol. 916-925 y 962-981 TI) se hallaron 7 huellas dactilares del acusado (Jesús Ángel); y

e. **La declaración de otro testigo protegido (" Bigotes "), que estuvo presente en el piso de Miguel Ángel cuando sucedieron los hechos y que, si bien no reconoció directamente al acusado recurrente (Jesús Ángel) -el Fiscal anunció en el acto de la vista que se proponía dirigir acusación contra él por falso testimonio-, sí pudo establecer que los dos visitantes negociaron con Miguel Ángel la transacción de un alijo de cocaína y que fue el recurrente (Jesús Ángel), al que individualizó por su conducta y por su vestimenta, el que sacó la pistola.**

Por lo que respecta a la **tenencia y/o disponibilidad en dicha ocasión por el acusado principal (Jesús Ángel) de un arma de fuego real y a su utilización por él o por su acompañante (" Ganso ") para la perpetración del asesinato alevoso de Miguel Ángel , conforme al plan previamente acordado** para el caso de que este descubriera la falsedad de los billetes con los que pretendían pagarle la sustancia estupefaciente, los elementos de convicción consistieron en:

a.- **La autopsia efectuada por los doctores forenses Luis Angel y Amador (fol. 258-265, 1073-1074 y 1133-1134 TI), de la que resulta que Miguel Ángel murió por disparo con arma de fuego efectuado a corta distancia** que le produjo un traumatismo craneo encefálico, sin que pudieran apreciarse señales de forcejeo o de lucha;

b.- **El acta de inspección ocular levantada por los MMEE NUM008 , NUM009 y NUM010 (fol. 33 o 239 TI), de la que resulta que en el suelo del comedor de la vivienda del fallecido (Miguel Ángel) se encontró una vaina percutida del calibre 7,6 Browning y se halló el proyectil, además de manchas de sangre de la víctima en el sofá, en el suelo y en la pared del comedor, pero no se observaron signos aparentes de violencia o de lucha;**

c. La pericial balística (fol. 1171-1174 TI) realizada por el Laboratorio Central de Balística Forense de la Comisaría General de Policía Científica (CNP NUM011 y NUM012), según la cual la vaina percutida encontrada en el domicilio del fallecido se corresponde con la encontrada en un incidente similar acaecido en Madrid, en el que había estado relacionado como sospechoso el acusado recurrente (Jesús Ángel), que se negó a responder a las preguntas del Fiscal cuando fue interrogado sobre su implicación en dicho suceso;

d. La declaración del testigo protegido " Palillo ", de la que resulta que el acusado recurrente (Jesús Ángel), al que reconoció en fotografía (fol. 160-161 RDD) y en rueda (fol. 1177 RDD), entró primero en la vivienda de Miguel Ángel y salió apresuradamente transcurridos unos minutos, junto con su acompañante (" Ganso "), tras oírse la detonación de un disparo de arma de fuego;

e. La declaración del testigo protegido " Bigotes ", que dijo que "el que iba más elegante", con quien minutos antes había coincidido en el ascensor -refiriéndose inequívocamente al acusado Jesús Ángel , que no tuvo más remedio que admitirlo-, fue el que "sacó la pistola";

f. La declaración del testigo Romualdo , que esperaba al volante de su camión de reparto parado en un semáforo delante del portal de la vivienda de la víctima (Miguel Ángel), del que en un momento dado vio salir a la carrera a dos individuos que se subieron a un SEAT Toledo, que arrancó rápidamente y del que facilitó la matrícula a la Policía; y

g. La declaración del coacusado Ezequiel , que en el juicio oral dijo que él esperó en el coche al acusado (Jesús Ángel) y a su acompañante (" Ganso ") y que, tras estar unos minutos en el piso de Miguel Ángel , bajaron los dos juntos "medio rápido", sin discutir y que no es cierto que, como aseguró el acusado (Jesús Ángel), este echara del coche a su acompañante como muestra de desacuerdo por lo ocurrido en el piso de la víctima (" Ganso ")".

Con ello, el TSJ puntualiza que:



- 1.- La declaración del coacusado Ezequiel no constituyó la única prueba de cargo y ni siquiera la prueba esencial de la autoría del acusado Jesús Ángel de los delitos de asesinato y de tenencia ilícita de armas de fuego.
- 2.- No existe el menor indicio de participación de Ezequiel en dichos delitos, ni tampoco de conocimiento previo de que fueran a ser cometidos, por lo que no cabe sospechar que su cambio de versión en el juicio oral y el supuesto "trato de favor" que le hayan dispensado las acusaciones haya podido servir para ocultar algún grado de responsabilidad en dichas conductas.
- 3.- Hallazgo del teléfono móvil del propio recurrente (Jesús Ángel) en la escena del delito, junto al de un fajo de billetes falsos en el interior de una bolsa de papel satinado en los que se revelaron diversas huellas dactilares suyas, así como del reconocimiento de identidad de que fue objeto por el vecino de la víctima, al entrar y al salir del piso de Miguel Ángel , las pruebas que sirvieron para acreditar su presencia en el lugar de los hechos, que, por cierto, él mismo se vio obligado a admitir pese a su negativa a reconocer la autoría de los hechos.
- 4.- Reconocimiento de la titularidad del teléfono móvil SAMSUNG rojo hallado durante la inspección ocular, encima de la mesa del comedor a la que -según declaró el testigo protegido " Bigotes "- se sentaron él (Jesús Ángel) y su acompañante (" Ganso ") a departir con la víctima (Miguel Ángel), el Jurado pudo conocer los resultados del análisis de su contenido y de sus movimientos en las horas anteriores al crimen, así como el del GPS del vehículo SEAT Toledo utilizado por él (Jesús Ángel) para viajar desde Madrid a Barcelona el día anterior y para volver a la capital en la tarde del mismo día del crimen, así como para huir del domicilio de Miguel Ángel después de asesinarlo, por lo que no albergó ninguna duda de que se trataba de su teléfono móvil (NUM007), lo que, además, fue corroborado también otro coacusado (Héctor), que se comunicaba frecuentemente con él por medio del mismo y respecto de cuya declaración nada ha objetado el recurrente (Jesús Ángel).
- 5.- Las huellas dactilares del recurrente (Jesús Ángel) fueron positivadas, además de en la bolsa que apareció en la misma mesa de comedor en que fue hallado el teléfono móvil, que contenía el fajo de billetes falsos, en el interior del film transparente que envolvía estos y en los recortes de papel que simulaban billetes, por lo que su relación con este elemento esencial para comprender la motivación de los hechos no puede considerarse meramente accidental o episódica, como pretende hacer creer el recurrente (Jesús Ángel), sino, por el contrario, principal y determinante.
- 6.- El testigo Palillo fue el primero que entró en el piso, derribando la puerta, tras el disparo y la huida de los agresores, como corroboró el otro testigo protegido (" Bigotes "), y después de hablar con la víctima moribunda y de recibir de esta una breve pero significativa indicación, en plural, sobre quiénes fueron los autores del disparo -"los negros, los negros"-, salió inmediatamente a la ventana para gritarla con la vana esperanza de que fueran detenidos, siendo visto y oído entonces por algún testigo completamente ajeno a los hechos (Lucio).
- 7.- Instantes después de la detonación, los dos individuos - Jesús Ángel y " Ganso "- fueron vistos salir juntos del piso de la víctima por el testigo protegido " Palillo ", que además reconoció a Jesús Ángel y le vio guardarse "algo" en la cintura.
- 8.- También fueron vistos salir corriendo juntos a la calle -es indiferente que fueran a la par o uno detrás del otro, como se cuestiona el recurrente- del portal del inmueble donde vivía Miguel Ángel por un testigo (Romualdo), que también los vio también subir juntos a un SEAT Toledo que estaba estacionado a su altura y del que facilitó la matrícula a la Policía, que pudo localizarlo gracias a ello, como explicó el responsable policial de la investigación (NUM013). Téngase en cuenta que, aunque este testigo (Romualdo) no pudo identificar al acusado (Jesús Ángel), el hecho de que declarara sin ninguna duda que ambos se subieron juntos al citado vehículo, junto al hecho de hallarse plenamente probado que se trató del coche del acusado (Jesús Ángel) -lo que este admitió-, significa, probatoriamente, tanto como reconocerlo a él.
- 9.- El coacusado Ezequiel también los vio salir juntos del portal del inmueble donde vivía Miguel Ángel y añadió que, cuando se subieron al coche, uno (Jesús Ángel) delante y otro (" Ganso ") detrás, no discutieron, y que " Jesús Ángel no expulsó del coche a Ganso ", si bien observó al primero "nervioso o cabreado" cuando le dijo que "no se había hecho la transacción" y le advirtió que "no llamara a Miguel Ángel " .

Elementos de convicción por lo que se refiere a la condena por el delito de robo con violencia en casa habitada y uso de armas y delito de tráfico de drogas, pero en grado de tentativa.

Se citan como elementos de convicción como pruebas que llevan al Tribunal a la convicción de la autoría del delito de tráfico de drogas los siguientes:



- 1.- La declaración del propio acusado (Jesús Ángel), que admitió haber oído a su acompañante (" Ganso ") y a la víctima "acordar el precio de la droga" y haber tenido que bajar en un momento dado al coche a buscar una bolsa, que, según pudo ver mientras volvía a subir, tenía varios fajos de billetes;
- 2.- La declaración del acusado Ezequiel , que explicó que, con la intermediación del acusado Dionisio , puso en contacto al acusado (Jesús Ángel) y a su acompañante con la víctima (Miguel Ángel) para negociar la adquisición de una partida de droga;
- 3.- La declaración del testigo protegido " Palillo ", que dijo que cuando entró en el piso de la víctima tras la huida del acusado (Jesús Ángel) y de su acompañante, oyó a la víctima moribunda decir, en plural, "los negros, los negros", y al testigo protegido " Bigotes ", "nos han robado, nos han robado", lo que este manifestó no recordar, sin llegar a negarlo, si bien el Jurado pudo comprobar que admitió haberlo dicho en su declaración ante el Juez de Instrucción (fol. 474 RTJ);
- 4.- La declaración del testigo protegido " Bigotes ", que observó que la víctima se sentó con los dos visitantes a la mesa del comedor, aunque le dijera al Jurado que no escuchó la conversación pese a estar en la misma habitación;
- 5.- El acta de inspección ocular, levantada por los MMEE NUM008 , NUM009 y NUM010 (fol. 33 o 239 TI), en el que consta el hallazgo, además del fajo de dinero falso, de **tres bolsas de plástico conteniendo polvo blanco, que, tras el oportuno dictamen del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses -INTCF (fol. 684-686 y 1593-1594)-, resultaron ser 48,69 gramos de cocaína con una pureza del 76% -37 gramos de cocaína base-, 0,68 gramos de cocaína con una pureza del 84% -0,57 gramos de cocaína base- y 120,9 gramos de la sustancia de corte fenacetina; y**
- 6.- La pericial lofoscópica (fol. 915-925 y 973-981 TI) de la Policía Científica de los MMEE, que permitió localizar en el fajo de papeles blancos cortados a modo de billetes de curso legal 7 huellas del acusado Jesús Ángel en el interior del film que envolvía el fajo de billetes falsos, en estos y en los dos billetes de 50 euros que servían para darles la apariencia de auténticos.
- 7.- Con respecto a la falsedad de la versión exculpatoria del acusado (Jesús Ángel), según la cual todo lo habrían organizado y acordado su acompañante fugado (" Ganso ") y el acusado Ezequiel , que fue quien les proporcionó todos los datos de la víctima, limitándose él a acompañar con su coche desde Madrid a " Ganso ", los elementos de convicción, además de los ya mencionados, radicaron en:
 - a.- La documental relativa al volcado del GPS del vehículo utilizado por el acusado Jesús Ángel y por su acompañante para trasladarse a Barcelona desde Madrid, del que, además, informó el NUM013 (fol. 1538-1552 RDD) y del que resulta que cuando llegaron a Barcelona fueron directamente a encontrarse con el acusado Dionisio , no con Ezequiel ;
 - b.- La declaración de los testigos protegidos " Bigotes " y " Palillo ", el primero (" Bigotes ") de los cuales dijo que "el que iba más elegante", con quien minutos antes había coincidido en el ascensor -esta coincidencia fue admitida por el propio acusado (Jesús Ángel)-, fue el que "sacó la pistola", y el segundo (" Palillo ") declaró que, tras escuchar un ruido y mirar por la mirilla de su puerta, vio salir a dos hombres juntos y que el que llevaba "americana", al que identificó en la rueda de reconocimiento como el acusado (Jesús Ángel), se escondía una cosa en el cinturón, y que, si bien salieron andando, en el segundo piso echaron a correr; y
 - c.- La declaración del acusado Ezequiel , según el cual el acusado Jesús Ángel llevaba americana ese día, y la del testigo Romualdo -"que estaba con su camión en el semáforo"-, que dijeron haber visto salir corriendo juntos del portal del inmueble donde vivía la víctima y subirse también juntos al coche a Jesús Ángel y a su acompañante (" Ganso "), tras lo cual "arrancaron corriendo, saltándose un semáforo rojo, por lo que casi atropellan a una persona".
- 8.- El Jurado consideró probado que el acusado (Jesús Ángel), junto con su acompañante fugado (" Ganso "), acudieron al domicilio de Miguel Ángel para adquirir "la cantidad aproximada de 400 gramos de cocaína con la finalidad posterior de destinar dicha sustancia a la venta o al intercambio por objetos valiosos" (hecho desfavorable 20). Esta "finalidad" o intención la dedujo el Jurado, principalmente, de la declaración de Ezequiel , corroborada, de alguna manera, por el propio acusado (Jesús Ángel), que reconoció haber oído a su acompañante (" Ganso ") acordar el precio de una partida de droga con Miguel Ángel .
- 9.- La declaración de Ezequiel se vio también corroborada por el hallazgo de un fajo de billetes falsos con las huellas del acusado (Jesús Ángel) en la misma mesa del comedor que fue encontrado su teléfono móvil, sentados a la cual, según el testigo protegido " Bigotes ", se llevaron a cabo los tratos sobre la droga por los dos visitantes y por Miguel Ángel , lo que demuestra que la intervención del acusado (Jesús Ángel) en dichos tratos fue más relevante de que estuvo dispuesto a admitir.



10.- La declaración de Ezequiel , según la cual Miguel Ángel se dedicaba a la venta de droga, en concreto cocaína, se vio también corroborada por el hallazgo de cierta cantidad de esta sustancia, en concreto, casi 50 gramos (49,37) con un alto grado de pureza (37,57 gr. de cocaína base), además de casi 121 gramos de sustancia de corte (fenacetina), en una habitación dedicada a trastero o almacén, dentro de un frasco de vidrio y repartidos en tres bolsas de plástico, según resulta del acta de inspección ocular (fol. 33 o 239 TI) y del correspondiente reportaje fotográfico (fol. 375 RDD).

11.- En el hecho desfavorable 7, declarado unánimemente probado por el Jurado, se da por supuesta la existencia de la partida de droga sobre la que giraban los tratos del acusado (Jesús Ángel) con la víctima (Miguel Ángel), al señalar que en el domicilio de esta "se encontraba también la persona que había ayudado a conseguir la droga". Esta referencia solo puede corresponder al testigo protegido " Bigotes " -era el único que estaba allí, además del fallecido y del acusado (Jesús Ángel) y su acompañante-, contra el que, sin embargo, no se dirigió ninguna acción penal por estos hechos.

12.- No existe duda de que Miguel Ángel se dedicaba, de forma más o menos ocasional, a vender droga, en concreto cocaína, lo que se acredita por el hallazgo en su domicilio, durante la inspección ocular llevada a cabo por los investigadores policiales, de casi 50 gramos de gran pureza de esta sustancia y de más de 100 gramos de fenacetina, destinada al corte de aquella.

13.- Tampoco existe duda de que el acusado (Jesús Ángel) y su acompañante (" Ganso ") fueron a casa de Miguel Ángel a adquirir droga en una cantidad importante, cercana a los 400 gramos, según resulta acreditado por la declaración del coacusado Ezequiel , que dijo que, con esta finalidad, había puesto en contacto a su amigo Miguel Ángel , primero, con Dionisio , el día anterior al de los hechos en un locutorio y, después, con el recurrente (Jesús Ángel) y a su acompañante (" Ganso "), a los que acompañó el día 4 octubre 2013 a casa de su amigo, esperando en la calle, dentro de un coche, mientras se llevaban a cabo los tratos para la venta de la sustancia. Este dato resultó corroborado por el propio recurrente (Jesús Ángel) que, aunque pretendiera exculparse, admitió haber oído hablar a su acompañante (" Ganso ") y a Miguel Ángel del precio de esa partida de droga, así como admitió que, en ese contexto, subió al piso de Miguel Ángel unos fajos de dinero falso en una bolsa que, en un momento preciso, recogió de su coche estacionado a la puerta del inmueble, uno de los cuales fue hallado allí por los investigadores con sus huellas dactilares impresas en la bolsa, en el envoltorio y en los billetes.

Sin embargo, el Tribunal señala que "de estos dos sencillos datos -que Miguel Ángel se dedicaba a vender droga y que el acusado (Jesús Ángel) y su acompañante (" Ganso ") fueron a su casa a comprar una cantidad relativamente importante de cocaína- **no puede extraerse sin más la conclusión de que estos se acabaron llevando efectivamente de allí la droga que fueron a buscar, después de asesinar a Miguel Ángel** ".

Por ello, el Tribunal le condena en lugar de los delitos consumados de robo con violencia y contra la salud pública a los que se refiere la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial, como autor responsable de un delito intentado de robo con violencia en casa habitada y uso de armas (arts. 16.1 , 62 y 242.1 , 2 y 3 CP) y de un delito, también intentado, contra la salud pública referido a sustancia de las que causan grave daño a la salud (arts. 16.1 , 62 y 368.1 CP).

Se constata que existió prueba bastante para el dictado de una sentencia condenatoria. El Tribunal ha concatenado las pruebas que se llevaron a cabo a presencia del Tribunal y cuáles fueron las tenidas en cuenta como de cargo como para sustentar la condena por los delitos por los que ha sido condenado el recurrente, aunque cierto y verdad es que el TSJ estimó parcialmente su recurso de apelación en el sentido de considerar que, tanto la comisión del delito de robo con violencia en casa habitada y uso de armas como la del delito contra la salud pública relativo a sustancia de las que causan grave daño a la salud, se han producido en grado de tentativa y que ambos delitos se encuentran en relación de concurso medial. Pero no puede aceptarse la pretensión de castigar por un solo delito, como pretende el recurrente, y que fue debidamente resuelto en la sentencia del TSJ en el FD 6º donde se añade que no puede admitirse la pretensión del recurrente que, también, formuló este extremo en la apelación de que "los delitos de asesinato (art. 139.1a CP) y de robo con violencia en casa habitada con uso de armas (art. 242.1 , 2 y 3 CP) son producto de "un solo hecho", por lo que, en su caso, deberían haber sido castigados, como un concurso ideal del art. 77.1 CP , con una sola pena, la correspondiente al delito más grave en su mitad superior".

El TSJ desestimó este motivo con acierto, lo que debe ser confirmado, señalando "la norma concursal contenida en el propio art. 242.1 CP , que obliga a castigar al culpable del delito de robo con violencia por "los actos de violencia física que realizase" separadamente, como si se trata de un concurso real (art. 73 CP), por las penas de aquel y las de estos".



Por todo ello, se considera que ha habido prueba bastante para la condena y prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia. Además, el TSJ ha graduado la determinación de los hechos en cuanto a la estimación parcial del recurso de apelación en los términos ya indicados.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 139.1 por inaplicación del artículo 10 del mismo cuerpo legal por haber infringido precepto penal es de carácter sustantivo".

Se alega por el recurrente que *"se ha aplicado indebidamente el artículo 139.1 del CP, porque no se ha acreditado que su representado llevara el arma, o que supiera que la llevara la otra persona, o el objeto de subir al inmueble de la víctima. Afirma que negó saber que se portaba un arma, negó saber que Ganso subía a Barcelona con el fin de obtener una partida de droga, negó que Ganso ni mucho menos él, hubiesen preconcebido un plan para acabar con la vida Miguel Ángel, negó que supiera que Ganso iba a emplear el arma, negó que estuviera presente en el disparo, situándose fuera del domicilio cuando ocurrió y, por ende, negó haber podido hacer algo al respecto (entre otras cuestiones porque el arma no ha sido hallada ni se le practicaron pruebas de parafina a mi representado para ver si se hallaban restos)"*.

Pues bien, se recoge como hechos probados respecto al delito de asesinato que: *"Sobre las 13:20 horas del día 4 de octubre de 2013, el acusado Jesús Ángel, ciudadano español, mayor de edad (nacido en fecha NUM000 -1989) y con antecedentes penales no computables a los efectos de reincidencia, en compañía de otra persona no juzgada por encontrarse pendiente de detención internacional al haberse dado a la fuga, acudió al domicilio de Miguel Ángel, sito en CALLE000 número NUM001, NUM002 - NUM002 de Barcelona, a fin de adquirir de éste una cantidad de droga, que después de unos tratos preliminares por una cifra mayor, se acabó o fijando aproximadamente en unos cuatrocientos gramos de cocaína con la finalidad posterior de destinar dicha sustancia a la venta o al intercambio por objetos valiosos.*

En este contexto, el acusado Jesús Ángel, con la pretensión de asegurarse su propósito criminal, el día anterior se había desplazado desde Madrid con aquella persona pendiente de búsqueda internacional, siendo portadores de un arma de fuego con capacidad para disparar cartuchos del calibre 7,65 x 17 mm Browning, la cual se encontraba en perfecto estado de funcionamiento, así como de varios fajos de papeles simulando ser dinero.

*Una vez en el domicilio de Miguel Ángel, a la hora indicada del día 4 de octubre de 2013, Jesús Ángel y su acompañante iniciaron los tratos para la transacción de cocaína con Miguel Ángel, estando también presente el Testigo Protegido con apodo " Bigotes ", sin que el acusado y su acompañante tuvieran intención alguna de pagar dinero pretendiendo servirse de los fajos de papel que simulaban ser dinero. En un momento determinado la víctima se percató de que el dinero que le pretendían entregar era mendaz. En ese momento, **puestos de común acuerdo el encausado Jesús Ángel con la otra persona**, que no se halla a disposición judicial en cuanto al plan a ejecutar, y a la, al menos, muy elevada probabilidad de tener que usar el arma de fuego, y actuando por ello con el común ánimo de acabar con la vida de Miguel Ángel, o en todo caso, conociendo y asumiendo las altas probabilidades que existían de acabar con ella si actuaban en la forma en que lo hicieron, **uno de ellos con la anuencia del otro, efectuó un disparo contra aquél a muy corta distancia con el arma de fuego de la que eran portadores. Dicho disparó impactó en la cabeza de la víctima, ocasionándole un traumatismo craneo encefálico que derivó en un colapso funcional que desembocó en su muerte irreversible** en instalaciones hospitalarias a las 11:30 horas de fecha 07-10-2013. **Todo ello aconteció sin que Miguel Ángel pudiera percatarse del ataque mortal del que iba a ser víctima y sin que, por tanto, pudiera hacer defensa alguna**".*

Se han citado con ocasión del motivo precedente las razones numeradas a modo de indicios concurrentes que llevaron al jurado a la plena convicción de la comisión del delito de asesinato por el recurrente, ya que junto con los extremos citados hay que señalar que el TSJ señala que:

1.- A pesar de haber quedado suficientemente demostrada la relación directa entre el recurrente (Jesús Ángel) y el arma de fuego, por si le cupiera al Jurado alguna duda sobre quién la disparó, él o " Ganso ", el testimonio de " Bigotes " sirvió para disiparlas, cuando dijo que en el momento de mostrarle el arma el recurrente (Jesús Ángel) y de obligarle a tumbarse boca abajo en el sofá, no oyó ninguna discusión, lo que vale tanto como decir que no hubo ninguna disparidad de criterio entre ellos respecto al uso del arma antes de dispararla.

2.- Tampoco existió ninguna discrepancia después. A este respecto, son valiosos tres testimonios -uno de ellos impropio, el de Ezequiel - que aportaron otros tantos datos igualmente relevantes para acreditarlo.

3.- En efecto, instantes después de la detonación, los dos individuos - Jesús Ángel y " Ganso "- fueron vistos salir juntos del piso de la víctima por el testigo protegido " Palillo ", que además reconoció a Jesús Ángel y le vio guardarse "algo" en la cintura.



4.- No puede admitirse que este reconocimiento de identidad del acusado resulte discutible por el hecho de que hubiera sido visto a través de una mirilla, porque el propio acusado admitió que estuvo allí y que pasó por delante de la puerta del testigo en la ocasión descrita por este. Con mayor razón puede afirmarse que no es discutible que el testigo pudiera ver dos personas salir juntas del piso de su vecino y bajar por las escaleras, ni tampoco que se apercibiera -por el sonido de sus pisadas- de que a la altura del segundo piso aceleraron su paso.

5.- También fueron vistos salir corriendo juntos a la calle -es indiferente que fueran a la par o uno detrás del otro, como se cuestiona el recurrente- del portal del inmueble donde vivía Miguel Ángel por un testigo (Romualdo), que también los vio también subir juntos a un SEAT Toledo que estaba estacionado a su altura y del que facilitó la matrícula a la Policía, que pudo localizarlo gracias a ello, como explicó el responsable policial de la investigación (NUM013).

6.- Téngase en cuenta que, aunque este testigo (Romualdo) no pudo identificar al acusado (Jesús Ángel), el hecho de que declarara sin ninguna duda que ambos se subieron juntos al citado vehículo, junto al hecho de hallarse plenamente probado que se trató del coche del acusado (Jesús Ángel) -lo que este admitió-, significa, probatoriamente, tanto como reconocerlo a él.

7.- Este testigo (Romualdo) le dijo al Jurado que, cuando los dos se subieron al coche, "uno... [por] la puerta del copiloto y el otro detrás... arrancaron corriendo, se saltaron un semáforo y casi atropellan a una persona". Por tanto, ninguno se quedó en tierra.

8.- El coacusado Ezequiel también los vio salir juntos del portal del inmueble donde vivía Miguel Ángel y añadió que, cuando se subieron al coche, uno (Jesús Ángel) delante y otro (" Ganso ") detrás, no discutieron, y que " Jesús Ángel no expulsó del coche a Ganso ", si bien observó al primero "nervioso o cabreado" cuando le dijo que "no se había hecho la transacción" y le advirtió que "no llamara a Miguel Ángel ".

9.- La Magistrada-Presidente construyó la autoría del asesinato -teniendo en cuenta que solo era juzgado uno de los coautores- sobre la base del **pactum scaeleris que implicaba que uno de los dos llevase una pistola y la usase, en su caso, para asegurar la ejecución del objetivo común -o, también en su caso, para procurar la huida si se torcían las cosas-** .

10.- La prueba de dicho acuerdo la dedujo la Magistrada-Presidente, conforme a las reglas de la lógica y del comportamiento humano, del hecho de que **ambos (Jesús Ángel y " Ganso ") llegaron juntos desde Madrid con un propósito común, adquirir un alijo de droga, que se alojaron juntos en casa del coacusado Dionisio , que llegaron juntos a casa de Miguel Ángel guiados por Ezequiel y, sobre todo, del hecho de que huyeran juntos tras disparar a Miguel Ángel en la cabeza sin dar muestras públicas de ningún desacuerdo respecto al uso del arma.**

11.- En la sentencia de la Audiencia Provincial se afirma que, aunque existe prueba suficiente de que fue Jesús Ángel el que disparó contra Miguel Ángel causándole la muerte, es indiferente que lo hubiese hecho su acompañante (" Ganso "), porque **existe también prueba suficiente de que ambos conocían el aporte del arma y de que actuaron de común acuerdo con el objetivo de lograr la droga.**

En este sentido, existía un acuerdo de voluntades con un propósito común en ambos del empleo del arma de fuego, que se llevó a cabo. La impugnación del recurrente plantea la negativa a la autoría de los hechos, pero el resultado de la concurrencia de los indicios que se han expuesto con detalle llevan a la plena convicción de la **"tenencia y/o disponibilidad en dicha ocasión por el acusado principal (Jesús Ángel) de un arma de fuego real y a su utilización por él o por su acompañante (" Ganso ") para la perpetración del asesinato alevoso de Miguel Ángel , conforme al plan previamente acordado"**.

Se han citado, así, una pluralidad de indicios concurrentes que llevan a esa convicción de la autoría del asesinato. No se cuestiona la calificación jurídica, sino la inexistencia de la autoría misma respecto del crimen, y ante ello, hay que precisar que respecto del valor de la prueba indiciaria como prueba en el proceso penal la prueba indiciaria que aquí se recoge para sustentar la condena ha sido y es utilizada como prueba en el proceso penal en multitud de casos en los que no existe prueba directa y es preciso acudir al enlace preciso y directo que proporcionan sucesivos indicios que debidamente concatenados dan lugar a la existencia de una prueba tenida como "de cargo" por el Tribunal y que es admitida para enervar la presunción de inocencia.

Esta sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la validez de la prueba de indicios, y así:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 548/2009 de 1 Jun. 2009, Rec. 1644/2008 .

"La prueba indiciaria supone un proceso intelectual complejo que reconstruye un hecho concreto a partir de una recolección de indicios. Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos. Y como quiera que cuando se pone en marcha la cadena lógica, nos adentramos en



el terreno de las incertidumbres, la necesidad de un plus argumentativo se justifica por sí sola. El juicio histórico y la fundamentación jurídica han de expresar, con reforzada técnica narrativa, la hilazón lógica de los indicios sobre los que se construye la decisión. El proceso deductivo ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica (cfr. SSTS 456/2008, 8 de julio y 947/2007, 12 de noviembre)".

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1980/2000 de 25 Ene. 2001, Rec. 3869/1998 .

"Tanto el Tribunal Constitucional (SS 174/1985 y 175/1985 de 17 Dic ., 229/1988 de 1 Dic , entre otras), como esta misma Sala (TS SS 84/1995 , 456/1995 , 627/1995 , 956/1995 , 1062/1995 , etc.), han declarado reiteradamente que el derecho a la presunción de "inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba de carácter indiciario, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer, al menos, dos exigencias básicas: 1.º) los hechos base o indicios deben estar plenamente acreditados, no pudiendo tratarse de meras sospechas; 2.º) el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado. En estos casos el control casacional incluye tanto la constatación de que ha mediado una actividad probatoria válida como el examen del razonamiento que sirve de fundamento a la convicción judicial para constatar que responde a las reglas de la lógica y del criterio humano.

Como se señala en la sentencia de esta Sala núm. 913/1996, de 26 Nov . "la relación entre los indicios probados y el hecho determinante de la responsabilidad criminal del acusado permite, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, llegar a la conclusión de que, si son ciertos los indicios, ha de serlo también el hecho determinante de la culpabilidad de cuya fijación se trate. Requisitos que, en su conjunto, dotando de consistencia y verosimilitud a la prueba indiciaria, la viabilizan en orden al acreditamiento de una actuación criminal. Si solo se asentase éste sobre una prueba directa, serían múltiples los supuestos que se sustraerían a la acción de los Tribunales; nacen las presunciones e indicios del conocimiento de la naturaleza humana, del modo de comportarse habitual del hombre en sus relaciones con otros miembros de la sociedad, de la índole misma de las cosas. La importancia de la prueba indiciaria en el procedimiento penal radica en que, en muy varios supuestos, es el único medio de llegar al esclarecimiento de un hecho delictuoso y al descubrimiento de sus autores".

La función del Tribunal casacional en los casos en que la condena se fundamente en prueba indiciaria, consiste, en consecuencia, en controlar el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia sin invadir las facultades valorativas del Tribunal de instancia.

Para ello es necesario constatar que en la resolución impugnada se cumplen una serie de requisitos, formales y materiales, exigibles jurisprudencialmente como son:

1.º) Desde el punto de vista formal:

- a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia;
- b) que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación que –aun cuando pueda ser sucinta o escueta– se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2.º) Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia.

En cuanto a los indicios es necesario:

- a) que estén plenamente acreditados;
- b) que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa;
- c) que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; y
- d) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí (SS 515/1996, de 12 Jul ., o 1026/1996 de 16 Dic ., entre otras muchas).

Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar,



existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (art. 1253 del CC) (SS 1051/1995 de 18 Oct ., 1/1996 de 19 Ene ., 507/1996 de 13 Jul ., etc.).

Ahora bien, esta labor de control casacional tiene también dos límites:

1.- El primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim . y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de instancia. Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que – de la prueba testifical, por ejemplo– ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado.

2.- En segundo lugar, el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y mucho menos por el del recurrente.

Como señalan las sentencias 272/1995, de 23 Feb . o 515/1996 de 12 Jul . "es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba testifical (de descargo), o la propia declaración exculpatoria del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia".

Es decir, que queda fuera del ámbito del recurso casacional la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas –que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad– o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal "a quo", siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia".

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 593/2017 de 21 Jul. 2017, Rec. 2462/2016 .

El TC (en SSTC 111/2008 y 109/2009) ha considerado como requisitos imprescindibles para que opere la prueba indiciaria los siguientes:

- 1) que el hecho o los hechos base (o indicios) estén plenamente probados;
- 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados;
- 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos-base y los hechos-consecuencia; y
- 4) finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre , "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos".

No se trata de meros datos no corroborados, o aislados sin conexión alguna entre ellos, sino que los indicios deben mantener una correlación de forma tal que formen una cadena que vaya conformando el iter para llegar al proceso mental de convicción que se conforma por la suma de los datos y la prueba de cada uno de ellos.

No se trata en estos casos de prueba indiciaria, sin embargo, de no exigirse un rigor a la admisión de los indicios como mecanismo para enervar la presunción de inocencia, sino que éste concurre en el presente caso y es detallado, conciso y concreto, asumiendo la suma de todos y cada uno de ellos hasta conseguir la convicción del jurado en este caso. De no ser así solo podrían obtenerse condenas en casos de prueba directa, pero existen muchos supuestos en los que no existen testigos visuales, pero concurren indicios que pueden llevar al Tribunal al proceso de convicción de la autoría.



En cualquier caso, somos conscientes de que esta admisión de la prueba indiciaria no debe tomarse relajando las exigencias de la valoración de la prueba cuando está ausente la prueba directa, sino que el rigor en la exigencia de la concurrencia de los indicios debe ser "suficiente" para tener por enervada la presunción de inocencia, en virtud de la prueba de cargo que en este caso lo es indiciaria".

En este caso no se trata de una relación de las exigencias probatorias, sino que se ha relatado por el TSJ el cúmulo de indicios concurrentes que llevan a admitir la existencia de elementos probatorios que evidencian la comisión del asesinato con el arma que utilizaron, y la directa y decisiva participación del recurrente.

El proceso de inferencia por la concurrencia de los elementos de prueba indiciaria concurrentes expuestos en la sentencia del Tribunal del jurado y la del TSJ y que se han referenciado de forma detallada cumplen las exigencias para inferir y concluir la autoría del recurrente. Los indicios son concluyentes y probados, y tanto como en la sentencia del Tribunal del Jurado como en la del TSJ se lleva a cabo un esfuerzo motivador de la concurrencia de "indicios relevantes, concluyentes y probados".

Además de los indicios concurrentes que ha expuesto la sentencia del TS debemos recordar que, también, la Audiencia Provincial, y frente a la negativa constante que expone el recurrente en el recurso, de su participación en la ideación criminal y que se utilizara un arma con la intención de matar a la víctima, -sobre lo que niega su conocimiento y utilización- señala la sentencia de instancia como indicios concurrentes que sirven de prueba para la calificación de los hechos como delito de asesinato que cuestiona el recurrente que:

- 1.- Jesús Ángel se sitúa por él mismo en el domicilio.
- 2.- Asimismo, el acusado Ezequiel también lo sitúa en dicho lugar el día de autos, 4 de octubre
- 3.- El testigo protegido " Palillo " sitúa al acusado Jesús Ángel en el domicilio de los hechos a través de la rueda de reconocimiento fotográfico, página 160, mientras que en la rueda de reconocimiento asintió que era la persona que llevaba americana y que posteriormente se escondía algo cuando salía de la casa de Miguel Ángel . Por tanto, es un hecho incontrovertido que el acusado acudió al citado domicilio en compañía de otra persona no juzgada por encontrarse en busca y captura internacional, persona a la que los acusados denominan Ganso .
- 4.- **El recurrente y su acompañante acudieron al citado domicilio portando un arma de fuego con capacidad para disparar cartuchos del calibre 7,65 x 17 mm Browning** que se encontraba en perfecto estado de funcionamiento.
- 5.- El Jurado lo ha considerado probado por la **pericial número 19 de balística (folios 1171 a 1174) realizada por el CNP** (agentes NUM011 y NUM012), que confirma que la vaina encontrada en Barcelona en el domicilio del fallecido Miguel Ángel corresponde en forma y tamaño de las lesiones con valor identificativo a la encontrada en el incidente de DIRECCION000 . Según la declaración del Mosso d'Esquadra NUM013 : "El cartucho fue disparado con la misma arma, les interesa para su homicidio quienes eran las personas implicadas en este hecho, salían dos personas investigadas Jesús Ángel y Héctor ". Considera el Jurado que la declaración del Mosso d'Esquadra NUM013 vincula al acusado Jesús Ángel con la vaina encontrada en el homicidio de autos. Por la declaración del testigo protegido Bigotes , junto a la declaración del acusado Ezequiel y la declaración del testigo protegido Palillo , queda acreditado que la persona que iba bien vestida (con americana) era el acusado Jesús Ángel , el cual era el portador del arma según declaró el testigo protegido Bigotes y según los movimientos descritos por el testigo protegido Palillo al ver salir del domicilio del fallecido al acusado Jesús Ángel .
- 6.- El Jurado también considera probado que al darse cuenta Miguel Ángel que el dinero que le iban a entregar por la droga era mendaz, delitos a los que posteriormente se hará referencia, **el acusado Jesús Ángel , de común acuerdo con la persona que le acompañaba** , en cuanto al plan a ejecutar y a la muy elevada probabilidad de que tendrían que utilizar el arma de fuego que llevaban, **actuando con el ánimo de acabar contra la vida de Miguel Ángel , o en todo caso, conociendo y asumiendo las altas probabilidades que existían de acabar con ella, si actuaban en la forma en que lo hicieron, uno de ellos con la anuencia del otro, efectuó un disparo contra aquél con el arma de fuego de la que eran portadores.**
- 7.- Según la pericial n° NUM002 del Agente de los Mossos d'Esquadra con n° NUM008 : "no había señales de pelea en la casa". Al no haber ningún signo de violencia, ni testigos que corroboren discusión alguna, el Jurado llega a la conclusión de que el acusado Jesús Ángel y su acompañante iban a estafar a Miguel Ángel y a utilizar el arma de fuego cargada y en perfecto funcionamiento con una probabilidad muy alta de ser usada.
- 8.- Asimismo, el testigo protegido Bigotes , el testigo protegido n° NUM014 (Palillo), el testigo Romualdo y el acusado Ezequiel , declararon ver salir juntos del piso a Jesús Ángel y Ganso .



9.- El disparo impactó en la cabeza de Miguel Ángel provocándole la muerte tal como se acredita por la declaración jurada del médico forense Luis Angel .

10.- **Ataque sorpresivo del recurrente y su acompañante a la víctima sin posibilidades de defensa.** Considera probado el Jurado que **Miguel Ángel no pudo percatarse del ataque** que iba a sufrir y por tanto no pudo defenderse eficazmente del mismo. Y ello por cuanto según la declaración del testigo protegido n° NUM014 (Palillo) vio a Miguel Ángel momentos antes y éste le comentó que estaba esperando a alguien y estaba aparentemente tranquilo. El hecho de no haber señales de forcejeo demuestra que fue un hecho rápido sin opción a defenderse por parte de Miguel Ángel . Asimismo, según la declaración del médico forense Dr. Luis Angel , el disparo fue a muy corta distancia como acreditan las lesiones causadas alrededor del orificio de entrada. Este dato considera el Jurado que confirma que **Miguel Ángel poco pudo hacer por defenderse.**

Ello evidencia la existencia del asesinato frente a la negativa en los hechos del recurrente.

11.- Frente a la negativa del recurrente a su participación en los hechos y que no sabía nada de la operación, porque la misma había sido planeada entre Ganso (en busca y captura) y el acusado Ezequiel se recoge en la sentencia como razón de la convicción que:

a.- Jesús Ángel declaró que cuando venían hacía Barcelona se perdieron, pues Ezequiel les dio hasta tres direcciones diferentes, hasta que Dionisio les dio la dirección correcta y llegaron. Sin embargo, el agente de los Mossos d'Esquadra NUM013 declaró, respecto al volcado del GPS del vehículo de Jesús Ángel , que la persona que conducía sabía la dirección dónde iba ya que no introdujo ninguna dirección.

b.- Asimismo, el acusado Jesús Ángel , para desvincularse de la muerte de Miguel Ángel , declaró que las conversaciones para la transacción de la droga se produjeron entre Ganso y Miguel Ángel , que Ganso le envió a recoger el dinero al coche y que tras subir la bolsa con los fardos de billetes, decidió marcharse y esperar a Ganso en el coche, que al bajar escuchó un disparo y que después entró en el coche Ganso , al que recriminó lo que había pasado; echándole del coche. Pues bien, ha quedado acreditado que Jesús Ángel y la persona que le acompañaba salieron juntos del domicilio de Miguel Ángel tras el disparo, que bajaron corriendo juntos, que subieron juntos en el coche y que se marcharon juntos.

c.- La declaración del acusado Ezequiel , respecto a que Jesús Ángel y su acompañante bajaron juntos, encuentra plena corroboración por las declaraciones de otros testigos, lo que ha tenido en cuenta el Jurado.

d.- El testigo Romualdo declaró que estaba con su camión en el semáforo cuando vio salir a dos personas corriendo de un portal de al lado, que se metieron en el coche y que arrancaron corriendo, saltándose un semáforo en rojo, por lo que casi atropellan a una persona. Los dos eran de piel morena, sudamericanos.

e.- El testigo Bigotes declaró que ambas personas hablaban con Miguel Ángel y que la que iba más elegante (que todos los testigos han afirmado que era el acusado Jesús Ángel) sacó una pistola.

f.- El testigo protegido Palillo declaró que tras escuchar un disparo mira por la mirilla y vio salir a dos hombres juntos y que el de la americana, al que identificó en la rueda de reconocimiento como el acusado Jesús Ángel , se escondía una cosa en el cinturón, que salieron normal, andando, pero que en el segundo piso comenzaron a correr. Ello coincide plenamente con la declaración del acusado Ezequiel de que Jesús Ángel estaba elegante y llevaba una americana, que bajaron los dos juntos del domicilio de Miguel Ángel medio rápido, que no discutieron y que Jesús Ángel no expulsó del coche a Ganso .

g.- Asimismo, el hecho de que se encontrara su teléfono rojo en la mesa acredita que su permanencia en la casa fue más prolongada de lo que reconoce, ya que precisamente en esa mesa es donde se produjeron las negociaciones. Por ello no existe duda alguna sobre la autoría del acusado Jesús Ángel en la muerte de Miguel Ángel .

h.- Tanto si fue él quien efectuó el disparo, como si fue su acompañante, lo cierto es que ha quedado probada la concurrencia de todos los elementos de la coautoría.

i.- Jesús Ángel acudió portando o conociendo la existencia del arma (utilizada en otro incidente en el que él también estuvo implicado), dicha arma se utilizó, salieron ambos implicados juntos tras el disparo y sin recriminaciones de ningún tipo entre ambos. A lo que debe añadirse que su descripción coincide con la persona que iba bien arreglada y que se ocultó algo entre la ropa al salir del domicilio (testigo protegido Palillo) y con la que sacó el arma (testigo protegido Bigotes).

Pues bien, fijados los elementos concurrentes que como indicios acreditan la relevante participación en los hechos del recurrente hay que admitir la conclusión de la autoría del recurrente bien fuera él quien disparó el arma sobre la víctima, bien fuera su acompañante, con el conocimiento y asunción de las consecuencias de su proceder hasta sus últimas consecuencias.



Sobre esta responsabilidad en las consecuencias del uso y empleo de arma de fuego en un crimen debemos destacar la sentencia de esta Sala del **Tribunal Supremo 311/2014 de 16 Abr. 2014**, Rec. 10775/2013, donde se analiza la responsabilidad personal en este tipo de **conductas "compartidas en la ideación y ejecución" del hecho**, poniéndose de manifiesto que la doctrina jurisprudencial viene considerando **coautores en base a lo que denominan "dominio funcional del hecho"**, siendo muy reiteradas las sentencias en las que esta Sala ha mantenido tal doctrina y de las que podemos citar las de 10.2.92, 5.10.93, 2.7.94, 28.11.97 y 2.7.98".

Pues bien, ante esta cuestión debemos hacernos la pregunta acerca de ¿Cómo explicar la coautoría y la extensión de responsabilidad a los participantes?

Ante ello, es preciso analizar la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos en su apreciación. Así, lo destaca la STS de 24 de marzo de 1998 para hacer mención a:

1. Elemento subjetivo de la coautoría: Toda participación en la comisión de un hecho delictivo -para implicar una responsabilidad criminal- ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría.
2. Elemento objetivo de la coautoría: Se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal.

Sobre esta base, y aunque lo desarrollamos a continuación de modo sistemático, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos.

a) Teoría de "acuerdo previo" ("pactum scaeleris y reparto de papeles"), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.

b) Teoría del "dominio del hecho" (en cuanto posibilidad de interrumpir la voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúan de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante es, en definitiva, que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho propuesto. La doctrina habla en estos casos de supuestos de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones causales, en virtud del cual todos los partícipes responden de la "totalidad" de lo hecho común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan, pues en tal caso el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca.

En cualquier caso, la exposición razonada que lleva a cabo esta Sala del Tribunal Supremo sobre la coautoría y la asunción de las consecuencias derivadas de un acto conjunto del que responderán todos del resultado final nos llevan a las siguientes conclusiones (entre otras, SSTS de 28 de mayo de 2001 y de 7 de noviembre de 2001, siguiendo a su vez a la de 25 de marzo de 2000):

- a) Que **son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico**.
- b) Que en la agresión en grupo, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el **co-dominio funcional del hecho**, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima y, además, la iniciativa de cualquiera de ellos podrá determinar el cese de la agresión.
- c) Que el **elemento subjetivo de la coautoría**, acuerdo de voluntades, puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica; es decir, en el caso de que concurren más de una persona en la ejecución del hecho, el concierto entre ellos puede surgir de manera tácita e incluso de forma adhesiva, cuando alguno suma su comportamiento a lo ya realizado por otro. En estos casos ese vínculo de solidaridad hace igualmente responsables a cada uno de los intervinientes del fin propuesto, siempre que tengan el **co-dominio del acto**, pudiendo decidir que se ejecute o no.

Pues bien, de las sentencias citadas podemos fijar los siguientes parámetros de la coautoría y la responsabilidad en el hecho ejecutado por otro con plena asunción y admisión del ilícito proceder, para ubicarnos en la responsabilidad del recurrente que la niega descargando la posible responsabilidad en otros. Y ello, en base a la teoría del *pactum scaeleris* y el *dominio funcional del hecho* en situaciones de ideación y ejecución conjunta del delito y, como en este caso, con empleo de armas y asunción de las consecuencias:

1.-El dolo compartido en la ejecución del delito.



Del art. 28 CP se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un **dolo compartido**, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelinuencia - SS. 31/5/85 , 13/5/86 entre otras- por la doctrina de esta Sala.

2.-No es preciso que concurren en todos los coautores todos los elementos del tipo. Se exige la aportación de elementos esenciales en su ejecución.

La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común.

3.- Asunción de la teoría del dominio del hecho.

A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12/2/86 , 24/3/86 , 15/7/88 , 8/2/91 y 4/10/94 . Según esta teoría, son coautores los que **realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico**, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

La teoría del dominio del hecho se aplica en esencia a los supuestos de coautoría. Así, en la coautoría existe una corresponsabilidad de los copartícipes respecto al resultado que finalmente se produzca en la ejecución del delito. El TS señala (entre otras sentencias de 6 de mayo de 2004, rec. 452/2003) que si no consta ninguna oposición, protesta o reserva por parte de alguno de los intervinientes, si en cada secuencia figuran los acusados asumiendo los roles participativos que les corresponden, si las infracciones delictivas se llevan a término con unidad de conocimiento y de voluntad, fieles al plan ideado y aceptado y huyendo simultáneamente cuando lo estimaban consumado, no puede sino concluirse que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que los corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Por ello, se exige como presupuesto para la extensión de la responsabilidad del hecho a todos los partícipes la concurrencia de tres circunstancias básicas:

- a) La unidad de acción;
- b) La recíproca cooperación, y
- c) El mutuo concurso en la ejecución.

Dándose estas circunstancias, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito (SSTS de 14 de enero de 1985 , 12 de abril de 1986 , 22 de febrero de 1988 , 30 de noviembre de 1989 , 21 de febrero de 1990 y 9 de octubre de 1992 , entre muchas).

4.- La plasmación del acuerdo previo en la ejecución del delito y asunción de las consecuencias o acuerdo durante la ejecución. Principio de imputación recíproca. La coautoría adhesiva.

Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SS. T.S. 3/7/86 , y 20/11/81 , **han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva** , siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (SS. 10/2/92 , 5/10/93 , 2/7/94) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

5.- La coautoría no es suma de autorías individuales, sino "responsabilidad por la totalidad". No solo es autor en estos casos el que realiza materialmente la acción.

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SS. T.S. 21/12/92 Y 28/11/97 se afirmó que "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de



responsabilidad por la totalidad del hecho **no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho** .

6.- Las aportaciones causales decisivas de los partícipes en la ejecución del delito. No necesidad de que cada coautor ejecute los actos materiales del tipo penal. Agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común.

Sentencia T.S. 11/9/00 , que con cita de la SS. TS. 14/12/98 , señala que "la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del C. P. 1995 como "realización conjunta del hecho" viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del "acuerdo previo", a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo **la "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto** . No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la **agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común**. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución".

7.- Autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva . Conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal.

En este tema la S.T.S. 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el **conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal**, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

8.- Autoría directa en ejecución compartida.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

9.- Diferencia de coautoría de la cooperación.

Como dice la S.T.S. 27-9-2000 , tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una **decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría** , y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

10.- La coautoría en el plano subjetivo y objetivo.

La coautoría aparece caracterizada:

a.- *Desde el plano subjetivo* , por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas.

b.- *Desde el plano objetivo* , las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito.

11.- La participación adhesiva o sucesiva y la coautoría aditiva.

Las SS. T.S. 29-3-93 , 24-3-98 Y 26-7-2000 , han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.

2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.



3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En este sentido, no puede pretenderse -y esto es importante- que se individualice cuál fue la concreta actuación de cada uno para darle a cada uno distinta responsabilidad en la comisión del delito.

12.- La imputación recíproca.

En este sentido en STS. 1320/2011 de 9.12 , hemos dicho que todos los que intervienen en una pelea para la que existe una decisión común de agredir, **aceptan lo que cada uno de ellos haga contra la seguridad física de las víctimas** , resultando también coautores desde el punto de vista del dominio del hecho (STS 1503/2003, de 10-11). Este principio de imputación recíproca rige entre los coautores, mediante el cual **a cada uno de los partícipes se les imputa la totalidad del hecho con independencia de la concreta acción que haya realizado.**

Ahora bien, en estos supuestos es preciso comprobar que cada uno de los intervinientes sea, verdaderamente, autor, esto es tenga un dominio del hecho, en este supuesto condominios, y comprobar la efectiva acción para evitar que le sean imputables posibles excesos no abarcados por la acción conjunta bien entendido que no se excluye el carácter de coautor en los casos de decisiones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas decisiones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

La antes aludida tesis de la imputación recíproca se manifiesta, así, bajo la admisión de la concurrencia del elemento subjetivo que destacan las SSTs de 1 de marzo , 11 de septiembre y 21 de diciembre de 2000 y 21 de febrero y 13 de marzo de 2001 , al afirmar y reiterar que la realización conjunta debe estar animada por un dolo compartido por un mutuo y previo acuerdo, como soporte subjetivo de la autoría en que se funda el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones al resultado, y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer.

Por otro lado, se entiende que es suficiente con que el acuerdo surja durante la ejecución -coautoría adhesiva o sucesiva- y que el mismo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar, por lo que ese acuerdo, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes.

Como también se mantuvo en la sentencia de 25 de marzo de 2000 , en la agresión de un grupo a una persona con la finalidad de ocasionarle un daño corporal de alcance y gravedad no precisados de antemano, las lesiones que resulten son imputables a todos los agresores de acuerdo con ese principio de la imputación recíproca, en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno haga contra la integridad física del agredido, por lo que, si uno de los agresores es el que materialmente ocasiona la lesión de que deriva la concreta tipicidad del hecho, ése será autor y los demás se considerarán como "cooperadores ejecutivos" por haber tomado parte directa en la ejecución; es decir, por haber ejercido actos de violencia sobre el sujeto pasivo que han confluído sobre los del primero y reforzado su eficacia.

13.- No es preciso que cada coautor lleve a cabo todos los actos materiales del delito.

Doctrina que reitera en STS 1099/2007, de 14-6 , 338/2010, de 16-4 , al afirmar que no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo, concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integrados en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas, STS 1240/2000 de 11-9 , y 1486/2000, de 27-9 , que señala que "la coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elementos subjetivos de la coautoría y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación; el carácter, subordinado o no, del partícipe de la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción; que será condominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la coautoría.

14.- El acuerdo es previo o simultáneo.



La mencionada decisión conjunta es consecuencia de un acuerdo que puede ser previo o simultáneo a la misma ejecución, debiendo valorarse, en su caso, la posible existencia de un exceso en algunos de los coautores, pudiendo quedar exceptuados los demás de la responsabilidad por el resultado derivado del mismo.

15.- La teoría de las desviaciones previsibles.

Se cita en las SSTS. 434/2008 de 20.6 , 1278/2011 de 29.11 , 1320/2011 de 9.12 , al examinar la cuestión de la **comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo**. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que "el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya "a priori" todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales", pues **el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el "iter" del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual** , justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993 , 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994 , 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

16.- El vínculo de solidaridad.

Es doctrina consagrada, por todas STS 474/2005, de 17-3 , que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos de modo eficaz y directo a la persecución del fin puesto con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mantuvo asimismo, ello da lugar a que todas las responsabilidades sean considerados como autores del delito.

17.- La corresponsabilidad en el delito de homicidio o asesinato en cuanto al dolo de causar la muerte en una ejecución por varios integrantes y admisión del dolo directo y el eventual.

Hemos dicho en SSTS. 529/2012 de 11.7 , 93/2012 de 16.2 , 632/2011 de 28.6 , 172/2008 de 30.4 , el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato- no sólo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades:

a.- *El dolo directo o de primer grado* constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva.

b.- *El dolo eventual* que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS 415/2004, de 25-3 ; 210/2007, de 15-3).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004 , el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado.

Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad **el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida** , pues, en efecto "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente



el riesgo que permite identificar normativamente el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado" (véase STS 1-12-2004 , entre otras muchas).

Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3-7-2006 , **bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia el dolo directo como el eventual.**

a.- *Dolo directo* . La acción vine guiada por la intención de causar la muerte.

b.- *Dolo eventual* . Tal intención no puede ser afirmada, si bien en el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sobre el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual contenía su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente.

En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

En similar dirección la STS 4-6-2011 dice que el dolo supone que el agente se representa en resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

18.- La extensión del asesinato a todos los partícipes en el delito por concurrencia de la alevosía ante la nula acción defensiva de la víctima. Corresponsabilidad conjunta en el asesinato por el dominio funcional del hecho de los partícipes.

Respecto a la concurrencia de la alevosía en SSTs. 703/2013 de 8.10 , 599/2012 de 11.7 , 632/2011 de 28.6 , se explica que la jurisprudencia viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la **intención del agresor o agresores de conectar el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido**, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito asesinato (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22-1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuridicidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su **aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad**, al precisar una previa asunción de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a lo proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuridicidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuridicidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTs. 155/2005 de 15.2 , 375/2005 de 22.3):

a) En primer lugar, un **elemento normativo** . La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.



b) En segundo lugar, un **elemento objetivo** que radica en el "modus operandi", 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.

c) En tercer lugar, un **elemento 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. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) Y en cuarto lugar, un **elemento teleológico**, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001 de 13.2).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

a) **alevosía proditoria**, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

b) **alevosía súbita o inopinada**, llamada también "**sorpresiva**", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

c) **alevosía de desvalimiento**, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuridicidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS. 19.10.2001, es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

Se describe en el presente caso el carácter sorpresivo del ataque a la víctima, recogiendo el hecho probado que:

*El encausado Jesús Ángel con la otra persona que no se halla a disposición judicial en cuanto al plan ejecutar y a la, al menos, muy elevada probabilidad de tener que usar el arma de fuego, y actuando por ello con el común ánimo de acabar con la vida de Miguel Ángel, o en todo caso, conociendo y asumiendo las altas probabilidades que existían de acabar con ella si actuaban en la forma en que lo hicieron, uno de ellos con la anuencia del otro, efectuó un disparo contra aquél a muy corta distancia con el arma de fuego de la que eran portadores. Dicho disparo impactó en la cabeza de la víctima, ocasionándole un traumatismo craneo encefálico que derivó en un colapso funcional que desembocó en su muerte irreversible en instalaciones hospitalarias a las 11:30 horas de fecha 07-10-2013. **Todo ello aconteció sin que Miguel Ángel pudiera percatarse del ataque mortal del que iba a ser víctima y sin que, por tanto, pudiera hacer defensa alguna.***

Es por ello, por lo que existe una asunción del recurrente de lo que iba a ocurrir, y fuera él quien efectuó el disparo o su acompañante, lo cierto es que existía la concurrencia de todos los presupuestos que se han explicitado anteriormente en la ejecución del delito para poder otorgar y derivar la responsabilidad al recurrente del delito de asesinato por el que es condenado.

El motivo se desestima.



CUARTO .- 3.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 546.1 del CP en relación con el artículo 3 CAT. 1º del reglamento de armas de 1993 por inaplicación de dicho artículo en relación con el artículo 20.2 , 21.2 y 21.7 del mismo cuerpo legal por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo.

Se sostiene que desde el principio negó que fuera conocedor que la otra persona llevaba un arma, y que lo negó siempre. Se insiste por el recurrente en que no se ha probado quien portara el arma, hasta el punto que ni siquiera ha quedado probado que fuese quién disparó.

Sin embargo, este motivo está directamente relacionado con el anterior en cuanto se le condena por la apreciación de la comisión conjunta del delito de asesinato y tenencia de armas y la aceptación de las consecuencias de su conjunta actuación, como se ha explicado con detalle en la sentencia del TSJ y en la argumentación precedente que se ha expuesto en torno a la coautoría en delitos de comisión conjunta y en este caso de empleo de arma de fuego por uno de los copartícipes en un crimen por la extensión de responsabilidad a quienes detentaban el dominio del hecho, y ha quedado claro de la prueba practicada y la inferencia llevada a cabo por el tribunal que este dominio era asumido, ejecutado y llevado a la práctica por el recurrente.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Dionisio .

QUINTO.- 1.- Por vulneración de precepto constitucional del artículo 24.2 en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ , todo ello con fundamento en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ".

Se le condena en la sentencia del TSJ como cómplice de un delito intentado de estafa en la relación de concurso descrita en el art. 77.1 CP con un delito intentado contra la salud pública relativo a sustancia de las que causan grave daño a la salud, en este caso en concepto de autor responsable, a las penas de TRES AÑOS de prisión, con igual tiempo de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y MULTA de 15.000 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de UN MES Y QUINCE DÍAS.

Se alega por el recurrente que no ha existido prueba de cargo suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

Pues bien, en orden a apreciar cuáles son los elementos de prueba que sustentan la condena del recurrente en esta apreciación de la condena fijada por el TSJ en relación de concurso medial se recoge en la sentencia acerca de la concurrencia de la prueba que:

1.- La prueba de la participación en los hechos del acusado Dionisio se obtuvo, principalmente -en este caso sí-, a partir de la **declaración del acusado Ezequiel** , que dijo, por un lado, que fue él quien le ofreció 1.500 euros a cambio de procurar el intercambio de droga entre el fallecido (Miguel Ángel), amigo suyo, y el acusado Jesús Ángel y su acompañante (" Ganso "), conocidos, en cambio, solo por el recurrente (Dionisio).

2.- Por otro lado, que este se encontró con la víctima, por intermediación suya, en un locutorio "para hablar de la transacción de droga", para acordar la cantidad de sustancia estupefaciente, que fue fijada en 400 gramos; y, finalmente, que fue él (Dionisio) quien le presentó a Jesús Ángel y a " Ganso " el mismo día de los hechos.

3.- Dicha declaración obtuvo la corroboración procedente, por un lado, de la **declaración del NUM013** , responsable policial de la investigación, que dijo al Jurado que el acusado Dionisio había sido investigado por hechos similares a los que se enjuician aquí.

4.- Por otro lado, del volcado del GPS del coche utilizado por el acusado Jesús Ángel y " Ganso " para venir desde Madrid, del que resulta que la única dirección que había sido introducida correspondiente a Barcelona era la suya -la de Dionisio -, que, además, **les cobijó en su casa la noche del 3 al 4 octubre 2013;** y

5.- Del examen de las llamadas efectuadas y recibidas por el teléfono SAMSUNG rojo (fol. 1538-1552 RDD) utilizado por Jesús Ángel y hallado en el escenario de los hechos, del que resulta este llamó a Dionisio , pero no a Ezequiel .

6.- Resulta intrascendente para el objeto que pretende con su recurso que Dionisio no estuviera presente en casa de Miguel Ángel el 4 octubre 2013, porque él se encargó de preparar el encuentro entre este y el principal acusado (Jesús Ángel) y su acompañante, reuniéndose con aquel el día anterior en un locutorio, como también resulta intrascendente que no hubiera huellas suyas en los billetes falsos, que según todos los indicios fueron traídos directamente desde Madrid en la noche del 3 al 4 octubre 2013 por Jesús Ángel y " Ganso ".

7.- Se le considera cómplice del delito intentado de estafa, sin llegar a serlo del robo con violencia en que se transmutó la acción por decisión del principal acusado (Jesús Ángel) y de su acompañante fugado (" Ganso "), de la que aquel (Dionisio) no participó y de la que no puede hacerse responsable al no constar que



conociera el aporte del arma de fuego, y fue coautor del delito contra la salud pública referido a sustancia de las que causan grave daño a la salud, sin perjuicio de que ahora este, debido a la estimación parcial del recurso del principal acusado (Jesús Ángel), se considere también intentado, según concluye el TSJ en su sentencia.

El Magistrado Presidente del Tribunal de instancia señaló al respecto sobre el recurrente que:

"El Jurado considera probado que el acusado Dionisio , guiado por el ánimo de obtener un beneficio económico, **se hallaba plenamente al corriente de la transacción entre sustancia estupefaciente y dinero mendaz que se iba a llevar a cabo en el domicilio del fallecido** puesto que era el **enlace entre el acusado Jesús Ángel y su acompañante con Barcelona** .

Lo considera probado en base al hecho de que:

a.- Fue el acusado Dionisio quién ofreció la cantidad de 1500 euros al acusado Ezequiel , tal como éste declaró, lo que hace pensar que él también obtendrá beneficio de la transacción.

b.- Debido a la relación entre Dionisio con Jesús Ángel y Ezequiel , considera el Jurado que era la persona de enlace entre ambos y por ese motivo se beneficiaría económicamente.

c.- Ezequiel declaró que el acusado Dionisio y el fallecido Miguel Ángel se encontraron en el locutorio para hablar de la transacción de droga, lo que da a entender que formaba parte de la transacción.

d.- El mismo grupo al que pertenece el Mosso d'Esquadra NUM013 declaró que tienen, constancia que el Sr. Dionisio había sido investigado por dos delitos. Uno de ellos intentando robar en el momento de realizar una compraventa (transacción de droga), y un segundo caso, en el cual detienen un vehículo y en su interior encuentra dos fardos de dinero falso (dinero mendaz) y dos cuchillos. Los dos billetes verdaderos en la parte inferior y superior envueltos en film transparente. Este hecho corrobora el sistema a utilizar en la transacción en casa del fallecido.

e.- Debe señalarse que el Jurado no basa su veredicto de culpabilidad exclusivamente en el hecho de que el acusado haya sido investigado en otros delitos, sino que lo considera un indicio más a los que ha tomado en consideración, tal como expone en su veredicto.

f.- En cuanto al delito contra la salud pública considera probado el Jurado que el acusado Dionisio , valiéndose de su relación de amistad con el acusado Ezequiel , había conseguido negociar la ilícita transacción sirviéndose de la relación personal existente entre Ezequiel y la víctima Miguel Ángel , consiguiendo de esta forma proteger su identidad propia, así como la identidad de Jesús Ángel y su acompañante, obteniendo con ello un beneficio económico.

g.- Lo consideran probado por cuanto en la diligencia 612846/2014 AT HOMICIDIS (folios 1538-1543) se analiza la información obtenida del GPS del coche del acusado Jesús Ángel , que muestra el itinerario con origen Madrid realizado la noche del 3 al 4 de octubre con destino cerca del domicilio de Dionisio en DIRECCION001 . En su declaración el agente de los Mossos d'Esquadra NUM013 corroboró, que el teléfono Samsung rojo propiedad de Jesús Ángel coincide con el recorrido del GPS. En la parada en DIRECCION001 tanto el teléfono de Jesús Ángel como el de Dionisio , coinciden con el mismo repetidor y con la ubicación del GPS del vehículo propiedad de Jesús Ángel . Tanto Dionisio como Ezequiel declaran que Jesús Ángel y Ganso pasan la noche en casa de Dionisio . El día 4 se realiza una serie de llamadas sobre las 3 de la mañana. El acusado Jesús Ángel llama al teléfono de la pareja de Dionisio y posteriormente a él. Con esos datos el Jurado considera probado que el acusado Jesús Ángel fue directamente a casa de Dionisio y este le ofreció alojamiento.

Existe prueba bastante, pues, para entender enervada la presunción de inocencia.

Valoración de la declaración del coimputado en el proceso penal

Habida cuenta, por otro lado, la importancia de la declaración del coimputado Ezequiel en la condena de los recurrentes hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, **Sentencia 472/2016 de 1 Jun. 2016, Rec. 1245/2015**) ha afirmado igualmente de manera reiterada que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones prestadas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (SSTS 1290/2009 de 23 de diciembre ; 84/2010 de 18 de febrero ; 60/2012 de 8 de febrero ; 129/2014 de 26 de febrero o 622/2015 de 23 de octubre).

Hemos llamado la atención acerca de la *especial cautela* que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como



acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a declarar, pudiendo callar total o parcialmente. Precisamente en atención a esas reticencias se ha afirmado que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada. Es la existencia de alguna corroboración lo que permite proceder a la valoración de esa declaración como prueba de cargo.

En definitiva, nos encontramos ante una prueba peculiar que exige un plus: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal llega a conferirles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente.

En orden a superar las reticencias que derivan de la especial posición del coimputado, esta Sala ha establecido una serie de pautas de valoración que se mueven en cánones paralelos a los elaborados para las declaraciones de la víctima, aunque, en palabras, entre otras, de la STS 513/2015, de 9 de septiembre, en este caso suponen algo más que simples orientaciones. Entre ellas y de manera especial la existencia de motivaciones espurias, lo que enlaza con las ventajas derivadas de la heteroimputación.

Como recuerda la STS 145/2015, de 8 de mayo, existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión, acreditan que en nuestro derecho está admitida e incluso alentada en algunas parcelas esa forma de acreditamiento.

El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser sopesado, pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno. Igualmente ha expresado que **la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad** (por todas STS 279/2000, de 3 de marzo). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, recaída en el asunto CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas.

En la STC 233/2002, de 9 de diciembre, se reitera el criterio de que la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas:

- 1.- Que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada tanto al Tribunal Constitucional como a esta propia Sala Casacional, sino mínima; y
- 2.- Que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

Resume dicha resolución la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional sobre esta materia, señalando que los rasgos que la definen son:

- a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;
- b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia;
- c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;
- d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y
- e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

Destaca en este punto la doctrina que se considera que existe corroboración objetiva cuando junto a las declaraciones de los coimputados existe un conjunto de hechos o indicios convergentes externos o periféricos de los que el Tribunal sentenciador extrae la conclusión de que tales declaraciones correspondían a la verdad (Sentencias del TC 68/2001 y 69/2001, ambas de 17 de marzo), es decir, que doten de verosimilitud bastante dicha declaración para hacer razonable su prudencial valoración. Y una vez comprobados estos factores, debe examinarse, desde el punto de vista subjetivo, la ausencia de elementos de incredulidad en el coimputado-declarante.

Tales elementos son los siguientes:



a) **La personalidad del delincuente delator**, entendiendo la doctrina, que como de lo que se trata es de determinar la credibilidad de una declaración, las características de la personalidad del coimputado, sirven para elaborar una imagen de quien declara: rasgos de su carácter, patologías psíquicas, antecedentes penales, habitualidad delictiva, edad, formación, propensión a la delincuencia, etc.; convirtiéndose en un factor que apoya la credibilidad de las manifestaciones el hecho de que el coimputado haya tenido, hasta el momento de comisión del delito, una buena conducta personal y profesional (ejemplo citado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988).

b) **Relaciones que, precedentemente, mantuviese el delator con el coacusado al que incrimina**, que pueden ser de carácter contractual, financiero u obligacional, ya que estas relaciones de amistad, enemistad, parentesco, obediencia o relación profesional, como sintetiza Flores Prada, pueden motivar reacciones opuestas como la exculpación o la inculpación, y de ellas pueden deducirse "datos de interés que arrojen cierta luz sobre la motivación que debe ser apreciable en el sentido de la declaración" (7).

c) **Declaraciones precisas, claras y contundentes**, de modo que una descripción minuciosa de los hechos, la coherencia con otros datos que arrojen las actuaciones y el mantenimiento de una misma línea de manifestaciones desde la instrucción hasta el Juicio Oral, son elementos que conducen al Tribunal de instancia a valorar, de un modo positivo, la credibilidad de la declaración inculpativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1986 , 14 de mayo de 1993 , 24 de septiembre , 19 de octubre y 7 de diciembre de 1996).

d) El **examen riguroso de la existencia de móviles turbios o inconfesables**, que, impulsando la acusación de un inocente, pudieran tildar el testimonio como de falso o espurio o, al menos, restarle credibilidad, tales como el odio personal, la venganza, obediencia a terceras personas, sobornos, resentimientos, animadversión, etc. (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo y 30 de septiembre de 1993). Se trata, en definitiva, de juicios de intención, que deben ser valorados por el Tribunal sentenciador que tuvo la inmediatez de juzgar de forma extremadamente cuidadosa, pudiendo ser inferidos de la conducta del coimputado mediante el contraste de los diferentes datos que obren en la causa. Pero lo decisivo para considerar o no esa credibilidad es que no aparezcan en las actuaciones extremos, datos o circunstancias que lleven a la conclusión de que dichos móviles existen, siendo el encargado de valorarlos el Tribunal Sentenciador (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1997).

e) Y el **ánimo de buscar la propia exculpación**, que no debe conducir a una pérdida de credibilidad por sí de la declaración inculpativa del coimputado, configurándose éste como un dato más para valorar la credibilidad de ese testimonio. Si bien no existen apenas dudas de la veracidad de las manifestaciones del coimputado cuando él mismo asume su participación en los hechos al mismo tiempo que incrimina a los demás partícipes (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993 , 3 de abril de 1995 , 24 de septiembre de 1996 y 23 de enero de 2002), éstas sí pueden plantearse cuando inculpa al coacusado mientras el delator se exculpa, debiendo entonces, en este último caso, acudir a otras pruebas que obren en las actuaciones para confirmar o negar la culpabilidad de los acusados.

Dentro de este ámbito valorativo destaca, de igual modo, la doctrina que en los delitos con concierto o participación de varias personas resulta fundamental saber si el acusado trata con su declaración de eludir su responsabilidad. Por ello, tras este examen judicial, se otorga un gran valor a la declaración del coacusado que no pretende autoexculparse, sino que reconoce su culpa.

Vemos que en este caso también la declaración del coimputado fue inculpativa, y es condenado, ya que señala el TSJ en su sentencia que procede imponer al acusado Ezequiel las penas de 9 meses de prisión, con igual tiempo de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y multa de 2.000 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 20 días, en cualquier caso, inferior a la aceptada por él.

Existe, pues, corroboración objetiva de la declaración del imputado según ha expuesto el TSJ al valorar la suficiencia de la prueba valorada por el Tribunal de instancia.

El motivo se desestima.

SEXTO .- 2.- Por vulneración de precepto penal sustantivo infracción de ley con fundamento en el artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

El recurrente no señala documento alguno e insiste en que no cometió el delito. Está perfectamente explicado por el Tribunal el juicio de subsunción de los hechos en los tipos penales en concurso medial como finalmente ha sido considerada la participación como cómplice.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Héctor .



SÉPTIMO.- 1.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del punto 4º del artículo 5 de la LOPJ , y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento por estimar que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia del artículo 24.2 CE al condenar por un delito intentado contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del artículo 368.1 en relación con el artículo 16.1 y 62 del CP .

El recurrente fue condenado en la sentencia del TSJ como cómplice de un delito intentado de estafa en la relación de concurso descrita en el art. 77.1 CP con un delito intentado contra la salud pública relativo a sustancia de las que causan grave daño a la salud, en este caso como autor responsable, a las penas de TRES AÑOS de prisión, con igual tiempo de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y MULTA de 15.000 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de UN MES Y QUINCE DÍAS, en lugar de las que le fueron impuestas por dichos delitos en la sentencia recurrida manteniendo íntegramente los demás pronunciamientos contenidos en dicha sentencia en relación a este acusado.

Bajo el abrigo de la presunción de inocencia se alega que la única prueba de cargo con la que ha contado el jurado ha sido las 90 huellas pertenecientes a su representado encontradas en los billetes simulados y con este solo dato se ha fundamentado la condena, que su representado nunca estuvo en Barcelona, que ninguno de los intervinientes lo conocía, ni tampoco constan llamadas de teléfono que lo impliquen en los hechos, que las huellas encontradas en los billetes su representado dio explicación suficiente de por qué se encontraban allí, pues se la había enseñado otro coacusado diciendo que era rico y que al cogerlos se le cayeron los billetes y de ahí las huellas.

Pues bien, señala el TSJ en su sentencia que "la prueba que convenció al Jurado de la participación del acusado (Héctor) en los hechos constitutivos de un **delito intentado de estafa** fue:

El hallazgo de 90 huellas dactilares suyas repartidas por todos los billetes falsos hallados en casa de la víctima (Miguel Ángel), junto a las pertenecientes al principal acusado (Jesús Ángel), y el hecho de que algunas de ellas fueran palmares, lo que llevó a los jurados al convencimiento de que "manipuló todos los falsos billetes durante un tiempo prolongado y no solo unos segundos como él afirmó en su declaración en el plenario", y que, incluso, "preparó dichos fajos con el ánimo de obtener un beneficio económico al objeto de que fueran utilizados por el acusado Jesús Ángel en la transacción entre sustancia estupefaciente... de la que tenía conocimiento".

Cabe añadir que el convencimiento del Jurado quedó reforzado tras la reconstrucción o representación que el acusado (Héctor) llevó a cabo en el juicio oral a petición del Fiscal del modo en que, según su versión, había rehecho el fajo de billetes cuando se le desperdigaron al mostrárselos unos días antes -según dijo- el principal acusado (Jesús Ángel) en DIRECCION002 (Madrid), por lo que la verosimilitud de la explicación ofrecida por el acusado (Héctor) fue descartada por el Jurado de forma ponderada y razonable, sin que pueda apreciarse arbitrariedad alguna en la inferencia, de manera que deberá ser respetada en esta alzada, sin que se aprecie la vulneración denunciada de su derecho a la presunción de inocencia.

Respecto del delito contra la salud pública se recoge que:

"Por otra parte, su participación en el delito contra la salud pública surge, igualmente, de su decisiva intervención en la confección de los fajos de billetes falsos, a la que se une su íntima relación con el principal acusado (Jesús Ángel), cuyas huellas también aparecían en dichos billetes, aunque en mucha menor medida -solo 7-, lo que, dada la falta de utilidad de estos para cualquier otro fin que no sea delictivo y su confesada amistad, constituye una prueba relevante del pactum scaeleris, a la que se une la confesión de que el día anterior y el propio día de los hechos llamó por teléfono a Jesús Ángel "repetidamente" y "sin motivo aparente" y se comunicó por mensajes de wasap con el acompañante de aquel (" Ganso "), todo lo cual indica razonablemente que estaba al tanto de la operación de Barcelona, de la que después, según confesó también, fue puntualmente informado por ambos, de manera que tampoco se aprecia en este caso vulneración alguna de su derecho a la presunción de inocencia".

Recordemos, también, que se ha expuesto que, respecto a la existencia del delito de tráfico de drogas, en este casi en grado de tentativa el TSJ señaló que se citan como elementos de convicción como pruebas que llevan al Tribunal a la convicción de la autoría del delito de tráfico de drogas los siguientes:

- 1.- La declaración del propio acusado (Jesús Ángel), que admitió haber oído a su acompañante (" Ganso ") y a la víctima "acordar el precio de la droga" y haber tenido que bajar en un momento dado al coche a buscar una bolsa, que, según pudo ver mientras volvía a subir, tenía varios fajos de billetes;
- 2.- La declaración del acusado Ezequiel , que explicó que, con la intermediación del acusado Dionisio , puso en contacto al acusado (Jesús Ángel) y a su acompañante con la víctima (Miguel Ángel) para negociar la adquisición de una partida de droga;



3.- La declaración del testigo protegido " Palillo ", que dijo que cuando entró en el piso de la víctima tras la huida del acusado (Jesús Ángel) y de su acompañante, oyó a la víctima moribunda decir, en plural, "los negros, los negros", y al testigo protegido " Bigotes ", "nos han robado, nos han robado", lo que este manifestó no recordar, sin llegar a negarlo, si bien el Jurado pudo comprobar que admitió haberlo dicho en su declaración ante el Juez de Instrucción (fol. 474 RTJ);

4.- La declaración del testigo protegido " Bigotes ", que observó que la víctima se sentó con los dos visitantes a la mesa del comedor, aunque le dijera al Jurado que no escuchó la conversación pese a estar en la misma habitación;

5.- El acta de inspección ocular, levantada por los NUM008 , NUM009 y NUM010 (fol. 33 o 239 TI), en el que consta el hallazgo, además del fajo de dinero falso, de **tres bolsas de plástico conteniendo polvo blanco, que, tras el oportuno dictamen del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses -INTCF (fol. 684-686 y 1593-1594)-, resultaron ser 48,69 gramos de cocaína con una pureza del 76% -37 gramos de cocaína base-, 0,68 gramos de cocaína con una pureza del 84% -0,57 gramos de cocaína base- y 120,9 gramos de la sustancia de corte fenacetina; y**

6.- La pericial lofoscópica (fol. 915-925 y 973-981 TI) de la Policía Científica de los MMEE, que permitió localizar en el fajo de papeles blancos cortados a modo de billetes de curso legal 7 huellas del acusado Jesús Ángel en el interior del film que envolvía el fajo de billetes falsos, en estos y en los dos billetes de 50 euros que servían para darles la apariencia de auténticos.

Y en este escenario la colaboración del recurrente.

En consecuencia, existe prueba bastante y valorada por el TSJ en el juicio de suficiencia para admitir la existencia de prueba bastante, descartándose las alegaciones que efectúa que no desvirtúan el juicio de suficiencia llevado a cabo por el TSJ de la prueba valorada por el Tribunal de instancia.

El motivo se desestima.

OCTAVO .- 2.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos por aplicación del artículo 368 que tipifica el delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud.

Se alega por el recurrente que no existió transacción alguna, y que por lo tanto no hay delito ni siquiera intentado, que de los indicios que señala el jurado, lo único que se puede concluir es que los tratos preliminares y la intención fue realizar una transacción de sustancia estupefaciente con dinero mendaz, entre el fallecido y Jesús Ángel junto al tercero que está prófugo.

Recordemos que es hecho probado que:

"El acusado Héctor , ciudadano natural de Santo Domingo, en situación administrativa en España de estancia no autorizada, mayor de edad (nacido en fecha NUM004 -1988) y sin antecedentes penales, se hallaba plenamente al corriente de la transacción entre sustancia estupefaciente y dinero mendaz que se iba a llevar a cabo entre el fallecido y el imputado Jesús Ángel junto con la persona que se halla pendiente de detención internacional, habiendo colaborado en la preparación de la misma en Madrid a través de la elaboración de los fajos de billetes de dinero que simulaba ser verdadero y haciendo un continuo seguimiento del desarrollo de la operación ilícita, si bien desconociendo lo que finalmente aconteció en el domicilio de Miguel Ángel . Con su actuación el acusado Héctor pretendía obtener un beneficio económico derivado de la obtención de la droga ilícita por parte del acusado. Jesús Ángel y su acompañante".

Los indicios concurrentes llevan a la convicción de su participación en los hechos en la confección del dinero falso con el que proceder a la adquisición de la droga.

Pues bien, pese al alegato del recurrente que se pretende exonerar de esta responsabilidad, sin embargo, el TSJ confirma la valoración de la prueba que efectúa el Tribunal de instancia y admite la subsunción de los hechos en el tipo penal del art. 368 CP ya que "su participación en el delito contra la salud pública surge, igualmente, de su decisiva intervención en la confección de los fajos de billetes falsos, a la que se une su íntima relación con el principal acusado (Jesús Ángel), cuyas huellas también aparecían en dichos billetes, aunque en mucha menor medida -solo 7-, lo que, dada la falta de utilidad de estos para cualquier otro fin que no sea delictivo y su confesada amistad, constituye una prueba relevante del pactum scaeleris, a la que se une la confesión de que el día anterior y el propio día de los hechos llamó por teléfono a Jesús Ángel "repetidamente" y "sin motivo aparente" y se comunicó por mensajes de wasap con el acompañante de aquel (" Ganso "), todo lo cual indica razonablemente que estaba al tanto de la operación de Barcelona, de la que después, según confesó también, fue puntualmente informado por ambos, de manera que tampoco se aprecia en este caso vulneración alguna de su derecho a la presunción de inocencia.



La inexistencia de droga en casa de Miguel Ángel susceptible de apoderamiento, ya sea mediante la estafa planificada inicialmente por tres de los acusados, ya sea mediante el robo violento en que aquella se transmutó sin solución de continuidad por decisión de uno de los acusados -sin perjuicio de la responsabilidad que cupiere al autor fugado-, al descubrir la víctima la falsedad de los billetes, mediante el uso de la pistola que llevaba preparada al efecto, no sería obstáculo para que la conducta de apoderamiento frustrada sea castigada como un delito intentado contra la salud pública, aunque pretendiera considerarse propia de una tentativa inidónea, de conformidad con lo que resulta del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 abril 2012, habida cuenta que los medios utilizados por los acusados para el apoderamiento de la cocaína - los billetes falsos y la pistola, así como la elección de una víctima que se dedicaba a su tráfico-, valorados ex ante, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico pretendido (cfr. STS2 671/2015 de 22 oct. FFDD2 y 6, con cita de otras)".

Pero es que, además, señala el TSJ en su sentencia que:

"En el presente supuesto, **no existe duda de que Miguel Ángel se dedicaba, de forma más o menos ocasional, a vender droga, en concreto cocaína, lo que se acredita por el hallazgo en su domicilio**, durante la inspección ocular llevada a cabo por los investigadores policiales, de casi 50 gramos de gran pureza de esta sustancia y de más de 100 gramos de fenacetina, destinada al corte de aquella.

Tampoco existe duda de que el acusado (Jesús Ángel) y su acompañante (" Ganso ") fueron a casa de Miguel Ángel a adquirir droga en una cantidad importante, cercana a los 400 gramos, según resulta acreditado por la **declaración del coacusado Ezequiel**, que dijo que, con esta finalidad, había puesto en contacto a su amigo Miguel Ángel, primero, con Dionisio, el día anterior al de los hechos en un locutorio y, después, con el recurrente (Jesús Ángel) y a su acompañante (" Ganso "), a los que acompañó el día 4 octubre 2013 a casa de su amigo, esperando en la calle, dentro de un coche, mientras se llevaban a cabo los tratos para la venta de la sustancia.

Este dato resultó corroborado por el propio recurrente (Jesús Ángel) que, aunque pretendiera exculparse, admitió haber oído hablar a su acompañante (" Ganso ") y a Miguel Ángel del precio de esa partida de droga, así como admitió que, en ese contexto, subió al piso de Miguel Ángel unos fajos de dinero falso en una bolsa que, en un momento preciso, recogió de su coche estacionado a la puerta del inmueble, uno de los cuales fue hallado allí por los investigadores con sus huellas dactilares impresas en la bolsa, en el envoltorio y en los billetes".

Respecto al alegato del recurrente de que no se encontró la droga que se alegaba era el objeto de la transacción y que ello no puede determinar la condena por delito del art. 368 CP como sustancia que causa grave daño a la salud hay que proceder al análisis del esfuerzo valorativo y de motivación del Tribunal, que así destaca que:

"El Jurado considera probado que el acusado Jesús Ángel y su acompañante acudieron al domicilio de Miguel Ángel con la **intención de comprar la cantidad aproximada de 400 gr. de cocaína con la intención posterior de destinar dicha sustancia a la venta o al intercambio por objetos valiosos**, habiéndose desplazado para ello desde Madrid el día anterior.

Lo considera probado por la propia declaración de Jesús Ángel que manifestó haber oído a Ganso (persona en busca y captura) y el fallecido Miguel Ángel acordar el precio de la droga, manifestando Jesús Ángel que él bajo después al coche a por el dinero. El acusado Ezequiel así lo afirma en su declaración en la Audiencia Provincial. El testigo Bigotes sube a la vivienda de Miguel Ángel y coincide con uno de los agresores. Una vez en casa de Miguel Ángel encuentra que en su interior había otra persona vestida de forma más informal, observando como Jesús Ángel y Ganso hablaban con Miguel Ángel en el comedor. Se le exhibió la foto nº 13 en la que reconoció que en la mesa del comedor estaban sentados Jesús Ángel, Ganso y la víctima.

En la prueba lofoscópica (pericial nº 5, folios 285-288) realizada por los Mossos d'Esquadra NUM015 y NUM016 (informe NUM017), se detalla el hallazgo de un fardo de billetes con diversos papeles de color blanco y dos billetes de cincuenta euros que nos indica que en el domicilio se iba a comprar algo. También se identifican huellas del acusado Jesús Ángel que nos indica que era de su propiedad del acusado (o al menos que lo había manipulado). Se ha practicado la pericial química número NUM018 (N/REF NUM019), folios 684- 686, de los facultativos del IMLC Sr. Juan Ramón y Rosana, que examinaron tres bolsas con muestras propiedad de Miguel Ángel. **En las muestras 1 y 2 en su interior se encontró cocaína y en la muestra 3 sustancia de corte. Ello nos indica que en el domicilio se traficaba o se podía obtener cocaína**.

El Jurado considera también probado que el acusado Jesús Ángel y su acompañante tras disparar a Miguel Ángel **se adueñaron de la droga de la que era poseedor Miguel Ángel y abandonaron el lugar**. El primer hecho que les hace pensar que se han llevado la droga es el mismo acto de matar, **entiende el Jurado que si no hay droga no se produce el asesinato de Miguel Ángel**. Además, los agentes que se encargaron de



recopilar indicios no encontraron la cantidad de droga que se había acordado y a la que los acusados han hecho referencia. La presencia de dinero falso indica que tenían la intención de robar la droga, por la cual se habían desplazado desde Madrid. **Los restos de cocaína encontrados en el domicilio era de gran pureza, habiéndose encontrado también sustancia de corte, lo que indica que en esa casa había intercambio de droga . El testigo protegido Palillo declaró que cuando entra en la vivienda el testigo protegido Bigotes le dice "nos han robado, nos han robado" . Estas palabras hacen suponer que se llevaron la droga.**

Ezequiel en su declaración afirma que en la casa de Miguel Ángel se iba a realizar un intercambio de droga. Jesús Ángel declara a pregunta de su abogado que Ganso se sacó un tarro de la bolsa en la casa de Ezequiel .

Con ello, existen pruebas suficientes para concluir con la absoluta razonabilidad con que lo expresa la sentencia de instancia que existía esa intención y que el ahora recurrente en todo caso es partícipe, al menos, en grado de tentativa. Colaboró en la ejecución de los hechos con participación a título de cómplice, al menos.

Los indicios llevan a la conclusión de que existen datos relevantes para la condena:

- 1.- El acopio de los billetes falsos, con las huellas del recurrente (un total de 90), estaban destinadas a la compra que se dice en hechos probados de los 400 g de dicha sustancia.
- 2.- El recurrente estaba al tanto, como se afirma en el factum, de las gestiones para la compra de la droga.
- 3.- Participa en la preparación del pago de la misma, y
- 4.- Pretendía obtener un beneficio económico de la obtención de la droga.

En la sentencia del Tribunal de instancia se recoge en este extremo que "Considera probado el Jurado que el acusado Héctor hizo un continuo seguimiento del desarrollo de la operación de transacción de droga, pretendiendo así obtener un beneficio económico derivado de la obtención de la droga ilícita por parte del acusado Jesús Ángel . Así lo consideran en base al informe lofoscópico NUM017 de los agentes NUM020 y NUM021 , que afirma la existencia de 90 huellas pertenecientes al acusado en un fardo encontrado en casa del fallecido. El Jurado tiene nuevamente en cuenta la existencia de dichas huellas que resulta incompatible con una manipulación rápida de segundos. Considera que con ello pretendía obtener un beneficio económico. Asimismo, según declaración del propio acusado llamó a su amigo, Jesús Ángel , repetidamente el día anterior a los hechos y el mismo día, sin motivo aparente. Entiende el Jurado que las declaraciones que da el acusado Héctor no son suficientemente contundentes para explicar el motivo de esas llamadas. Entiende el Jurado que las llamadas el día anterior de los hechos, como el mismo día, eran realizadas para saber cómo iba el proceso de la estafa y posteriormente para saber el seguimiento y lo sucedido en la supuesta transacción realizada. Al no tener respuesta del acusado Jesús Ángel , también se pone en contacto con el otro acusado Ganso a través de mensajes de WhatsApp, donde él le cuenta que había sucedido algo en Barcelona".

Los indicios que han concurrido como pruebas concurrentes determinan la idea y objetivo de cuál era la operación diseñada, la existencia de los billetes falsos para la adquisición de la droga y el TSJ ha configurado el grado de participación en la tentativa sobre la que construye su intervención en cuanto a la estafa no consumada por el crimen y la misma tentativa en concurso medial del delito contra la salud pública, por cuanto el objetivo era llevar a cabo un acto de transacción en el que los cómplices habían tenido un grado de diseño y participación en la ideación criminal que no puede determinar que su actuación sea impune.

El motivo se desestima.

NOVENO .- 3.- Por infracción de precepto constitucional , al amparo del artículo 846 bis c) apartado b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender vulnerado el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española con relación al artículo 29 del Código Penal que recoge la figura de la complicidad".

Cuestiona el grado de la determinación del grado de participación de Ezequiel , que es quien declara reconociendo los hechos y la participación de los intervinientes, pero, como señala la fiscalía, la calificación que se le impone es la acorde con la interesada por la fiscalía, por lo que el Tribunal no puede ir a más, y en cuanto a la del recurrente la culpabilidad de cada partícipe es individual, por lo que no existe opción de imponer más condena a Ezequiel que la fijada por el principio acusatorio.

El alegato de un recurrente respecto de la pena impuesta a otro condenado cuando no se refleja error en la determinación de pena, o en la calificación jurídica, en la actuación fijada en la sentencia de quien recurre no supone vulneración alguna que permita, por sí solo, cambiar la calificación fijada por el Tribunal o la pena impuesta; más aún cuando ya el Ministerio Fiscal fijó las bases del límite de su acusación respecto al otro acusado, por encima de lo cual no puede girar la condena del Tribunal.

El motivo se desestima.



DÉCIMO .- 4.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto legal, por inaplicación del artículo 29 del CP , que recoge la figura de la complicidad.

La sentencia del TSJ condena al recurrente, según su parte dispositiva, "como cómplice de un delito intentado de estafa en la relación de concurso descrita en el art. 77.1 CP con un delito intentado contra la salud pública relativo a sustancia de las que causan grave daño a la salud, en este caso como autor responsable, a las penas de TRES AÑOS de prisión, con igual tiempo de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y MULTA de 15.000 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de UN MES Y QUINCE DÍAS, en lugar de las que le fueron impuestas por dichos delitos en la sentencia recurrida, manteniendo íntegramente los demás pronunciamientos contenidos en dicha sentencia en relación a este acusado".

Con ello, se reclama que alternativamente sea considerado como cómplice, pero la estimación parcial del recurso interpuesto del condenado Jesús Ángel en tanto en cuanto estima el concurso medial en grado de tentativa del robo y el delito contra la salud pública atrae la modificación ex art. 903 LECRIM al resto de condenados pero mantiene la complicidad en la estafa y la autoría en el delito contra la salud pública, dado que se considera la conducta típica del autor, al tratarse de un favorecimiento del tráfico ilegal de drogas, que inexorablemente conduce a imposibilitar la figura de la complicidad, salvo en aquellos casos en los que se aprecie la existencia de conductas de segundo orden, distintas de las descritas en el tipo y consistentes en una ayuda al favorecedor, lo que evidentemente no ocurre en el presente caso.

Recordemos que es hecho probado respecto a esta participación en el delito contra la salud pública que:

"El acusado Héctor , ciudadano natural de Santo Domingo, en situación administrativa en España de estancia no autorizada, mayor de edad (nacido en fecha NUM004 -1988) y sin antecedentes penales, **se hallaba plenamente al corriente de la transacción entre sustancia estupefaciente y dinero mendaz que se iba a llevar a cabo** entre el fallecido y el imputado Jesús Ángel junto con la persona que se halla pendiente de detención internacional, **habiendo colaborado en la preparación de la misma en Madrid a través de la elaboración de los fajos de billetes de dinero que simulaba ser verdadero y haciendo un continuo seguimiento del desarrollo de la operación ilícita** , si bien desconociendo lo que finalmente aconteció en el domicilio de Miguel Ángel . Con su actuación el acusado Héctor pretendía obtener un beneficio económico derivado de la obtención de la droga ilícita por parte del acusado. Jesús Ángel y su acompañante".

Pues bien, sobre la diferencia entre complicidad y autoría o cooperación necesaria podemos señalar que como recuerda esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo 729/2011 de 12 Jul. 2011, Rec. 2433/2010 :

"En la STS. 699/2005 de 6.6 , se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "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".

Como decíamos en la STS. 147/2007 de 28.2 , la complicidad criminal requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que, aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

La complicidad -dice la STS. 1216/2002 de 28.6 -, requiere el concierto previo o por adhesión ("pactum scaeleris"), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado ("consciencia scaeleris"), el denominado "animus adiuuandi" o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción



del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (SSTS. 5.2.98 , 24.4.2000).

Ahora bien, **en el delito del art. 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor** (SSTS. 10.3.97 y 6.3.98).

Por ello la doctrina de esta Sala STS. 1069/2006 de 2.11 , ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, **en el tipo delictivo del art. 368 CP y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley** . Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino.

Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de esta Sala, pudiéndose citar, entre otras, la de 25.2.2003 que comprenden otras muchas y en la que se pone de manifiesto que, se ha admitido, conforme se expone en la sentencia de esta Sala de 14.6.95 , la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar.

Es lo que se ha venido a denominar "actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico", que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría.

La sentencia de esta Sala 312/2007 de 20.4 , enumera "ad exemplum" diversos casos calificados de complicidad:

- a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.
- b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.
- c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS. 15.10.98). En el mismo sentido STS. 28.1.2000 .
- d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS. 10.7.2001).
- e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS. 25.2.2003).
- f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS. 23.1.2003).
- g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS. 7.3.2003).
- h) colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma (STS. 30.3.2004)".

Sin embargo, en el presente caso, la relación de los hechos probados determina un grado de colaboración importante en la ayuda a los autores directos en el mismo escenario que iban a formalizar la recogida de la droga a cambio del precio, siendo éste quien, en el escenario que habían dibujado, había confeccionado el dinero simulado para la adquisición de la droga, y **se hallaba plenamente al corriente de la transacción entre sustancia estupefaciente y dinero mendaz que se iba a llevar a cabo**. No se trató, pues, de una actuación accesoria o irrelevante, sino importante a los efectos del fin pretendido.

El motivo se desestima.



UNDÉCIMO .- 5.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos por aplicación del artículo 249 que tipifica el delito de estafa, por inaplicación del artículo 8 sobre concurso de normas y artículo 28 y 29 sobre la autoría y participación.

Entiende el recurrente que no existe estafa alguna por cuanto que si algo se obtuvo, fue merced a la violencia y por lo tanto debe quedar absorbida por el robo con violencia que por otra parte se produce la ruptura de la unidad de título de imputación, pues Jesús Ángel es condenado como autor de un delito de robo con violencia y Héctor , como cómplice del de estafa intentada y que la calificación por robo es extemporánea, infringiendo principio acusatorio, pues no son homogéneos los delitos de estafa y robo.

Debe entenderse que el resultado final de la condena a cada partícipe se determina por el TSJ en razón a la consideración que fija de la apreciación de la tentativa y el concurso medial en el delito de robo y el delito contra la salud pública, que por la vía del art. 903 LECRIM se convierte en su aplicación a los recurrentes Héctor y Dionisio en concurso medial del art. 77.1 CP de estafa y delito contra la salud pública, ya que estando claro el segundo como ya se ha expresado en la conducta del ahora recurrente lo que concurre es su participación en una estafa, pero no en un robo.

De esta manera, como apunta la fiscalía en su informe, se desprende en este caso la existencia, de dos secuencias perfectamente diferenciadas y distintas:

1.- Por una parte, la existencia de la **planificación del delito de estafa junto a los otros coacusados, mediante el encargo de la droga al fallecido, y la preparación de los billetes falsos con los que pretendían engañar al vendedor de la misma**, realizando los actos conducentes a tal fin, compareciendo el autor material y su acompañante en el domicilio del vendedor, para cometer la defraudación planificada, que no pudo tener su consumación al darse cuenta la víctima de la mendacidad de los billetes, no se trata pues de la participación del recurrente en actos preparatorios, sino que por el contrario de la realización de actos conducentes al fin planeado, que si bien no pudo consumarse lo fue por causas ajenas a su voluntad. Hasta aquí llega la participación o coparticipación del recurrente, con el resto de los coacusados, y de ahí la condena como cómplice por el delito de estafa intentado. Por ello, la calificación lo es en este caso en grado de tentativa, y de estafa, ya que ninguna intervención tienen en el robo.

2.- El hecho de que posteriormente se procediera al intento de robo y asesinato del vendedor de la droga, constituye una secuencia delictiva distinta, de ahí resulta la condena distinta para cada acusado, puesto que cada uno debe responder de los actos ejecutados por el mismo, y el caso presente es obvio dado los hechos probados que el recurrente participó en concepto de cómplice en el delito de estafa intentado.

Los hechos cometidos por el recurrente Jesús Ángel son distintos a los cometidos por el recurrente y Dionisio que participan en los hechos desde otro prisma, y a ellos no les alcanza ni el robo ni el asesinato, obviamente, pero sí los delitos por los que han sido condenados por existir prueba bastante, conforme se ha especificado con detalle en la presente resolución.

El motivo se desestima.

DUOCÉSIMO .- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados Dionisio , Jesús Ángel y Héctor , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 8 de junio de 2018 , que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Jesús Ángel , desestimando los recursos de D. Dionisio y Héctor , contra sentencia de fecha 9 de junio de 2017 de la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarda Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia



Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ