

Roj: **STS 1466/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1466**Id Cendoj: **28079120012017100281**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/04/2017**Nº de Recurso: **10422/2016**Nº de Resolución: **234/2017**Procedimiento: **PENAL - JURADO**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 4 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones legales de **los procesados D. Argimiro Hipolito , D. Alexander Enrique , y D. Alexander Norberto , y de las Acusaciones Particulares DOÑA Amalia Juana y DOÑA Covadonga Paulina y DOÑA Reyes Teresa y DON Bruno Nazario y DOÑA Agueda Elvira** , contra Sentencia núm. 14/2016, de 31 de mayo de 2016 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en el Rollo de apelación núm. 6/2016 contra la Sentencia del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 759/15, de 12 de noviembre de 2015, dictada en el Rollo de Sala núm. 1/2013 dimanante del Procedimiento del Jurado 2/2010 del Juzgado de instrucción 19 de Madrid, seguido por delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas contra D. Alvaro Fructuoso , D. Lorenzo Cayetano , D. Severino Patricio , D. Maximiliano Virgilio , D. Alexander Enrique , D. Argimiro Hipolito y D. Alexander Norberto . Los Excmos. Sres. Magistrados 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. Han intervenido en la presente causa: el Ministerio Fiscal; como recurrentes: D. Argimiro Hipolito , D. Alexander Enrique , y D. Alexander Norberto , y de las Acusaciones Particulares DOÑA Amalia Juana y DOÑA Covadonga Paulina y DOÑA Reyes Teresa y DON Bruno Nazario y DOÑA Agueda Elvira ; y como recurridos: los procesados D. Severino Patricio , y D. Maximiliano Virgilio y la Acusación particular D. Saturnino Justiniano (cuyo recurso quedó desierto).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Procedimiento de la Ley del Jurado 1/2013 dimanante del núm. 2/2010 del Juzgado de Instrucción núm. 19 de Madrid, con fecha 12 de noviembre de 2015 dictó Sentencia núm. 759/29015, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<<Los hechos declarados probados tras emitir el jurado su veredicto son los siguientes:

**APARTADO A:** Respecto de los hechos alegados en relación a la cuestión principal que el jurado considera probados.

**PRIMERO.-** Aproximadamente sobre las 21,30 horas del día 18 de diciembre de 2008, D. Rosendo Horacio conducía el vehículo Mercedes de su propiedad, en compañía de su pareja, Dña. Africa Bernarda , accediendo al garaje de su domicilio sito en la CALLE000 , nº NUM000 de Madrid, momento en el que dos personas se dirigieron a la parte izquierda del vehículo y uno de ellos, con una pistola semiautomática del calibre 9 mm corto, efectuó dos disparos a la cabeza de la víctima con el propósito de causarle la muerte, dándose a continuación a la fuga.

SEGUNDO.- A consecuencia de esos disparos, D. Rosendo Horacio falleció a las 11,30 horas del día 19 de diciembre de 2008, por parada cardiorespiratoria secundaria a la afectación de centros vitales, en el Hospital "Gregorio Marañón" de Madrid.

TERCERO.- Dichos disparos se produjeron de manera sorpresiva y de forma súbita e inopinada, impidiendo cualquier tipo de defensa de la víctima, con la finalidad de asegurar el resultado mortal y sin riesgo alguno para los autores.

CUARTO.- El encargo de causar la muerte del abogado se hizo a cambio del pago de una suma no determinada de dinero en concepto de precio.

QUINTO.- La pistola semiautomática utilizada, la cual no ha podido ser recuperada, era apta para efectuar los disparos y se encontraba en perfecto estado de funcionamiento.

SEXTO.- La víctima había recibido diversas amenazas de muerte en los meses anteriores a su fallecimiento, por las que interpuso denuncia, no constando que las investigaciones realizadas por la policía hubieran dado ningún resultado.

SÉPTIMO.- En el momento del fallecimiento D. Rosendo Horacio tenía 45 años y convivía en su domicilio con su pareja Dña. Africa Bernarda , estaba casado con Dña. Amalia Juana , con quien había tenido dos hijas, llamadas Reyes Teresa , quien a su muerte tenía 18 años, y Covadonga Paulina , 15 años.

OCTAVO.- Al fallecido le sobrevivieron sus padres D. Bruno Nazario y Dña. Agueda Elvira , además de su hermano D. Saturnino Justiniano .

APARTADO B: Respecto de los hechos alegados sobre la participación de cada uno de los acusados que el jurado considera probados

#### 1).- SOBRE LA PARTICIPACION DE Alvaro Fructuoso

NOVENO.- A mediados del año 2008, Alvaro Fructuoso (alias " Millonario "), súbdito colombiano, mayor de edad y con efectos penales no computables a efectos de reincidencia, a petición de una persona desconocida llamada " Borja Torcuato ", se reunió en la "Cervecería y Billares Oscar", sita en la calle Peñote, nº 4 de Galapagar, con Lorenzo Cayetano , quien le propuso el trabajo consistente en dar muerte al abogado D. Rosendo Horacio a cambio de una cantidad no determinada de dinero, al menos 20.000 euros.

DÉCIMO.- En dicha reunión Lorenzo Cayetano le hizo saber a Alvaro Fructuoso que se le entregaría un dossier conteniendo información respecto al domicilio, lugar de trabajo, horarios y costumbres del abogado como consecuencia del seguimiento que se le había efectuado, ofreciéndole como garantía de la seriedad del encargo un vehículo modelo Volkswagen Golf R32.

UNDÉCIMO.- Tras aquella reunión, persona desconocida (un tal " Borja Torcuato ") hizo entrega a Alvaro Fructuoso del correspondiente dossier con fotografías de la víctima, información sobre su domicilio, lugar de trabajo, horarios y rutinas; en definitiva, conteniendo los detalles necesarios para la planificación y ejecución del asesinato.

DUODÉCIMO.- Dicho dossier fue encontrado al practicarse diligencia de entrada y registro el día 28 de octubre de 2008 en el domicilio de Alvaro Fructuoso , sito en la CALLE001 , nº NUM001 de Madrid, tras ser detenido el día anterior por hechos ajenos a los aquí enjuiciados.

DÉCIMO TERCERO.- Alvaro Fructuoso acudió al Centro Comercial "Parquesur" de Leganés, en donde se reunió con Maximiliano Virgilio y Severino Patricio para que le indicaran donde residía el abogado, trasladándose el primero en su propio vehículo y los otros dos en el turismo Seat León, matrícula NUM002 , propiedad del último citado, quien lo conducía, mientras que el segundo de ellos, desde el asiento del copiloto, le indicó, sacando el brazo por la ventanilla, cuál era el domicilio de la víctima.

DÉCIMO CUARTO.- Alvaro Fructuoso propuso a Justo Leopoldo tomar parte en la muerte del abogado.

DÉCIMO QUINTO.- Como garantía del pago por aceptar el encargo de matar al abogado, Alvaro Fructuoso , en sustitución del vehículo Volkswagen Golf, recibió también el turismo Seat León, de color amarillo, con matrícula NUM002 , junto con sus llaves, siendo éste propiedad de Severino Patricio y quedando el coche aparcado en la calle.

DÉCIMO SEXTO.- Alvaro Fructuoso efectuó por su cuenta distintas vigilancias en las inmediaciones del domicilio del abogado, comprobando la existencia de cámaras de vigilancia e intentando recabar información sobre las mismas.

#### 2).- SOBRE LA PARTICIPACION DE Lorenzo Cayetano



DÉCIMO SÉPTIMO.- Lorenzo Cayetano , nacido en Medellín (Colombia), mayor de edad y sin antecedentes penales, acudió a la "Cervecería y Billares Oscar" de Galapagar para reunirse con Alvaro Fructuoso , comprometiéndose a facilitarle en días posteriores un dossier con los detalles sobre la ejecución del abogado y ofreciéndole como garantía de la seriedad del encargo un vehículo modelo Volkswagen Golf R32.

DÉCIMO OCTAVO.- Lorenzo Cayetano conocía al abogado por haberle defendido en una causa seguida por delito de robo y posteriormente por haber actuado en defensa de sus intereses a consecuencia de un accidente de tráfico del que el primero fue víctima y en la reclamación civil correspondiente, que al año 2008 aún no había finalizado.

DÉCIMO NOVENO.- En días posteriores a la reunión con Alvaro Fructuoso en los billares de Galapagar, Lorenzo Cayetano se puso en contacto con Severino Patricio , pidiéndole que ofreciera a " Chiquito " ( Maximiliano Virgilio ) participar en estos mismos hechos.

VIGÉSIMO.- Lorenzo Cayetano no mantenía en ese momento relación de amistad alguna con Maximiliano Virgilio tras una discusión o pelea que tiempo antes se produjo entre ambos.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En el domicilio de Lorenzo Cayetano , sito en la CALLE002 , n° NUM003 de Villanueva del Pardillo, o en sus inmediaciones, tuvo lugar una reunión en fecha no determinada con Alexander Enrique , Maximiliano Virgilio y Severino Patricio para concretar los detalles sobre la forma de dar muerte al abogado, se mostraron fotos de la víctima, quien aparecía junto a una mujer rubia, y se habló de la cantidad de dinero ofrecida por su muerte.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Lorenzo Cayetano no tenía poder de decisión sobre la muerte del abogado si bien las reuniones en las que participó realizadas de manera consciente y voluntaria contribuyeron a dicho resultado.

### 3).- SOBRE LA PARTICIPACION DE Maximiliano Virgilio

VIGÉSIMO TERCERO.- Maximiliano Virgilio (conocido como " Chiquito " o " Pelirrojo "), nacido en Palmira Valle (Colombia), mayor de edad y con antecedentes penales no computables, concertó con Lorenzo Cayetano y Severino Patricio el encargo de participar en la muerte del abogado.

VIGÉSIMO CUARTO.- Maximiliano Virgilio acudió al Centro Comercial "Parquesur" de Leganés en compañía de Severino Patricio , donde contactaron con Alvaro Fructuoso (alias " Millonario ") a fin de indicarle donde residía el abogado, dirigiéndose todos ellos al domicilio de la víctima en la CALLE000 de Madrid, indicándole el primero con el brazo la ubicación exacta donde residía.

VIGÉSIMO QUINTO.- Maximiliano Virgilio se reunió, en fecha no determinada del año 2008, en el domicilio de Lorenzo Cayetano , o en sus inmediaciones, junto con Severino Patricio y Alexander Enrique , para tratar de los detalles acerca de dar muerte al abogado.

VIGÉSIMO SEXTO.- Maximiliano Virgilio , tras la reunión descrita en el hecho anterior, efectuó, en compañía de Severino Patricio , al menos una nueva observación y vigilancia en el domicilio de la víctima.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Maximiliano Virgilio no tenía poder de decisión sobre la muerte del abogado, si bien las reuniones en las que participó, junto con los actos de observación y vigilancia realizados de manera consciente y voluntaria contribuyeron a dicho resultado.

### 4).- SOBRE LA PARTICIPACION DE Severino Patricio

VIGÉSIMO OCTAVO.- Severino Patricio , nacido en Medellín (Colombia), mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de esta causa, recibió de Lorenzo Cayetano , el encargo de participar en estos hechos, pidiéndole que ofreciera a " Chiquito " ( Maximiliano Virgilio ), con el que este último ya no tenía relación de amistad, esta misma posibilidad.

VIGÉSIMO NOVENO.- Severino Patricio acudió al Centro Comercial "Parquesur" de Leganés en compañía de Maximiliano Virgilio (alias " Chiquito "), donde contactaron con Alvaro Fructuoso (alias " Millonario ") a fin de indicarle donde residía el abogado, dirigiéndose todos ellos al domicilio de la víctima en la CALLE000 de Madrid, conduciendo el primero el vehículo de la marca Seat León, matrícula NUM002 .

TRIGÉSIMO.- Severino Patricio era soldado profesional con destino en la Brigada Paracaidista con sede en Alcalá de Henares, unidad a la que también perteneció Lorenzo Cayetano , si bien ambos no coincidieron en las mismas fechas.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Severino Patricio se reunió en fecha no determinada del año 2008 en el domicilio de Lorenzo Cayetano , o en sus inmediaciones, junto con Maximiliano Virgilio y Alexander Enrique , para tratar de los detalles acerca de dar muerte al abogado.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Severino Patricio , tras la reunión descrita en el hecho anterior, efectuó, en compañía de Maximiliano Virgilio , al menos una nueva observación y vigilancia en el domicilio de la víctima.

TRIGÉSIMO TERCERO.- Severino Patricio no tenía poder de decisión sobre la muerte del abogado, si bien las reuniones en las que participó, junto con los actos de observación y vigilancia realizados de manera consciente y voluntaria contribuyeron a dicho resultado.

5).- SOBRE LA PARTICIPACION DE Alexander Enrique

TRIGÉSIMO CUARTO.- Alexander Enrique acudió al domicilio de Lorenzo Cayetano , sito en la CALLE002 , n° NUM003 de Villanueva del Pardillo, o a sus inmediaciones, donde tuvo lugar una reunión, en fecha no determinada del año 2008, con Maximiliano Virgilio y Severino Patricio para concretar los detalles sobre la forma de dar muerte al abogado, se mostraron fotos de la víctima y se habló de la cantidad de dinero ofrecida por su muerte.

TRIGÉSIMO QUINTO.- Alexander Enrique era el usuario del teléfono móvil n° NUM004 durante el año 2008.

TRIGÉSIMO SEXTO.- Alexander Enrique recibió los días 7, 8 y 10 de diciembre de 2008 cinco llamadas a su móvil desde el teléfono fijo n° NUM005 correspondiente al domicilio particular de Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa, sito en la CALLE003 , n° NUM006 de Galapagar.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- Alexander Enrique realizó, en la tarde del día 15 de diciembre de 2008, en compañía de Alexander Norberto , Argimiro Hipolito y Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa, labores de vigilancia en el despacho profesional y domicilio de la víctima, según revela el posicionamiento de su teléfono móvil a través de las antenas que dan cobertura a las calles Lagasca, n° 68 y Antonio Rodríguez Villa, n° 14 de Madrid, respectivamente, posicionando antes el teléfono de este último y del primero en la zona que da cobertura a la estación de Príncipe Pío de Madrid.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- Alexander Enrique realizó, en la tarde del día 15 de diciembre de 2008, en compañía de Alexander Norberto , Argimiro Hipolito y Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa, labores de vigilancia en el despacho profesional y domicilio de la víctima, según revela el posicionamiento de su teléfono móvil a través de las antenas que dan cobertura a las calles Lagasca, n° 68 y Antonio Rodríguez Villa, n° 14 de Madrid, respectivamente, posicionando antes el teléfono de este último y del primero en la zona que da cobertura a la estación de Príncipe Pío de Madrid.

TRIGÉSIMO NOVENO.- Antes de las 18 horas del día 18 de diciembre de 2008, Alexander Enrique realizó dos llamadas desde el teléfono móvil del que era usuario al móvil de Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa, según revela el posicionamiento a través de las antenas que dan cobertura a la zona en que se encontraban.

CUADRAGÉSIMO.- Sobre las 18,30 horas del día 18 de diciembre de 2008, Alexander Enrique se encontraba, en compañía de Argimiro Hipolito , en las inmediaciones del domicilio de la víctima, sito en la CALLE000 de Madrid, vigilando la hora de salida del mismo, según revela el posicionamiento de su teléfono móvil a través de las antenas que dan cobertura a dicha calle.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- Sobre las 19 horas de ese mismo día, Alexander Enrique acudió, en compañía de Argimiro Hipolito , a las inmediaciones de la calle Lagasca de Madrid donde se encontraba el despacho profesional de la víctima, continuando ambos las labores de vigilancia hasta aproximadamente las 21,16 horas, momento en que el abogado se dirige, en unión de su pareja Africa Bernarda , con quien contacta por su teléfono tras salir de una reunión en el Hotel Velázquez de Madrid, al aparcamiento de la calle Ayala, n° 38 de Madrid donde tenía estacionado el vehículo Mercedes Benz, matrícula NUM007 , para regresar a su domicilio, todo ello según revela el posicionamiento de sus respectivos teléfonos móviles a través de las antenas que dan cobertura a dichas calles.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- Coincidiendo con la salida de la víctima del Hotel Velázquez de Madrid, a partir de las 21,17 horas y hasta las 21,23 horas aproximadamente, Alexander Enrique y Argimiro Hipolito se intercambiaron distintas llamadas desde sus respectivos teléfonos móviles, posicionando ambos en los alrededores del despacho del abogado.

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- Sobre las 21,23 horas de ese día, Alexander Enrique se desplazó, siguiendo el vehículo de la víctima, hasta las proximidades del domicilio del abogado, coordinándose telefónicamente con Alexander Norberto y Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa, quienes se encontraban ya en las inmediaciones de este domicilio, sito en la CALLE000 , n° NUM000 de Madrid, esperando la llegada del turismo Mercedes en el que circulaba la víctima con su pareja, según revela el posicionamiento de sus respectivos teléfonos móviles a través de las antenas que dan cobertura a dichas calles.



CUADRAGÉSIMO CUARTO.- Una media hora después de efectuados los disparos, sobre las 21,55 horas aproximadamente, Alexander Enrique realiza una nueva llamada, mientras se desplazaba hacia su domicilio, al móvil de Argimiro Hipolito , según revela el posicionamiento de las antenas que dan cobertura a la zona en que respectivamente se encontraban.

CUADRAGÉSIMO QUINTO.- Sobre la una de la madrugada del día 19 de diciembre de 2008, hallándose ya Alexander Enrique en su domicilio de Ocaña, vuelve a llamar, en este caso al teléfono móvil de Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa, y quien se encontraba, a su vez, en su domicilio de Galapagar, según revela el posicionamiento de las antenas que dan cobertura a ambas localidades.

CUADRAGÉSIMO SEXTO.- Sobre las siete de la mañana del día 21 de diciembre de 2008, Alexander Enrique recibe una llamada de Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa, hallándose ambos en sus respectivos domicilios de Ocaña y Galapagar, según revela el posicionamiento de las antenas que dan cobertura a ambas localidades.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.- Sobre las 14 horas del día 21 de diciembre de 2008, Alexander Enrique recibe una llamada de su madre, Violeta Concepcion , cuando el primero se hallaba en la localidad de Villanueva del Pardillo, lugar de residencia de Lorenzo Cayetano , según revela el posicionamiento de las antenas que dan cobertura a dicha localidad.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO.- Sobre las 15,18 horas del día 21 de diciembre de 2008, Alexander Enrique llamó desde su teléfono móvil al de Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa, hallándose ambos en Galapagar, según revela el posicionamiento de las antenas que dan cobertura a dicha localidad.

CUADRAGÉSIMO NOVENO.- Entre las 18,31 horas y las 18,48 horas del día 21 de diciembre de 2008, Alexander Enrique realizó varias llamadas al teléfono móvil de Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa, hallándose ambos en la localidad de Fuenlabrada, según revela el posicionamiento de las antenas que dan cobertura a dicha zona.

QUINCUAGÉSIMO.- La participación de Alexander Enrique fue decisiva para la producción de la muerte del abogado, de forma tal que sin su intervención el hecho no se hubiera producido.

6).- SOBRE LA PARTICIPACION DE Argimiro Hipolito

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.- Argimiro Hipolito era el usuario del teléfono móvil n° NUM028 durante el año 2008.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO.- Argimiro Hipolito realizó, en la tarde del día 15 de diciembre de 2008, en compañía de Alexander Norberto , Alexander Enrique y Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa, labores de vigilancia en el despacho profesional y domicilio de la víctima, según revela el posicionamiento de su teléfono móvil a través de las antenas que dan cobertura a las calles Lagasca, n° 68 y Antonio Rodríguez Villa, n° 14 de Madrid, respectivamente.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO.- Sobre las 18,30 horas del día 18 de diciembre de 2008, Argimiro Hipolito se encontraba, en compañía de Alexander Enrique , en las inmediaciones del domicilio de la víctima, sito en la CALLE000 de Madrid, según revela el posicionamiento de su teléfono móvil a través de las antenas que dan cobertura a dicha calle.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO.- Sobre las 19 horas de ese mismo día, Argimiro Hipolito acudió, en compañía de Alexander Enrique , a las inmediaciones de la calle Lagasca de Madrid donde se encontraba el despacho profesional de la víctima, continuando ambos las labores de vigilancia hasta aproximadamente las 21,16 horas, momento en que el abogado se dirige, en unión de su pareja Africa Bernarda , al aparcamiento de la calle Ayala, n° 38 de Madrid donde tenía estacionado el vehículo Mercedes Benz, matrícula NUM007 , para regresar a su domicilio todo ello según revela el posicionamiento de sus respectivos teléfonos móviles a través de las antenas que dan cobertura a dichas calles.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO.- Coincidiendo con la salida de la víctima del Hotel Velázquez de Madrid, a partir de las 21,17 horas y hasta las 21,23 horas aproximadamente, Argimiro Hipolito y Alexander Enrique se intercambian diferentes llamadas desde sus respectivos teléfonos móviles posicionando ambos en los alrededores del despacho del abogado.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO.- Una media hora después de efectuados los disparos, sobre las 21,55 horas aproximadamente, Argimiro Hipolito recibe una nueva llamada de Alexander Enrique , mientras se desplazaba hacia su domicilio, según revela el posicionamiento de las antenas que dan cobertura a la zona en que respectivamente se encontraban.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO.- Sobre las 14,04 horas del día 21 de diciembre de 2008, Argimiro Hipolito realiza una llamada desde el móvil del que era usuario al teléfono de su mujer Violeta Concepcion , cuando el primero se hallaba en la localidad de Villanueva del Pardillo, lugar de residencia de Lorenzo Cayetano , según revela el posicionamiento de las antenas que dan cobertura a dicha localidad.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO.- Argimiro Hipolito no participó en la realización de actos directamente relacionados e indispensables para dar muerte del abogado, si bien por las reuniones en las que intervino, junto con los actos de observación y vigilancia realizados, puso los medios conducentes a su realización.

7) . - SOBRE LA PARTICIPACION DE Alexander Norberto

QUINCUAGÉSIMO NOVENO.- Alexander Norberto era el usuario del teléfono con tarjeta prepago nº NUM008 durante el año 2008.

SEXÁGESIMO.- Alexander Norberto realizó, en la tarde del día 15 de diciembre de 2008, en compañía de Argimiro Hipolito , Alexander Enrique y Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa, labores de vigilancia en el despacho profesional y domicilio de la víctima, según revela el posicionamiento de su teléfono móvil a través de las antenas que dan cobertura a las calles Lagasca, nº 68 y Antonio Rodríguez Villa, nº 14 de Madrid, respectivamente.

SEXAGESIMO PRIMERO.- En la víspera de la muerte del abogado, concretamente, el día 17 de diciembre de 2008, Alexander Norberto recibió dos llamadas en su teléfono desde el móvil del que era usuario Alexander Enrique cuando éste se encontraba en su lugar de residencia en Ocaña.

SEXAGESIMO SEGUNDO.- Sobre las 21,23 horas del día 18 de diciembre de 2008, Alexander Norberto , quien desde las 20,05 horas se encontraba en las inmediaciones del domicilio de la víctima, sito en la CALLE000 , nº NUM000 de Madrid, recibió una llamada de Alexander Enrique , quien se desplazaba hacia allí, encontrándose el primero en compañía de Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa, según revela el posicionamiento de sus respectivos teléfonos móviles a través de las antenas que dan cobertura a esa zona.

SEXÁGESIMO TERCERO.- Aproximadamente sobre las 21,30 horas del día 18 de diciembre de 2008, cuando el vehículo de la víctima entraba por la rampa del garaje de su domicilio, sito en la CALLE000 , nº NUM000 de Madrid, Alexander Norberto y Felipe Desiderio , sujeto no enjuiciado en la presente causa se aproximaron por la parte izquierda del vehículo con la cara tapada o embozada y de forma súbita e inopinada, sin darle oportunidad alguna de defenderse, uno de ellos efectuó dos disparos con una pistola semiautomática del calibre 9 mm corto, que impactaron en la cabeza de la víctima, ocasionándole la muerte al día siguiente.

SEXÁGESIMO CUARTO.- La existencia y posesión del arma utilizada para dar muerte al abogado era conocida por Alexander Norberto , quien carecía de permiso y licencia de armas.

APARTADO C).- *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que el jurado considera probadas*

SEXÁGESIMO QUINTO.- Alvaro Fructuoso proporcionó a los investigadores del Grupo X de Homicidios información esencial para el esclarecimiento del caso y para establecer la relación de Lorenzo Cayetano , Maximiliano Virgilio y Severino Patricio con la muerte del abogado. SEXÁGESIMO SEXTO.- Alexander Norberto y otro individuo no enjuiciado en la presente causa llevaban la cara embozada o tapada para evitar que les reconocieran.

SEXÁGESIMO SÉPTIMO.- Desde el momento en que se inició la investigación hasta la celebración del presente juicio, tras otro anterior en su momento anulado, se ha producido un retraso en la tramitación de la causa al hallarse paralizada sin justificación alguna y por motivos no atribuibles directamente a los propios acusados.>>

**SEGUNDO.-** En la anterior resolución el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado dictó el **Fallo** siguiente:

<<Procede condenar a Alvaro Fructuoso de un delito de conspiración de asesinato mediante precio ya c de la circunstancia atenuante muy cualificada de colaboración dilaciones indebidas ya referidas, a la pena de 3 AÑOS Y 7 MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho el tiempo de la condena, así como al pago de las costas pro correspondiente, incluidas las de las acusaciones particulares.

Procede condenar a Lorenzo Cayetano responsable de un delito de conspiración de asesinato mediante concurrencia de la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de 11 AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales en la parte alícuota correspondiente, incluidas la de las acusaciones particulares.

Procede condenar a Maximiliano Virgilio y Severino Patricio , como responsables de un delito de conspiración de asesinato mediante precio ya calificado, con la concurrencia de la atenuante simple de dilaciones indebidas,

a la pena de 6 AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria el ejercicio del derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las costas procesales en la parte alícuota correspondiente, incluidas las de las acusaciones particulares.

Procede condenar a Argimiro Hipolito como cómplice de un delito de asesinato alevoso mediante precio ya calificado, con la concurrencia de la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de 12 AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales en la parte alícuota correspondiente, incluidas las de las acusaciones particulares.

Procede condenar a Alexander Enrique como autor responsable de un delito de asesinato alevoso mediante precio ya calificado, con la concurrencia de la ' atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de 21 AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como el pago de las costas procesales en la parte alícuota correspondiente, incluidas las de las acusaciones particulares.

Procede condenar a Alexander Norberto como autor responsable de un delito de asesinato alevoso mediante precio ya calificado, con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz y la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de **23 AÑOS DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, con la concurrencia de la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de **1 AÑO y 4 MESES DE PRISIÓN**, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales en la parte alícuota correspondiente, incluidas las de las acusaciones particulares.

Para el cumplimiento de la pena se abonará el tiempo que los condenados hubieren permanecido privados de libertad por esta causa.

Los condenados indemnizarán, conjunta y solidariamente a Doña Covadonga Paulina en la suma de 160.000 euros y Dña. Reyes Teresa en la cantidad de 80.000 euros; a Dña. Agueda Elvira y D. Bruno Nazario , en un importe de 40.000 euros para cada uno de ellos; y a D. Saturnino Justiniano , en la cantidad de 15.000 euros, con el abono en todos los casos del interés legal establecido en Enjuiciamiento Civil, y a salvo el ejercicio de las acciones que en otro ámbito pudiera ejercitar Dña. Africa Bernarda en cuanto se considere perjudicada.

Procede decretar el decomiso de la suma de 22.115 puros intervenida a Argimiro Hipolito , y el vehículo Nissan Navara, matrícula NUM009 y el remolque marca Willians HB 506 propiedad de Alexander Enrique .>>

**TERCERO.-** Con fecha 26 de noviembre de 2015 la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en la presente causa, dicta **Auto** cuya **Parte Dispositiva** es la siguiente:

<<SE RECTIFICA la Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2015 en los términos siguientes: Hacer constar que por involuntario error material de transcripción se reprodujo el hecho trigésimo séptimo en las sesiones del hecho trigésimo octavo, omitiéndose la redacción del hecho quincuagésimo segundo del objeto del veredicto, declarando probado por unanimidad, por el Jurado, y que literalmente señala: "En la víspera de la muerte del abogado, concretamente el día 17 de diciembre de 2008, Alexander Enrique realizó dos llamadas desde un teléfono móvil cuando se encontraba en su lugar de residencia en la Ocaña al móvil del que era usuario Alexander Norberto y otras dos al móvil del que era usuario Felipe Desiderio ; sujeto no enjuiciado en la presente causa>>.

**CUARTO.-** Frente a la anterior Sentencia del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid se formuló **recurso de apelación** , que fue resuelto por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante Sentencia núm. 14/2016, de fecha 31 de mayo de 2016, dictada en el Rollo de Apelación 6/2016 , cuyo **Fallo** es el siguiente:

<<DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos en nombre y representación de Maximiliano Virgilio , Alexander Enrique , Alexander Norberto , Argimiro Hipolito , Lorenzo Cayetano , Saturnino Justiniano , Bruno Nazario , Agueda Elvira , Amalia Juana , Covadonga Paulina , Reyes Teresa , y por el MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, Dn. Francisco Javier Tejeiro Dacal, designado en la Sección Décimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 12 de noviembre de 2015, y auto aclaratorio de la misma de 26 de noviembre de 2015, que confirmamos; sin especial imposición de las costas de estos recursos. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser anunciado, dentro del plazo de cinco días, mediante escrito autorizado por un Abogado y suscrito por un Procurador, ante este Tribunal.Lo acuerdan, mandan y firman los Sres/as. Magistrados/as que figuran al margen.>>

**QUINTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por las representaciones legales de los procesados D. Argimiro Hipolito , D. Alexander Enrique , y D. Alexander Norberto , y de las Acusaciones Particulares DOÑA Amalia Juana y DOÑA MARIA y DOÑA Reyes Teresa y DON Bruno Nazario y DOÑA Agueda Elvira , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**SEXTO.-** El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Don Argimiro Hipolito se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Motivo primero.- Quebrantamiento de forma por infracción de norma y garantías procesales causante de indefensión.

Motivo segundo.-

1º.- Infracción de Ley del art. 849 de la LECrim ., por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, indebida aplicación del art. 139 del C. penal .

2º.- Infracción de Ley del art. 849 de la LECrim ., por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, indebida aplicación del art. 29 del C. penal .

3º.- Infracción de Ley del art. 849 de la LECrim ., por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, indebida aplicación de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos y en la determinación de la pena, conforme a la participación en los hechos de Don Argimiro Hipolito .

Motivo tercero.-

1º.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim ., al condenarse al procesado sin fundamento probatorio firme alguno.

2º.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim ., vulneración del art. 24.1 y 2 de la CE , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al basarse la condena en suposiciones que carecen de toda base razonable.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Don Alexander Norberto , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Motivo primero.- Quebrantamiento de forma, del art. 850 de la LECrim .

1º.- Infracción de normas y garantías procesales causante de indefensión, denegación de la práctica de una prueba pericial solicitada en tiempo y forma.

2º.- Infracción de normas y garantías procesales causante de indefensión, por práctica de prueba pericial parcialmente practicada (sic).

Motivo segundo.- Infracción de Ley del art. 849 de la LECrim .

1º.- Infracción de precepto penal sustantivo o análogo, del art. 849.1 de la LECrim ., y ello por la indebida aplicación del art. 139 del C. penal que tipifica el delito de asesinato.

2º.- Infracción de precepto penal sustantivo o análogo, del art. 849.1 de la LECrim ., y ello por la indebida aplicación de precepto legal en la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas ( art. 21.6 del CF . penal).

Motivo tercero.- Infracción de precepto constitucional, del art. 852 de la LECrim .

1º.- Derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

2º.- Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE .

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Don Alexander Enrique , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Motivo primero.- Al amparo del art. 850.1 de la LECrim ., por quebrantamiento de forma.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., infracción de Ley por aplicación indebida del art. 139 del C. penal y del art. 21.6 del C. penal .

Motivo tercero.- Al amparo del art. 8452 de la LECrim ., en relación con el art. 24.1 de la CE vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y de la presunción de inocencia.



El recurso de casación formulado por la representación legal de la Acusación Particular Doña Amalia Juana , y sus hijas Doña Covadonga Paulina y Doña Reyes Teresa , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo primero.- Al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de Ley y de precepto legal, en concreto los arts. 28 y 17 de la CP , al considerar erróneamente conspirador de los hechos a Lorenzo Cayetano .

Motivo segundo.- Al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de Ley y de precepto legal, en particular los arts. 28 y 17 del C. penal al considerar conspirador de los hechos a Maximiliano Virgilio .

Motivo tercero.- Al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de precepto legal, en concreto del art. 141 al rebajar dos grados la pena impuesta por la conspiración de Maximiliano Virgilio y por infracción de precepto constitucional del art. 852 de la LECrim , en particular los arts. 120.3 y 24 de la CE .

Motivo cuarto.- Al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim , por infracción de Ley y precepto legal en concreto por los arts. 28 y 17 al considerar conspirador de los hechos a Severino Patricio .

Motivo quinto.- Al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim , por infracción de Ley y de precepto legal, en particular el art. 141 al rebajar en dos grados la pena impuesta por la conspiración de Severino Patricio , y por infracción de precepto constitucional del art. 852 de la LECrim ., en particular los arts. 120.3 y 24 de la CE .

Motivo sexto.- Al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de ley y de precepto legal, en concreto los arts. 28 y 29 del C. penal al considerar cómplice de los hechos a Argimiro Hipolito .

Motivo séptimo.- Al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de ley y de precepto legal, en concreto del art. 564 del C. penal en relación con el art 28 del mismo texto legal , al no considerar autor del delito de tenencia ilícita de armas a Argimiro Hipolito .

Motivo octavo.- Al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de precepto legal, en particular el art. 564 de la C. penal en relación con el art. 28 del mismo texto legal , al no considerar autor del delito de tenencia ilícita de armas a Alexander Enrique .

Motivo noveno.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., infracción de Ley por aplicación indebida del art. 21.6 del C.penal .

Motivo décimo.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., infracción de Ley por inaplicación indebida del art. 2.3 a) de la Ley de Protección de Víctimas de Delitos Violentos , al considerar que se inadmite incorrectamente la responsabilidad civil respecto de Doña Amalia Juana .

Motivo undécimo.- Al amparo del art. 846 bis c) de la LECrim ., infracción de Ley por la responsabilidad civil correspondiente a Reyes Teresa y Covadonga Paulina .

El recurso de casación formulado por la Acusación particular Don Bruno Nazario y Doña Agueda Elvira , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo primero.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., infracción de Ley por aplicación indebida de los artículos 27 , 28 y 29 del C. penal .

Motivo segundo.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., en relación con el art. 24.2 de la CE vulneración de la presunción de inocencia en cuanto al grado de participación.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., en relación con el art. 24.1 de la CE , incongruencia omisiva sustancial y no subsanable de forma implícita y por tanto constitucionalmente prosrita.

Motivo cuarto.- Al amparo del art. 849.,1 de la LECrim ., infracción de Ley por aplicación indebida del art. 139 y 17.1 del C.penal .

Motivo quinto.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., infracción de Ley por inaplicación indebida de los arts. 21.6 y 66.1.2 del CF .penal.

**SÉPTIMO.-** Por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 20 de junio de 2016 se declara desierto el recurso anunciado por la Acusación Particular Don Saturnino Justiniano .

**OCTAVO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución y apoyó los motivos 1, 2, 4 y 6 de la Acusación particular Doña Amalia Juana y sus hijas Doña Covadonga Paulina y Doña Reyes Teresa y el 1 de la Acusación particular Don Bruno Nazario y Doña Agueda Elvira , por las razones expuestas en su informe de fecha 30 de noviembre de 2016; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**NOVENO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 20 de enero de 2017 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 15 de febrero de 2017; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, desestimó los recursos de apelación interpuestos frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décimo-Sexta, constituida como Tribunal de Jurado, que había condenado a Alvaro Fructuoso , como autor criminalmente responsable de un delito de conspiración para el asesinato, con la atenuante muy cualificada de colaboración con la justicia y simple de dilaciones indebidas, a la pena de 3 años y 7 meses de prisión; a Lorenzo Cayetano , en concepto de conspiración para el asesinato (con la atenuante de dilaciones indebidas), a la pena de 11 años de prisión; a Maximiliano Virgilio y a Severino Patricio , como conspiradores para el asesinato (con la propia atenuante de dilaciones indebidas), considerándoles en un escalón inferior, a la pena 6 años de prisión. A Argimiro Hipolito , como cómplice de un delito de asesinato, a la pena de 12 años de prisión; a Alexander Enrique , como autor material de un delito de asesinato, a la pena de 21 años de prisión, y a su hermano Alexander Norberto , igualmente en concepto de autor ejecutivo, 23 años de prisión, y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, a la pena de 1 año y 4 meses de prisión.

Han formalizado recursos de casación todos los aludidos acusados, a excepción de Alvaro Fructuoso , que confesó tanto su participación delictiva, como la de los demás, y al que fue concedida la atenuante muy cualificada de colaboración con la Administración de Justicia. Y por parte de las acusaciones particulares, han formalizado recurso de casación tanto la correspondiente a los padres del fallecido, como la representación procesal de Amalia Juana e hijas.

**SEGUNDO.** - Los hechos constan en el apartado correspondiente de la Sentencia del Tribunal del Jurado, y se secuencian por fases fácticas con respecto a cada uno de los acusados que fueron juzgados, lo que produce constantes repeticiones en aquellos pasajes que han intervenido varios de tales acusados. Este modo de proceder complica mucho la lectura, por lo que debe evitarse, no transcribiendo sin más las proposiciones objeto de veredicto, sino llevando a cabo el Magistrado Presidente del Jurado, una vez en sus manos el veredicto definitivamente aprobado por el colegio popular, una redacción histórica de los puntos fácticos aceptados mediante las mayorías necesarias, que suponga un relato inteligible en donde concurra toda la configuración necesaria para construir el juicio de tipicidad. Se trata, pues, de estructurar el apartado histórico del objeto del veredicto.

Vamos a estructurar de forma conjunta tales apartados, con objeto de obtener una visión de lo juzgado, pero además, y sustancialmente, de lo que declaró probado el colegio popular, y con objeto también de estudiar aquellos reproches de subsunción jurídica que se plantean por las acusaciones, apoyados en este caso por el Ministerio Fiscal.

Estas actuaciones se inician como consecuencia de la muerte violenta del abogado Rosendo Horacio , ocurrida en Madrid a las 21.30 horas del día 18 de diciembre de 2008. El abogado entra conduciendo su vehículo particular al garaje de su vivienda sita en la CALLE000 , nº NUM000 , y dos personas con la cara tapada o embozada, le disparan dos tiros a bocajarro con una pistola, por el lado izquierdo del vehículo. Los hechos probados declaran también que, como consecuencia de tal acción, se impidió a la víctima cualquier tipo de defensa por lo sorpresivo e imprevisto que supone que cuando el automóvil se encontraba detenido a la altura del garaje, esperando que la puerta se abra, se produzca un hecho de esas características, lo que supone que concurre patentemente la agravante que cualifica el asesinato, esto es, alevosía, sin que sobre este aspecto se haya producido mucha problemática, y que habiendo ejecutado el hecho personas que desconocían en absoluto a la víctima, tal encargo se hubo de encomendar mediante precio a cargo de sicarios, lo cual, por ello, es absolutamente lógico, y además quedó probado por confesión de unos de los partícipes, sin que se haya podido precisar el montante económico concreto de tal encargo, pero sí que lo hubo.

Relatan los hechos probados una primera reunión, en la Cervecería y Billares Óscar, a mediados de 2008, en Galapagar (Madrid). Acuden al encuentro dos personas: Alvaro Fructuoso (alias Millonario ), a petición de un desconocido, el que se reúne con Lorenzo Cayetano , que es quien va a buscar personas dispuestas para matar, encargándose él de dirigir la acción consistente en asesinar al abogado Rosendo Horacio , por encargo a su vez de terceras personas, que no han logrado ser identificadas en la investigación policial, como ya hemos dicho. De manera que es este acusado, Lorenzo Cayetano , quien propone tal cometido, y comenta a Alvaro Fructuoso que le proporcionará un dossier con los detalles necesarios. Lorenzo Cayetano , del cual se dice en la resultancia fáctica que es soldado profesional, conocía a Rosendo Horacio por haberle llevado algunos asuntos (una defensa penal y un accidente de tráfico). La realidad de que el dossier en efecto llegó a manos

de quien iba a ejecutar la acción, es que ciertamente aparece en el domicilio de Alvaro Fructuoso , una vez que este es detenido el día 28 de octubre de 2008.

Hay una segunda reunión, previamente a tal detención, que tiene lugar en Parque Sur (Leganés, Madrid). Se encuentran presentes: el propio Alvaro Fructuoso , Maximiliano Virgilio y Severino Patricio ( Lorenzo Cayetano , que no está presente, le dice a Severino Patricio que convenza a Maximiliano Virgilio para que colabore en el encargo, y no lo hace él mismo, porque está enemistado con Maximiliano Virgilio ). Severino Patricio es como Lorenzo Cayetano soldado profesional. Tras la reunión, los tres se dirigen a los alrededores del domicilio del abogado, para indicarles su posición exacta. Es Severino Patricio quien señala con el brazo el lugar correspondiente a tal domicilio.

Alvaro Fructuoso recibe dos coches, como parte del precio, y, además, para que se viera que el encargo iba en serio, uno de ellos de Lorenzo Cayetano y otro de Severino Patricio .

Asistimos ahora a una tercera reunión: en el domicilio de Lorenzo Cayetano (en la localidad de Villanueva del Pardillo, Madrid). Allí se encuentran presentes, aparte del propio anfitrión, Alexander Enrique , entrando pues en escena el grupo de españoles, ya que los anteriores son todos ellos colombianos. También se halla presente Maximiliano Virgilio y Severino Patricio .

Maximiliano Virgilio y Severino Patricio , realizan, al menos, una nueva observación y vigilancia del domicilio del abogado.

Relatamos a continuación los días previos al asesinato. A primeros de diciembre de 2008, Alexander Enrique se comunica telefónicamente con Felipe Desiderio (este se encuentra huido y no ha sido juzgado, por lo que sus referencias nominales debieran ser las mínimas e imprescindibles). El día 15 de diciembre, se realizan labores de vigilancia del despacho y domicilio particular del abogado. A cargo de referido Alexander Enrique , Alexander Norberto , su hermano, y Argimiro Hipolito , su padre. También se sitúa allí (dicen los hechos probados) a Felipe Desiderio .

El día 17 de diciembre, Alexander Norberto recibe dos llamadas de su hermano Alexander Enrique , cuando este se encontraba en su domicilio en Ocaña. Y Alexander Enrique realiza otras dos llamadas, al móvil de Felipe Desiderio .

Nos encontramos ya en el día del asesinato: 18 de diciembre de 2008. Sobre las 18:00 horas, se comunican Alexander Enrique y Felipe Desiderio , mediante el móvil. A las 18:30 horas, Alexander Enrique se encuentra en compañía de su padre en las inmediaciones del domicilio de la víctima ( CALLE000 de Madrid). A las 19:00 horas, Alexander Enrique y su padre se desplazan a las inmediaciones del despacho profesional del abogado (calle Lagasca). A las 21:16 horas, la víctima con su pareja Africa Bernarda se dirigen ambos a por el coche del abogado, estacionado en un aparcamiento de la calle Ayala, 38, para regresar a su domicilio. Entre las 21:17 horas y las 21:23 horas, Alexander Enrique y su padre se intercambian llamadas telefónicas. A las 21:23 horas, se desplazan hasta las proximidades del domicilio, para esperar el vehículo Mercedes, los siguientes: Alexander Enrique y Alexander Norberto (que se encontraba desde las 20:05 horas en las inmediaciones del domicilio de la víctima); Alexander Norberto recibe una llamada de Alexander Enrique (que estaba - se dice - con Felipe Desiderio ). A las 21:30 horas, tiene lugar el asesinato. Relatan los hechos probados que se acercan a la ventanilla izquierda, Alexander Norberto y otro (en la sentencia, se lee Felipe Desiderio ), y uno de ellos efectúa dos disparos que impactaron en la cabeza de la víctima. La existencia de la pistola era conocida por Alexander Norberto , y llevaban la cara tapada o embozada.

Producido el asesinato, sobre las 21:55 horas, Alexander Enrique llama a su padre Argimiro Hipolito .

A las 01:00 horas del día siguiente, Alexander Enrique (desde su domicilio de Ocaña), llama al teléfono de Felipe Desiderio (que se dice. se encuentra en Galapagar). Y a las 07:00 horas vuelven a hablar desde sus respectivos domicilios.

A las 14:00 horas, del día 21 de diciembre, Alexander Enrique recibe una llamada de su madre, Violeta Concepcion , cuando el primero se encuentra en casa de Lorenzo Cayetano (en Villanueva del Pardillo). Está allí también su padre, pues recibe una llamada a las 14:04 horas de su mujer, la referida Violeta Concepcion .

Recurso de Lorenzo Cayetano .

**TERCERO.** - Comenzamos por dar respuesta casacional al recurso de Lorenzo Cayetano . En su primer motivo, se denuncia la vulneración de la presunción constitucional de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

El principio constitucional de presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna , gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal,

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

- 1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente).
- 2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita).
- 3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (prueba suficiente).
- 4ª. Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (prueba razonada).

Como dice la sentencia recurrida para tener por acreditada la participación en los hechos del este recurrente, contenida en los Hechos Vigésimo Primero a Vigésimo Octavo del Objeto de Veredicto (Hechos Probados Décimo Séptimo a Vigésimo Segundo), los Jurados ha tomado en consideración como pruebas, las declaraciones de Alvaro Fructuoso , en las declaraciones del propio recurrente sobre su conocimiento y presencia en los Billares Oscar y sobre que fue cliente del abogado así como sobre la reunión en la puerta de su casa con Severino Patricio , Maximiliano Virgilio y Alexander Enrique , igualmente por las declaraciones de los dos primeros sobre la citada reunión en la que se trató del encargo de matar a Rosendo Horacio , y que el mismo era el usuario del vehículo Volkswagen Golf, R-32, vehículo que ofreció el recurrente al acusado Alvaro Fructuoso , como garantía de la seriedad del encargo (Hecho Probado Décimo).

Las pruebas son, en efecto, concluyentes, y no se aprecia en absoluto la vulneración denunciada.

Ratificamos también las consideraciones relativas a la introducción por parte del Jurado de un nuevo redactado fáctico en un apartado del objeto del veredicto, acerca de que este recurrente no tenía poder de decisión sobre la muerte del abogado, si bien las reuniones en que participó realizadas de forma consciente y voluntaria contribuyeron a dicho resultado, que constituye el hecho 27 bis, sin que tal modo de actuar haya infringido la LOTJ, pues el colegio popular puede introducir por sí mismo variaciones no sustanciales en aras a conseguir el acuerdo correspondiente, e incluso la unanimidad de los miembros del Jurado.

En realidad, lo que el Jurado está expresando es una autoría por inducción intermedia; el recurrente no tiene poder de decisión, porque tal colegio popular considera que, a su vez, se lo han ordenado, como parece del todo punto razonable (él no tenía motivo ni móvil directo, y es más, nada tenía contra él, pues incluso Rosendo Horacio le había defendido en alguna ocasión), luego no tenía poder de decisión para realizar o encomendar tal «encargo», pero sí para ordenar su ejecución, de manera que pone todos los medios a su alcance para que mediante reuniones con los que van a ser ejecutores materiales, contribuya de forma consciente y voluntaria a dicho resultado.

Veremos más adelante los pormenores de tal acción, y su calificación jurídica.

Así, pues, desde la perspectiva de la presunción de inocencia, procede la desestimación de este motivo.

**CUARTO.-** Por el segundo motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia, bajo la perspectiva impugnativa del art. 24.2 de nuestra Carta Magna , que no existe prueba de su mayor participación en los hechos de la que tuvieron Severino Patricio o Maximiliano Virgilio ; aun así este planteamiento es confuso, pues no denuncia vacío probatorio alguno sino una comparación con la prueba de otros coimputados igualmente condenados por cierto. Veremos más adelante, que existe prueba válida y consistente, pues este recurrente es quien de manera activa se constituye en director del encargo recibido y realiza reuniones con quienes iban a ejecutar el hecho, aunque a la postre realicen un cometido accesorio que les valdrá la consideración como cómplices en la muerte del abogado Rosendo Horacio .



Del propio modo, ha de desestimarse el motivo siguiente, el tercero, que con igual apoyatura jurídica, denuncia la infracción del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, quejándose de que este tema no queda resuelto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

De cualquier modo, en tanto que se rectificará la sentencia recurrida en punto a las calificaciones jurídicas, el motivo carece ya de cualquier objeto procesal.

**QUINTO.** - Plantea en su cuarto motivo, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la infracción de los arts. 17.1 y 139 Código Penal. En suma, se queja el recurrente de que su participación no puede ser calificada de conspiración criminal.

Como quiera que este es un tema de fondo, sobre el alcance de la participación delictiva de este recurrente, tal apartado será mejor tratado a la hora de analizar los motivos correspondientes de las acusaciones particulares, apoyados por el Ministerio Fiscal.

**SEXTO.** - El quinto motivo se formaliza al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciándose como infringidos los arts. 21.6ª y 66.1.2ª del Código Penal.

Pretende el recurrente que la atenuante de dilaciones indebidas sea conceptuada como muy calificada.

Como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, al impugnar este motivo, sin referencia alguna a periodos de paralización por parte del recurrente, se argumenta por este sobre la duración total del procedimiento señalando que se prolonga contra aquel desde el mes de mayo de 2010, fecha en la que fue detenido, habiéndose dictado sentencia en el mes de octubre de 2015, y ello por causas dependientes única y exclusivamente de la propia actividad de la Administración de Justicia.

Pues bien, la sentencia ahora recurrida, analiza la cuestión en el octavo de sus fundamentos jurídicos. EL TSJ pone el acento en el carácter "extraordinario" que requieren las dilaciones y puntualiza que la investigación policial fue muy complicada y la causa con ocho acusados fue calificada de compleja, por lo que al dictarse la primera sentencia en enero de 2014, la dilación no se considera desmesurada. Precisa que ciertamente, la causa de anulación no fue imputable a las partes y originó la necesidad de celebrar nuevo juicio, dictándose segunda sentencia el 12 de noviembre de 2015.

El Tribunal Superior de Justicia «a quo» pone de manifiesto las peculiaridades de los procedimientos de Jurado en el sentido de que si las partes no solicitan los testimonios pertinentes, resulta imposible revisar lo sucedido en la instrucción y en el presente caso, solo consta una paralización de un año desde el primer juicio, debida a la nulidad y que no causó perjuicio alguno puesto que los acusados fueron puestos en libertad.

El recurrente, pues, incumple la carga de identificar concretos periodos de paralización e insiste en fundamentar su pretensión exclusivamente en la duración total del proceso, prescindiendo de cualquiera de sus peculiaridades.

Consta en la sentencia del Tribunal del Jurado (Audiencia Provincial) que por Auto de fecha 19 de marzo de 2013 se fijaron los hechos justiciables, acordándose la celebración del correspondiente juicio y dictándose sentencia con fecha 13 de enero de 2014, la cual fue posteriormente aclarada por Auto de 25 de marzo de 2014 y, tras la vista de recurso de apelación, declarada nula por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 15 de septiembre de 2014. En la Audiencia se designa distinto Magistrado Presidente procediéndose a la constitución del Tribunal del Jurado y continuando éste por todos sus trámites hasta la lectura del objeto del veredicto con fecha 31 de octubre de 2015.

En términos generales, es preciso que para que pase a ser indebida, la dilación (no necesariamente paralización) no guarde proporción con la complejidad del litigio, puesto que por el mero transcurso del tiempo, no toda dilación se convierte en indebida. Y en este caso, las dilaciones no son extraordinariamente indebidas porque no se ha acreditado ni una sola paralización del procedimiento, mientras que consta claramente la complejidad del asunto por la dificultad en la investigación (aún hoy se siguen pidiendo periciales como dice el Fiscal), por el número de acusados y por las evidentes incidencias procesales que si bien son el reflejo de las garantías inherentes al actual proceso penal, provocan inevitablemente una dilación en el tiempo. En definitiva, esa dilación que se denuncia y que sin duda existe, como mucho, podría fundar la atenuante simple que fue apreciada por el tribunal.

Por otra parte, como señala la sentencia recurrida, los acusados fueron puestos en libertad ante la necesidad de celebrar un nuevo juicio como consecuencia de la estimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia.

En definitiva, no se puede desconocer que como consecuencia del dictado de la primera sentencia del TSJ dictada en apelación, al decretar la nulidad de la primera por defectos en la confección del objeto del veredicto,

provocó la celebración de un nuevo juicio con todas sus consecuencias pero este dato ya es tenido en cuenta para apreciar la atenuante ordinaria.

La citada nulidad pudo suponer el retraso de poco más de un año pero partiendo no solo de la complejidad del asunto por la dificultad de la investigación, sino de la mayor duración que normalmente implica la tramitación de un juicio por Jurado, la dilación provocada por la nulidad de la primera sentencia con la obligación de celebrar un nuevo juicio, igualmente por Jurado, como acertadamente expone el Fiscal, aparece suficientemente compensada con la atenuante simple.

Recientemente hemos dicho ( STS 131/2017, de 1 de marzo de 2017, recurso 762/2016 ) que es de común conocimiento que el retraso injustificado en la tramitación de una causa es un concepto jurídico indeterminado y abierto. El Tribunal sentenciador debe acudir a los datos de que disponga para determinar caso por caso el grado de paralización procedimental injustificada que existió en la causa. Para ello se recurre a parámetros tales como la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de procesos de las mismas características, la conducta procesal de las partes, el comportamiento del órgano judicial, la invocación del retraso por parte del afectado y daño que podría causarle, etcétera.

El concepto fundamental que juega en esta cuestión suele ser "la complejidad de la causa", ya que generalmente la duración se estima justificada cuando las características de la misma hagan necesarias o inevitables la práctica de ciertas diligencias dilatorias.

En precedente expuesto, no aquí, sumando todas las paralizaciones oscilaban entre los 3 y 4 años, y allí entendimos que «la calificación de la atenuante como simple por parte de la Audiencia Provincial ha sido correcta. Téngase presente que los términos con los que se delimita la atenuación, especialmente el carácter "extraordinario de la dilación", para calificarla de ordinaria, apunta a la naturaleza muy excepcional, de su estimación cualificada».

En nuestro caso, con mayor razón.

El motivo no puede prosperar.

Recurso de Alexander Enrique .

**SÉPTIMO.** - En el primer motivo, este recurrente, formaliza una censura por quebrantamiento de forma, al amparo de lo autorizado en el art. 850-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que fundamenta en la denegación de práctica de prueba de prueba pericial solicitada en tiempo y forma.

Se argumenta, como apoyo a su pretensión, que los recurrentes solicitaron la aportación de un nuevo informe pericial en el momento de alegaciones previas de las partes ante el Jurado, tal y como permite el artículo 45 LOTJ , y denegada por el Magistrado-Presidente se hizo constar la correspondiente protesta, por lo que cumplidos los trámites legales, entiende que se ha producido la lesión del artículo 24.2 de la CE por indefensión, no compartiendo los argumentos del Magistrado Presidente que se hacen constar en la sentencia recurrida, que son la extemporaneidad, y que la prueba propuesta se encuentra huérfana de fundamento.

El citado art. 45 de la LOTJ permite solicitar la práctica de nuevas pruebas, siempre que sean pertinentes y se puedan practicar en el acto.

La prueba propuesta se proponía aportar más datos técnicos en apoyo de las tesis de la defensa en descargo de sus clientes; en concreto, se trataba de determinar que la prueba que obraba en las actuaciones era incompleta por no haberse determinado qué células de las Estaciones Bases, recogieron las llamadas objeto de análisis por parte de la policía de manera que no era posible ubicar a los acusados en los lugares que la policía afirma que se encontraban. El objeto del informe pericial era el examen y tratamiento de la documentación obrante en autos relativa al tráfico de llamadas y posicionamientos de las antenas BTS o "repetidores" cuyos datos han sido aportados por las compañías operadoras y que se refieren en concreto a los números de teléfonos (...); análisis de la actividad de investigación policial plasmada en los atestados e informes en cuanto a todo lo relacionado con el "Análisis de las Antenas" repetidoras (Estaciones Base) que dieron cobertura el día de autos, anteriores y posteriores, a las zonas de confluencia de la c/ Lagasca y c/ Ayala de Madrid, así como la CALLE000 ; también el análisis del informe de fecha 5 de abril de 2011, emitido por los Ingenieros de Telecomunicaciones del Área de Telecomunicación, adscritos al servicio SITEL, que fue remitido al Juzgado de Instrucción por oficio policial de fecha 6 de abril de 2011.

La STS 210/2014, de 14 de marzo condensa la doctrina, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, con respecto a este motivo de casación. Según la misma, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa ( artículo 24.2 CE ) puede ser resumida en los siguientes términos ( STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio ):



a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, SSTC 133/2003, de 30 de junio ).

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o suponga una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa.

En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial ( SSTC 1/1996 de 15 de enero y 70/2002 de 3 de abril ); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida ( SSTC 217/1998 de 16 de noviembre y 219/1998 de 16 de noviembre ).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional ( SSTC 133/2003, de 30 de junio , 359/2006, de 18 de diciembre y 77/2007, de 16 de abril ).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia ( SSTC 37/2000, de 14 de febrero , 19/2001, de 29 de enero , 73/2001, de 26 de marzo , 4/2005, de 17 de enero , 308/2005, de 12 de diciembre , 42/2007, de 26 de febrero y 174/2008, de 22 de diciembre ).

Todo ello según resulta de nuestra STS 1004/2016, de 23 de enero .

Como decíamos en nuestras SSTS 486/2007, 30 de mayo y 850/2007, 18 de octubre , cobra pleno sentido la necesidad de propugnar una concepción estructural del derecho a un proceso justo, de tal manera que el juicio valorativo acerca del respeto a su vigencia se verifique, no mediante un método aproximativo de carácter fragmentario, sino en virtud de una visión global, más allá de la particularizada sucesión de los actos procesales.

Esta idea ya aparece presente en la jurisprudencia del TEDH -caso Artico contra Italia, de 13 de mayo de 1980, caso Doorson contra Países Bajos , de 26 de marzo de 1996 , 2 de julio de 2002, caso S. N . contra Suecia y más recientemente, sentencia 8 de marzo de 2011, caso Goranova-Karaeneva v. Bulgaria-, apelando a la importancia de que la valoración jurisdiccional acerca del grado de respeto a la cláusula del juicio justo, no centre exclusivamente su atención en un concreto y episódico acto procesal, sino que pondere el proceso penal en su globalidad. Se trata, pues, de propugnar una aproximación valorativa integral, no fragmentada en una mera yuxtaposición de actos procesales o de investigación.

En suma, se ha de acreditar que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en términos de defensa", esto

es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución ... carga de la argumentación [que] se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. De no constatare la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente *ab initio*, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como el Tribunal Constitucional ha declarado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión ( STC 185/2007, de 10 de septiembre , FJ 2), lo que se repite en la STC 258/2007, de 18 de diciembre , FJ 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero , FJ 4 ; 316/2006, de 15 de noviembre , FJ 3.c ; 152/2007, de 18 de junio , FJ 2.

En el caso enjuiciado, no solamente es que la prueba no podía practicarse en el acto, motivo suficiente para su desestimación, ya que en ningún momento la parte recurrente ha expuesto cuáles eran las conclusiones de tal informe pericial, sino exclusivamente su planteamiento, luego falta en dicha tesis la práctica del informe pericial, sino que tal prueba era de las propias de la instrucción sumarial, pues tiene naturaleza de diligencia de investigación, ya que como indica la STS 195/2014, de 3 de marzo "[no] se trata de propugnar un rígido entendimiento del principio de preclusión procesal, cuyo alcance en el proceso penal, dirigido a la verdad material, no puede ser idéntico a su vigencia en el ámbito civil. De lo que verdaderamente se trata es de evitar que peticiones probatorias claramente extemporáneas sean camufladas bajo el aparente respeto a normas concebidas para modalidades procedimentales que nada tienen que ver con el sumario ordinario".

Y en efecto, ya se había propuesto y practicado incluso con la intervención de la defensa, como se desprende de la sentencia recurrida y del acta del día 22 de septiembre de 2015, en la que se propuso la misma, en tanto que la defensa de los acusados ya la había propuesto, y fue admitida, otra prueba sobre la misma materia, pericial de D. Remigio Braulio , que ratificó su pericia en el plenario en la sesión del día 15 de octubre, conjuntamente con los peritos policiales NUM010 , NUM011 , NUM012 y NUM013 , y los Jurados tomaron en cuenta los informes elaborados por la Brigada de Homicidios Grupo X, a raíz del dictamen técnico efectuado por los ingenieros de telecomunicaciones de SITEL, no el presentado y ratificado por el Sr. Remigio Braulio en cuanto a los extremos discrepantes con el anterior, quien en el juicio entregó una memoria resumen -con dos archivos, incluido uno que contenía mapas y gráficos que no se encontraban en el informe inicial, lo que se admitió por el Magistrado Presidente para que fuera utilizado por el perito para dar las explicaciones al Jurado-, en la que daba respuesta, al igual que a las preguntas realizadas al respecto, sobre las células (que integran la red celular) de las Estaciones Base.

De manera que no se trata de impresiones relacionadas con argumentos "ad personam", o "ad hominem", a pesar de que las acusaciones planteaban la inmediata recusación del perito propuesto por la parte ahora recurrente, sino de razones fundadas en estricta doctrina constitucional al respecto.

En suma, la prueba no era necesaria, sino redundante.

Y todo ello, sin perder de vista que el juicio ya se ha repetido en una ocasión (es decir, se han celebrado ya, dos juicios orales), y se han formado dos Tribunales del Jurado, a lo que se pretende ahora una segunda repetición (tercer juicio), con nuevo Tribunal del Jurado y consiguiente apelación, en su caso. Si a ello añadimos que en cualquiera de los dos juicios anteriores no se solicitó la prueba que ahora se pretende, se comprende con mayor claridad aun, si cabe, que la proposición resulta innecesaria, ya que en caso contrario, hubiera sido propuesta de forma ineludible e inaplazable en cualquiera de las sesiones de los juicios anteriores.

El motivo no puede prosperar.

**OCTAVO.** - En el segundo motivo, se pretende también como quebrantamiento de forma, al amparo de lo autorizado en el art. 850-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la base de lo que el recurrente denomina una prueba pericial *parcialmente practicada*.

Se refiere el autor del recurso a la practicada por la policía judicial junto con un perito de su elección (de la defensa) en la fase sumarial, que fue ratificada en el plenario. Tal prueba se solicitó por el juez a las compañías operadoras de comunicaciones (etiqueta de localización que supone un identificador de celda), pero al parecer no hubo contestación, y no se reiteró.



En realidad, conviene señalar, antes de cualquier otra consideración, que dicha parte, nada solicitó al Juzgado de Instrucción relativo al diligenciado de una prueba de la que ahora se queja de su falta de práctica (parcial), cuando es lo cierto que intervenía dicha parte en su postulación.

Argumenta el recurrente que la información solicitada nunca fue facilitada, sin que ante tal ausencia la petición fuera reiterada ni por la policía, ni por la jueza.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid señala al respecto que *«este Tribunal no puede comprobar lo ocurrido durante la instrucción, ya que solo contamos con lo remitido y los testimonios solicitados y aportados por las partes»*.

Afirma igualmente la sentencia recurrida que se desconocen los motivos por los cuales no se llevó a cabo en los términos acordados, no obstante ello, es obvio que ni la instructora, ni la policía consideró necesario que esa prueba se complementara. Y que es «lo cierto es que en ningún momento la citada defensa interesó, o al menos no se acredita, ni siquiera se indica, que solicitase que la prueba se practicara en su integridad o en los propios términos del auto citado, lo que resulta transcendente a los efectos de la indefensión que ahora alega, pues la prueba denegada -a la que equipara el recurrente la practicada de forma incompleta-, para que genere indefensión».

Y añade: *«Además, hay que tener en cuenta, que la citada defensa nada dijo en el juicio oral sobre que la prueba se había practicado de forma incompleta, ni siquiera en el momento fijado legalmente para formular alegaciones previas, en el que también se puede solicitar prueba - art. 45 LOTJ -, pese a que proponía una nueva pericial cuyo objeto versaba en términos casi idénticos, tampoco a los efectos de justificar una posible necesidad de la misma, por lo que su petición de nulidad no puede prosperar, por ser contraria a la buena fe procesal»*.

Los razonamientos anteriores son plenamente compartidos por este Tribunal.

Añade que tampoco ha acudido a los dos juicios, la única testigo presencial de los hechos, esto es, la pareja sentimental del abogado Rosendo Horacio , Africa Bernarda , pero es lo cierto que al parecer se encuentra fugada y en paradero desconocido, razón por la cual, no ha podido ser citada. Tampoco se pudo contar con la presencia de Felipe Desiderio por la misma razón.

El motivo, en suma, no puede prosperar.

**NOVENO.** - En el segundo motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la indebida aplicación del art. 139 del Código Penal .

El autor del recurso lleva a cabo interesantes consideraciones dogmáticas acerca de la sustantividad propia del delito de asesinato respecto al homicidio, respecto al cual deberían cualificarle elementos derivados del incremento del riesgo, o de esferas de competencia propias. También trata sobre el grado de vinculación entre el autor y el hecho real.

Las consideraciones precedentes, de gran altura dogmática, no pueden tomarse en consideración, pues en nuestro derecho penal la diferencia entre el homicidio y el asesinato radica en las cualificaciones que se dejan consignadas en el art. 139 del Código Penal , y a ellas debemos atenernos.

Por lo demás, la autoría de este recurrente, resulta de de lo declarado fácticamente por el Tribunal del Jurado, interviniendo en reuniones con Lorenzo Cayetano , y posteriores vigilancias muy activas, a las que ya nos hemos referido con anterioridad, hasta su decisiva intervención en la muerte del abogado Rosendo Horacio , el propio día 18 de diciembre de 2008, de manera que el colegio popular concluye su participación de esta forma:

**QUINCUGÉSIMO.-** *La participación de Alexander Enrique fue decisiva para la producción de la muerte del abogado, de forma tal que sin su intervención el hecho no se hubiera producido.*

Si a ello añadimos (pues se trata de un motivo por estricta infracción de ley, y por consiguiente con pleno acatamiento a los hechos declarados como probados), que **TERCERO.-** *Dichos disparos se produjeron de manera sorpresiva y de forma súbita e inopinada, impidiendo cualquier tipo de defensa de la víctima, con la finalidad de asegurar el resultado mortal y sin riesgo alguno para los autores. CUARTO.-* *El encargo de causar la muerte del abogado se hizo a cambio del pago de una suma no determinada de dinero en concepto de precio. QUINTO.-* *La pistola semiautomática utilizada, la cual no ha podido ser recuperada, era apta para efectuar los disparos y se encontraba en perfecto estado de funcionamiento.*

Es patente que concurren las agravantes de alevosía y de precio, sin que debamos sobre este aspecto profundizar más dada la claridad del tema.

Luego, el juicio de autoría, junto al juicio de tipicidad, conforman la concurrencia de los artículos 139 y 140 del Código Penal , en su redacción vigente en la fecha de los hechos, más favorable para el recurrente.

El motivo no puede prosperar.

**DÉCIMO.** - En el motivo tercero, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se pretende la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Para su desestimación, hemos de utilizar los mismos argumentos que ya hemos dejado plasmados al responder a la propia queja casacional del recurrente Lorenzo Cayetano (motivo quinto).

**UNDÉCIMO.** - El cuarto motivo reprocha la conculcación de la garantía constitucional de inocencia, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No hay tal, como veremos seguidamente.

La prueba ha consistido fundamentalmente de las declaraciones inculpatorias del coimputado Alvaro Fructuoso y del posicionamiento de los teléfonos móviles de los acusados, que les situaban claramente en la escena del crimen en el momento de producirse éste.

La parte recurrente, como ya lo hizo en la apelación, censuraba que las estaciones BTS dan cobertura a un perímetro de 360º, y a un radio aproximado de 300 metros, por lo que no es posible deducir que las llamadas se realizaron en las proximidades de la C/ Lagasca, 68 (proximidades del despacho profesional de la víctima), ni en la zona de su vivienda, CALLE000, NUM000, por lo que considera que la valoración de la prueba no es racional.

Además de la prueba citada, el Tribunal del Jurado contó con la denominada "prueba pericial de inteligencia policial".

Respecto del informe pericial de inteligencia, esta Sala ha declarado (SSTS 2084/2001, de 13-12; 786/2003, de 29 de mayo o 352/2009, de 31-3) que la prueba pericial de "inteligencia policial" -cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente-, está reconocida en nuestro sistema penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto los arts. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como el art. 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya finalidad no es otra que la de suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos para fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STS 970/1998, de 17 de julio). Dicho de otro modo: es una prueba personal, pues el medio de prueba se integra por la opinión o dictamen de una persona y, al mismo tiempo, una prueba indirecta, en cuanto proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos y no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos.

En todo caso, son actuaciones que auxilian claramente al Tribunal, permitiéndole conocer y evaluar modos de comportamiento delictivo -generales o concretos- que pueden estar llevándose a término y que precisan no sólo saber de la existencia de determinadas morfologías delictuales, sino -desde el estudio de la criminalística y desde la experiencia extraída con otras actuaciones diversas- de la forma de organización que requiere llevarlas a término o que suele acompañarles en la mayor parte de los supuestos, de sus objetivos, de su metodología operativa o, incluso, sobre los puntos de conexión que los hechos investigados pueden tener con otros delitos ya cometidos y sometidos a investigación policial, así como de cualquier otro elemento que pueda entenderse necesario para la mejor comprensión o esclarecimiento de un comportamiento criminal, siempre que su extracción venga facilitada por una actuación policial, dedicada, continua y especializada.

Hemos dicho también (STS 783/2007, de 1 de octubre) que este tipo de prueba, se caracteriza por las siguientes notas:

1º) Se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales.

2º) En consecuencia, no responden a un patrón diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no obstante lo cual, nada impide su utilización en el proceso penal cuando se precisan esos conocimientos, como así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia reiterada de esta Sala.

3º) Aunque se trate de una prueba que participa de la naturaleza de pericial y testifical, es, desde luego, más próxima a la pericial, pues los autores del mismo, aportan conocimientos propios y especializados para la valoración de determinados documentos o estrategias; y

4º) En todo caso, la valoración de tales informes es libre, de modo que el Tribunal de instancia puede analizarlos racional y libremente, sin que por ello puedan ser considerados como documentos a efectos casacionales.

Se dice en la sentencia recurrida que «con respecto a la participación en el delito de asesinato de Alexander Enrique -hechos del objeto de veredicto desde el cuadragésimo quinto al sexagésimo octavo-, los Jurados, tras una valoración muy detallada y lógica sobre que Alexander Enrique era el titular del teléfono móvil (...) -así como que los números de teléfono (...) pertenecían a Argimiro Hipolito , Alexander Norberto y Felipe Desiderio , respectivamente-, y que las llamadas que se realizan y reciben del citado teléfono las realizan los usuarios de los mismos, sin que quepa otra alternativa dada la reiteración de llamadas, analizan la declaración como testigo del agente de la Policía Nacional con número profesional NUM010 los días 30 de septiembre y 1 de octubre, y como perito los días 15 y 19 de octubre afirmando que "el agente asegura que la naturaleza de las llamadas de estos cuatro teléfonos en los días previos a la muerte del abogado se corresponden perfectamente con lo que ellos, como investigadores, esperan encontrar cuando buscan indicios de que se le están realizando vigilancias a una persona, y realiza múltiples explicaciones de cual es esta naturaleza: llamadas cortas y reiteradas posicionadas en los alrededores del domicilio y trabajo de la víctima"; declaraciones que tal y como apuntan los Jurados son corroboradas por el agente de la Policía Nacional con número profesional NUM011 en su declaración, como perito los días 15 y 19 de octubre, siendo ambos agentes "acreditados expertos en la investigación de hechos de esta naturaleza". Además, los Jurados tienen en cuenta la declaración de los Policías Nacionales NUM012 y NUM013 , y del perito Remigio Braulio , peritos que declararon el 15 de octubre, los cuales coinciden en que "las llamadas normalmente son tramitadas por la antena con mayor cobertura, y que normalmente esta antena es la más cercana, si bien una llamada puede ser recibida por otra antena más lejana en ocasiones especiales". Sin embargo, a preguntas del jurado, los agentes precisan que "dada la reiteración de las llamadas y de sus respectivos posicionamientos en el que caso que nos ocupa es imposible que todas ellas hayan pasado por otra antena". Y, afirman los Jurados haber comprobado personalmente la existencia de todas las llamadas y de su naturaleza y posicionamiento, a través de los archivos de telefónica que se encuentran en el CD del tomo 17».

Y añaden los jueces "a quibus", «los Jurados llegan a la conclusión, de que el día 15 de diciembre de 2008 Alexander Enrique , en compañía de Argimiro Hipolito y Felipe Desiderio realizó labores de vigilancia en el despacho profesional y el domicilio de la víctima, que el día 17 de diciembre, víspera del fallecimiento del abogado, cuando el mismo se encontraba en Ocaña -su lugar de residencia-, realizó dos llamadas a Alexander Norberto y dos a Felipe Desiderio ; antes de las 18 horas del día 18 de diciembre Alexander Enrique en unión de Argimiro Hipolito se encontraba en las inmediaciones del domicilio de la víctima, sobre las 19 horas Alexander Enrique acudió en compañía de Argimiro Hipolito a las inmediaciones de la calle del despacho profesional de la víctima -C/Lagasca-, realizando labores de vigilancia hasta aproximadamente las 21,16 horas, momento en el que el abogado se dirige -tras salir del Hotel Velázquez- en unión de su pareja al aparcamiento de la C/ Ayala, donde tenía aparcado su vehículo para regresar a su domicilio; desde las 21,17 horas y las 21,23 horas Alexander Enrique y Argimiro Hipolito se intercambian varias llamadas desde su teléfono móvil, coincidiendo con la salida del abogado del Hotel Velázquez; sobre las 21,23 horas Alexander Enrique se desplazó siguiendo al vehículo de la víctima hasta las proximidades de su domicilio, coordinándose telefónicamente con Alexander Norberto y Felipe Desiderio , quienes se encontraban ya en las inmediaciones de ese domicilio del abogado; media hora después de los disparos sobre las 21,55 horas aproximadamente, Alexander Enrique realiza una nueva llamada mientras se desplazaba a su domicilio al móvil de Argimiro Hipolito ; sobre la una de la madrugada del día 19 de diciembre, cuando Alexander Enrique estaba en su domicilio de Ocaña vuelve a llamara a Felipe Desiderio que se encontraba en su domicilio de Galapagar; sobre las 7 de la mañana del 21 de diciembre Alexander Enrique recibe una llamada de Felipe Desiderio , estando ambos en sus domicilios; sobre las 14 horas del 21 de diciembre Alexander Enrique recibe una llamada de su madre Violeta Concepcion , cuando se encontraba en la localidad de Villanueva del Pardillo, lugar de residencia de Lorenzo Cayetano ; sobre las 15,18 horas del día 21 de diciembre Alexander Enrique llamó a Felipe Desiderio hallándose ambos en Galapagar; entre las 18.31 horas y las 18.48 horas del día 21 de diciembre Alexander Enrique realizó varias llamadas al móvil de Felipe Desiderio , hallándose ambos en Fuenlabrada.

Así mismo, el Jurado tiene en cuenta como prueba para declarar acreditados los hechos ocurridos con anterioridad al 15 de diciembre, -que se corresponden con el Hecho cuadragésimo sexto del objeto de veredicto-, lo analizado en los hechos vigésimo tercero y vigésimo sexto, sobre la participación en los Hechos de Maximiliano Virgilio , y se basan en la declaración de este último del 21 de mayo de 2010 que dice que acudió a una reunión en casa de Lorenzo Cayetano en Villanueva del Pardillo en la que participan Severino Patricio , Lorenzo Cayetano y un español llamado Alexander Enrique , y en la misma "les dijeron que era para atentar contra un señor, y le mostraron una foto de éste (...) que el señor tenía sobre unos cuarenta años, con pelo liso y peinado con gomina, con gafas" y "ofrecieron 30.000 euros" y "que luego se dirigió con Severino Patricio al domicilio del señor de la fotografía"; también afirman que hubo esa reunión con Lorenzo Cayetano (declaración 23 de julio 2010), con Severino Patricio , Maximiliano Virgilio y Alexander Enrique , y también Severino Patricio , aunque aclara que él se quedó en el coche y no participó, pero que estaban Lorenzo Cayetano , Maximiliano Virgilio y un español. Los Jurados declaran creíble la declaración de Maximiliano Virgilio , pues no existe otra explicación para que pueda inventarse los hechos, con multitud

de detalles, corroborada por el dossier fotográfico encontrado en la casa de Alvaro Fructuoso , en el que las fotos coinciden con los datos del relato de Maximiliano Virgilio ».

Como hemos dejado señalado con anterioridad, nuestra misión no es volver a valorar la prueba de instancia, sino de tomar en consideración si la condena de un recurrente se ha producido sin pruebas de cargo, aptas para enervar su presunción de inocencia, sin descender al análisis probatorio más que si el Tribunal sentenciador hubiera descartado, sin fundamento alguno, alternativas favorables para el reo, en cuyo caso se hubiera producido la conculcación de su derecho constitucional.

No siendo ello así, el motivo no puede prosperar.

Recurso de Argimiro Hipolito .

**DUODÉCIMO.** - El motivo de este recurrente, es idéntico al del anterior impugnante, Alexander Enrique . De cualquier forma, el juicio de autoría, con respecto a la presunción de inocencia, pasamos a reseñar las pruebas tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador (el Jurado), que se sustentan en la "pericial de inteligencia policial", ratificada en la vista por los agentes de la Policía Nacional NUM014 y NUM011 , en su informe de los agentes NUM012 y NUM013 , sobre fiabilidad de los datos que proporcionan los informes anteriores.

Nos dice el Tribunal Superior de Justicia que *«en cuanto a la participación en los hechos imputados del acusado Argimiro Hipolito (Hechos Sexagésimo Noveno a Octogésimo Tercero del Objeto de Veredicto), el Jurado ha tenido en cuenta como pruebas sobre su participación en los hechos que se declaran probados en la Sentencia (Quincuagésimo Primero a Quincuagésimo Octavo), por un lado, su declaración del 14 de septiembre de 2015 que declara ser usuario en el año 2008 del número de teléfono (...), así como por el informe de Telefónica (Tomo VII Anexo II), y también en los móviles incautados en registros en las viviendas del mismo y de su hijo Alexander Enrique (CD adjunto al acta de 15 de octubre de 2015) aparecen entradas con nombre " Rana " con el número (...).*

*Por otro lado, en cuanto a las labores de vigilancia llevadas a cabo por el mismo, se remiten los Jurados a lo argumentado anteriormente en el hecho quincuagésimo, fundamentalmente a los archivos volcados en el CD adjunto al Acta del día 15 de octubre de 2015. Basándose en el CD del Tomo 17 folio 6734, para declarar acreditados todos sus posicionamientos y llamadas, a las que hemos hecho referencia anteriormente, al analizar la prueba valorada por los Jurados con respecto a sus hijos Alexander Norberto y Alexander Enrique . En concreto el día 15 de diciembre de 2008, en compañía de los mismos, y del acusado no enjuiciado, en las inmediaciones del despacho y domicilio de la víctima, el día 18 de diciembre, sobre las 18.30 horas en compañía de Alexander Enrique en las inmediaciones del domicilio de la víctima y sobre las 19 horas, en las inmediaciones del despacho, intercambiándose llamadas los mismos entre las 21.17 horas y las 21.23 horas, coincidiendo con la salida del abogado del Hotel, desde las inmediaciones del despacho, media hora después de los disparos, sobre las 21,55 horas, Argimiro Hipolito recibe una llamada de Alexander Enrique , mientras se desplazaba a su domicilio, y el día 21 de diciembre Argimiro Hipolito realizó un llamada desde el móvil del que era usuaria su mujer Violeta Concepcion -móvil (...), acreditado en el Tomo 10, folio 3796, donde aparecen las agendas de los móviles incautados- cuando se encontraba en la localidad de Villanueva del Pardillo, lugar de residencia de Lorenzo Cayetano ».*

Los peritos explicaron minuciosamente todos los posicionamiento de los teléfonos móviles en la sesión del juicio oral, los cuales tienen cualificación técnica, en tanto que el Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, trabaja como técnico en sistemas, ingeniero en informática, Máster por la Universidad de Alcalá, cursos de telecomunicaciones, asesor del Ministerio de Industria y en la Comisión Europea en temas de conservación de datos, otro de los agentes es Técnico Informático, con gran experiencia profesional, los otros agentes que intervienen en la pericial son Inspectores especialistas en lucha antiterrorista y en homicidios, con experiencia en telecomunicaciones.

Desde la perspectiva de la presunción de inocencia, el motivo no puede prosperar.

Recurso de Alexander Norberto .

**DÉCIMO-TERCERO.** - Este recurso también es idéntico al de su hermano Alexander Enrique , y su padre Argimiro Hipolito , por lo que exclusivamente analizaremos el motivo sobre la presunción constitucional de inocencia.

Seguiremos igualmente la fundamentación de la sentencia recurrida (irreprochable por otro lado), pues el control de constitucionalidad de la presunción de inocencia, ha de llevarse a cabo sobre aquella, y concretamente para el caso de que se haya condenado sin verdaderas pruebas de cargo.

A tal efecto, el Tribunal del Jurado dejó establecido el alcance de los hechos por los que fue juzgado este recurrente en los ordinales que van desde el octogésimo cuarto al nonagésimo tercero, tras atribuirle la



titularidad del teléfono (...), porque fue el teléfono que el mismo proporcionó en junio de 2010 ante la policía, y se desprende de las entradas de los teléfonos de Argimiro Hipolito y Alexander Enrique (archivos volcados en el CD adjunto al Acta del día 15 de octubre de 2015), intervenidos en los registros de sus viviendas. Basándose en el CD del Tomo 17 folio 6734, para declarar acreditados todos sus posicionamientos y llamadas.

Y, además, para constar como probado que el acusado sobre las 21:30 horas del día 18 de diciembre de 2008, momento en que se produjo la muerte del abogado, en unión de otra persona no enjuiciada, se acercó al vehículo del mismo, y que uno de ellos efectuó el disparo con una pistola semiautomática del calibre 9 mm corto, en la cabeza de la víctima, los jurados hacen especial referencia al citado CD del que se desprende el posicionamiento del mismo en la antena de Velázquez CT a las 21:24:34 del día 18 de diciembre de 2008, junto con el sujeto no enjuiciado. Ello puesto en relación con lo acreditado y analizado anteriormente, sobre que a las 21:16 horas, momento en el que el abogado se dirige, tras salir del Hotel Velázquez, en unión de su pareja al aparcamiento de la C/ Ayala, donde tenía aparcado su vehículo para regresar a su domicilio; desde las 21:17 horas y las 21:23 horas, Alexander Enrique y Argimiro Hipolito se intercambian varias llamadas desde su teléfono móvil, coincidiendo con la salida del abogado del Hotel Velázquez, y sobre las 21:23 horas Alexander Enrique se desplazó siguiendo al vehículo de la víctima hasta las proximidades de su domicilio, coordinándose telefónicamente con Alexander Norberto y otra persona, quienes se encontraban ya en las inmediaciones de ese domicilio del abogado; siendo de aplicación todo lo analizado con respecto a la pericial aludida anteriormente.

Todo lo anterior debe ser puesto en relación con el hecho primero del objeto de veredicto, donde queda acreditada la forma en que se produjo la muerte de la víctima en la que participaron dos personas que se acercaron al vehículo, disparando uno de ellos, de forma súbita por la ventanilla del conductor, a las 21:30 horas del día 18 de diciembre de 2008, los que salieron corriendo, lo que según el Jurado fue visto por los testigos Carmelo Cesar , Candelaria Josefa , Argimiro Hipolito Justino Fermin , Celsa Lourdes , y Milagros Paula .

Como dice la sentencia recurrida, el Jurado ha valorado la declaración del coimputado Alvaro Fructuoso . Y los beneficios que le ha proporcionado tal confesión, suponen una colaboración con la Administración de Justicia, que ha sido conceptuada como atenuante muy cualificada, teniendo pleno valor probatorio sus declaraciones, lo mismo que el Código Penal las concede en el caso de los llamados "arrepentidos" (por ejemplo, art. 376 : «obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables»; en el mismo sentido, art. 434, modificado por la LO 1/2015 (delitos contra la Administración Pública); art. 570 quáter (delitos de organización delictiva y grupo criminal); art. 579 bis: «coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables» (delitos de terrorismo), incluso en materia de personas jurídicas responsables (art. 31 quater b), suponiendo tal actuar una disminución notable de la pena que se fundamenta en razones de política criminal tendente a conseguir el total esclarecimiento de los delitos, que, de otro modo, sería imposible conseguir. Luego el valor probatorio es innegable, y su correlativa enervación de la presunción de inocencia del ahora recurrente, es correlativo a tal actividad probatoria.

Respecto a la agravante de disfraz, la testigo Celsa Lourdes en su declaración del día 7 de octubre de 2015, dijo que "vio agazapados en una especie de rincón a dos personas" que "a estas personas no se les veía el rostro porque iban como embozadas y gorras en la cabeza", declaración en la que se basa el Jurado, para declarar acreditado que "iban embozados".

El Tribunal del Jurado declara como probado en el Hecho Sexagésimo Sexto (Hechos Primero y Nonagésimo Quinto del Objeto de Veredicto), que en el momento que Alexander Norberto , en unión de la otra persona no enjuiciada, se aproximó al vehículo del fallecido iban con "la cara tapada o embozada para evitar que les reconocieran", y ello lo declaran probado los Jurados en base a la declaración de la testigo Celsa Lourdes que manifestó que "que vio agazapadas en una especie de rincón a dos personas" que "a estas personas no se les veía el rostro porque iban como embozadas y gorras en la cabeza" y Milagros Paula que manifestó que "llevaban gorras, chaquetas, todo oscuro", y de las declaraciones de los testigos que presenciaron los hechos (aludidos por el Jurado), se desprende que ninguno de los testigos pudo ver la cara de los autores, de ello se debe concluir, tal y como analiza el Magistrado Presidente en el Fundamento de Derecho Noveno que concurren el elemento objetivo, subjetivo y cronológico de la agravante analizada.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que acabamos de transcribir, es claro que no se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia.

Ni tampoco principio alguno de legalidad, en tanto que en la aplicación de la agravante de disfraz, la jurisprudencia, SSTS 365/2012, y 15 mayo , 353/2014, de 8 mayo , recuerda que son tres los requisitos para la estimación de esta agravante:

1) objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona, aunque no sea de plena eficacia desfiguradora, sea parcialmente imperfecta o

demasiado rudimentario, por lo que para apreciarlo será preciso que sea descrito en los hechos probados de la sentencia;

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

3) cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento (SSTS 383/2010 de 5.5, 2113/2009 de 10.11, 179/2007 de 7.5, 144/2000 de 20.2, 488/2002 de 18.3, 338/2010 de 16.4, 146/2013 de 11.2), lo consideran como un instrumento objetivamente apto para disfrazarse.

En efecto como hemos dicho STS 144/2006, de 20 de febrero, procederá la apreciación de la agravante *«cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación. Es decir, el presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés»* (STS 939/2004, de 12 de julio, y STS 618/2004, de 5 de mayo, citando ambas la de 17 de junio de 1999, número 1025/1999).

Por tanto no es preciso que se logre la finalidad de evitar el reconocimiento de su identidad porque, si así fuera, difícilmente se apreciaría esta consistencia al no poder ser juzgado y condenado quien se disfrazara con éxito, SSTS 1254/98 de 20.10, 1333/98 de 4.11, 1285/99 de 15.9, 618/2004 de 5.5, 934/2004 de 12.7, 882/2009 de 21.12, que precisa que "tal circunstancia de agravación su razón de ser en el blindaje que su uso tiene para asegurar la impunidad de quien lo porta, y ello con independencia de que se consiga o no su propósito de no ser identificado, se trata de sancionar el plus de culpabilidad que su uso supone".

En el caso, se cumplen los aludidos requisitos en tanto se declara probado que en el momento que Alexander Norberto, en unión de la otra persona no enjuiciada, se aproximó al vehículo del fallecido iban con "la cara tapada o embozada para evitar que les reconocieran".

El motivo no puede ser estimado.

Recurso de Bruno Nazario y Agueda Elvira.

**DÉCIMO-CUARTO.** - Estos recurrentes son los padres de Rosendo Horacio. Formalizan el primer motivo por el cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estricta infracción de ley, alegando como infringidos los arts. 27, 28 y 29 Código Penal.

Esta acusación particular reprocha a la sentencia recurrida, propiamente la del Tribunal Superior de Justicia, como de la Audiencia Provincial, constituida como Tribunal del Jurado, la calificación jurídica acerca de la participación de Lorenzo Cayetano, Severino Patricio, Maximiliano Virgilio y Argimiro Hipólito.

El Ministerio Fiscal ha apoyado este reproche casacional, e interesa su conceptualización como autores a todos ellos, y no meros conspiradores, en el caso de los tres primeros, y reprocha igualmente la calificación como cómplice en el supuesto de Argimiro Hipólito (interesando su participación a título de autor).

Estudiaremos, uno por uno, su participación criminal, resolviendo de este modo conjuntamente, tanto este recurso, como el de la acusación particular de Amalia Juana y las hijas del asesinado, Covadonga Paulina y Reyes Teresa. Y los correspondientes a los acusados citados.

Participación de Lorenzo Cayetano.

La Sentencia del Jurado le considera autor de un delito de conspiración. Pero las acusaciones particulares y el Ministerio Fiscal, con su apoyo, le reputan autor de un delito de asesinato alevoso mediante precio.

Los hechos probados nos relatan que Lorenzo Cayetano organizó y planificó en diversas reuniones la forma de dar muerte a la víctima, ofreciendo a otros el "trabajo", mediante precio, y algunos vehículos, como garantía de la seriedad del encargo. Es suma, es el que organiza y paga, luego no solamente conspira para darle muerte.

En consecuencia, el motivo será estimado.

Su autoría resulta de los siguientes elementos fácticos que constan en los hechos probados:

- Propone a Alvaro Fructuoso realizar el encargo de matar al abogado, a cambio de una cantidad no determinada de dinero, pero al menos, dicen los hechos probados, de 20.000 euros.

- Le hace saber en esa reunión que le dará (a Alvaro Fructuoso) un *dossier* con todos los datos (domicilio, lugar de trabajo, horarios y costumbres de la víctima), datos que conoce como consecuencia de los seguimientos que él mismo había efectuado.

- Como garantía de la seriedad del encargo, le entrega a Alvaro Fructuoso un vehículo Golf R32.
- Tras esa reunión, en efecto un tercero entrega a Alvaro Fructuoso el referido *dossier* (el que se encuentra por la policía judicial al ser Alvaro Fructuoso detenido).
- Lorenzo Cayetano conocía al abogado por haberle defendido y llevado otro asunto.
- Además contactó con otros para que participaran también en la "operación". Es el caso de Severino Patricio y de Maximiliano Virgilio (que se lo pide a Severino Patricio, a causa de sus diferencias con este último).
- Hay una tercera reunión en casa de Lorenzo Cayetano en Villanueva del Pardillo, en la que ya participa Alexander Enrique, y se encuentran presentes Maximiliano Virgilio, Severino Patricio, "para concretar los detalles sobre la forma de dar muerte al abogado", y se mostraron fotos de la víctima, quien aparecía con una mujer rubia, "y se habló de la cantidad de dinero ofrecida por su muerte".

El Jurado declara probado: *VIGÉSIMO SEGUNDO.*- *Lorenzo Cayetano no tenía poder de decisión sobre la muerte del abogado si bien las reuniones en las que participó realizadas de manera consciente y voluntaria contribuyeron a dicho resultado.*

Como explica la STS 596/2014, de 23 de julio, con cita de la STS 956/2013, de 17 de diciembre, la conspiración supone, en el plano objetivo un concierto de voluntades (no basta el mero intercambio de pareceres) y la resolución conjunta de cometer un delito concreto. Es indispensable que *no se llegue a dar comienzo* a la ejecución del delito, pues de lo contrario estaríamos ante la tentativa o la consumación delictiva. Esto es lo que ha ocurrido en el caso de autos, razón por la cual no puede mantenerse la calificación de acto preparatorio punible a título de conspiración que se efectúa en la sentencia recurrida.

La jurisprudencia de esta Sala se ha referido al castigo de la conspiración como forma singular de coautoría anticipada (STS 601/1996, 24 de septiembre). En palabras de la STS 321/2007, de 20 de abril, la conspiración pertenece a una fase del *iter criminis* anterior a la ejecución, por lo que tiene, hasta cierto punto, naturaleza de acto preparatorio, y se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución, como una especie de coautoría anticipada que determinados autores desplazan hacia el área de la incriminación excepcional de algunas resoluciones manifestadas, pero que, en todo caso, se caracteriza por la conjunción del *pactum scaeleris* o concierto previo, y la resolución firme o decisión seria de ejecución.

La conspiración a que se refiere el art. 17 del Código Penal tipifica las doctrinalmente llamadas resoluciones manifestadas de voluntad que tienen de común con los actos preparatorios el que no contienen un principio de ejecución, por lo que se encuentran en un estadio anterior a la tentativa, vertebrándose tales resoluciones manifestadas por la existencia de un concierto de voluntades de varios en orden a la ejecución de un delito. De ahí la definición de conspiración del art. 17 Cpenal que nos dice que: *"...La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo..."*.

De acuerdo con ello, surge la conspiración cuando hay una puesta en común de la ideación criminal. Pero como dice la STS 823/2012, de 30 de octubre, en el caso tratado por la misma, como en el nuestro, «se superó la fase interna de la mera ideación y resolución en la medida que se adoptaron medidas externas».

De la STS 1129/2002, de 18 de junio, retenemos las características de la conspiración delictiva, que, recordemos solo es punible en los concretos casos previstos en el Código Penal de acuerdo con el principio de especialidad declarado en el art. 17-3º.

En dicha sentencia 1129/2002, de 18 de junio, se concretan las características de la conspiración en las siguientes:

1- Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como delito de "dinámica propia", no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o "dependiente" de otro que podemos llamar "principal", o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente "mediato" y no "inmediato", de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro.

2- Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el art. 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la "ejecución de un delito" y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito "matriz").

3- Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución.

4- Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de "condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia" cual son, no sólo el carácter previo o "pactum scaeleris" entre esas formas sino también la decisión de su efectividad o "resolutio finis".

Por otra parte es evidente que estos actos preparatorios no son actos neutrales. Por actos neutrales pueden entenderse actos realizados ordinariamente en el marco de actuaciones legales, pero que luego pueden ser derivados al campo delictivo. No son actos típicos de ningún delito. Las SSTs 34/2007 ; 185/2005 ; 797/2006 ; 928/2006 ; 189/2007 ó 1300/2009 , han tratado la problemática de tales actos neutrales. En general, la opinión mayoritaria se inclina por el criterio objetivo para diferenciar los actos neutrales de los que no lo son, estimando que no son actos neutrales los que conducen inequívocamente a la consecución de un delito. Es decir se tiende a la relevancia penal que merezca tal acto por aparecer claramente favorecedor o tendente a la realización de un delito.

Esto es lo que ocurre en nuestro caso. Si en un principio, se habló de matar al abogado y resolvieron todos ellos hacerlo, a continuación, se pasó a una fase ejecutiva, pues se adelantó el precio, se debatieron detalles sobre la forma de atentar contra su vida, se buscaron sicarios, se realizaron vigilancias y seguimientos previos a la perpetración del delito, y hasta se recibe en su domicilio a los partícipes, previamente y con posterioridad al hecho. No son actos neutrales ciertamente aquellos que tienden directamente a la comisión del delito.

Se trata de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial, es quien planea y organiza los hechos, aunque no se encuentre en la autoría material o autoría ejecutiva. Porque es autor tanto quien planea y divide el trabajo como quien le sirve de instrumento y ejecuta el encargo recibido.

Y claro es que las vigilancias e información de los objetivos para atentar después contra ellos, pueden ser actos de cooperación o de contribución al hecho criminal. Y no, desde luego, actos neutrales.

Es suma es a lo que se refiere el art. 28 del Código Penal cuando señala la «realización conjunta del hecho».

El art. 28 CP , al definir la autoría entiende por autores "quienes realizan un hecho... por medio de otro del que se sirven como instrumento".

En efecto la autoría del hecho supone e implica la titularidad de la acción, o dominio del hecho, o sea la determinación del sujeto que promueve, realiza, ejecuta y lleva a efecto la ideación criminal. Prescindiendo del inductor o del cooperador necesario, la autoría se proyecta a través de diversas y distintas modalidades, ya sea la autoría directa o indirecta, ya sea la autoría mediata o inmediata. En todo caso implica, la titularidad de la acción criminal.

Se ha dicho, con razón, que el autor mediato tiene también el dominio del hecho, aunque a través del dominio de la voluntad de otro, llamado instrumento, que es el que realiza el tipo en forma inmediata.

Esta autoría se dará en los siguientes supuestos:

- a) cuando "el instrumento", esto es el que obra directamente, lo hace sin dolo;
- b) cuando el "instrumento" obre con error de tipo o con error de prohibición, en cuyo caso aquél, al no conocer la prohibición no domina su voluntad, sino tan solo su acción, lo que es aprovechado por el autor mediato;
- c) cuando obre coaccionado, debiendo apreciarse aquí la intensidad de la coacción para estimar si hay autoría mediata o inducción.

Cuando el Jurado concluyó que Lorenzo Cayetano no tenía poder de decisión no quería decir que no fuera autor, porque no se olvide que declaró que todos los actos en los que intervino contribuyeron al resultado de la muerte de Rosendo Horacio , sino que no dependía de él dar la orden ejecutiva inicial (no tenía poder de decisión), pero que sus actos fueron contributivos a la finalidad perseguida, ejecutada y conseguida. Es así como debe entenderse el hecho 22 del Veredicto del Jurado. Como se ha puesto de manifiesto en el recurso, no podemos olvidar que la sentencia de instancia es dictada por un tribunal popular que contesta en función de lo que se le pregunta en el objeto del veredicto y de cómo se le pregunta, sin que necesariamente tenga que conocer la diferencia entre un autor material o directo (lo que evidentemente no es Lorenzo Cayetano ) y un coautor.

Por ello, este acusado aparece en escena desde la primera reunión, proponiendo a *Millonario* el trabajo consistente en matar al abogado, incluso comprometiéndose a facilitarle un dossier con fotos, direcciones, costumbres y todos los detalles necesarios para realizar el trabajo encomendado, dossier que aunque entregado por un tercero, efectivamente aparece en casa del tal *Millonario* quien por ser detenido, no puede culminar el encargo si bien con anterioridad a la detención, se había reunido al menos en otra ocasión, con Lorenzo Cayetano y otros acusados, y había llevado a cabo diversas vigilancias. También se declara probado



que Lorenzo Cayetano se pone en contacto con Severino Patricio y le pide que le proponga a Maximiliano Virgilio participar en estos hechos y sobre todo, se declara probado que finalmente, Alvaro Fructuoso se reúne en su casa, o en las inmediaciones, con Severino Patricio, Maximiliano Virgilio y Alexander Enrique (condenado como autor), nada menos que para concretar los detalles sobre la forma de dar muerte al abogado, se mostraron fotos de la víctima, quien aparecía junto a una mujer rubia, y se habló de la cantidad de dinero ofrecida por su muerte.

Esta última reunión, reforzada por el contexto de todo lo sucedido hasta el momento, es decisiva para calificar la participación de Lorenzo Cayetano porque revela la concurrencia de todos los elementos de la coautoría.

Como dice el Ministerio Fiscal, es evidente que Lorenzo Cayetano ni aprieta el gatillo ni aparece en el lugar de los hechos, pero la autoría material que describe el art. 28 CP no se reduce a 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 ( STS 20-7-2001 ).

No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo de modo que todos los coautores responden de aquello que haya sido concertado, aunque, en la ejecución, las aportaciones de algunos de ellos no supongan la realización estricta del verbo típico. Y aunque no haya sido pactado expresamente, todos los coautores responden de aquellos resultados que no puedan considerarse ajenos a desviaciones previsibles respecto de lo pactado ( STS 842/2005 ).

En definitiva, no es preciso que cada uno de los coautores ejecute en su integridad el verbo nuclear de la acción, pues a tenor del art. 28 CP, son coautores todos quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo, aunque tal realización sea coordinadamente mediante fases ejecutivas confluyentes a un mismo fin. Es por ello que en dicho sentido, la STS 487/2015 entendió que existía coautoría en el caso de que la conducta desplegada consistiera solamente en vigilancias e información sobre objetivos respecto de los cuales un comando de ETA se había propuesto atacar.

En el caso que nos ocupa, Lorenzo Cayetano podría no tener el poder de decisión de poner en marcha el mecanismo ejecutivo pero, una vez recibida la orden, desde luego tenía el dominio funcional del hecho. Y no solo porque aparece como una figura principal que va proponiendo a distintas personas el trabajo de dar muerte al abogado, sino porque se reúne con otros partícipes para planificar el asesinato (mediante precio) con todos sus detalles y reparto de papeles (Hecho 21: para concretar los detalles sobre la forma de dar muerte al abogado, se mostraron fotos de la víctima, quien aparecía junto a una mujer rubia, y se habló de la cantidad de dinero ofrecida por su muerte). Es por ello que en lo que a él respecta, resulta indudable que rige el principio de imputación recíproca con respecto a los ejecutores materiales y directos que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho, siempre que ésta sea relevante.

Como dice el Fiscal, siguiendo a nuestra jurisprudencia, no es necesario que en el *factum* se recojan los actos individuales de cada integrante, ya que la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho. **Es doctrina consolidada en esta materia (por todas, STS 114/2015) que coautor es quien dirige su acción a la realización del tipo, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todos con ese dominio de la acción característico de la autoría. Por ello, cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho, todos deben responder como coautores porque como ya se ha dicho, la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho.**

La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que, en los delitos dolosos, la común responsabilidad de los partícipes se basa no solamente en el acuerdo entre los distintos intervinientes en la acción, sino sustancialmente en la ejecución de un reparto de papeles con aportaciones causales recíprocas que dan lugar a lo que se ha denominado la imputación conjunta o recíproca de la acción.

Esta Sala ha valorado 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 aquél. 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por éste, no bastando el simple conocimiento. 4) Que cuando intervengan los que no hubieran concurrido a los actos de iniciación no se hubiese producido ya la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho; 5) que la coautoría presupone la común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevarla a efecto, siendo esencial la unidad de conocimiento y voluntad de aquéllos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la

puesta en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno la entidad y relevancia precisas que definan al delito; 6) que la coautoría debe ir acompañada en su vertiente subjetiva por dolo directo o eventual; que el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización de un plan delictivo por ellos trazado, establece entre los que se concertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se le asigne; y 7) que la jurisprudencia actual rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este motivo, la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha "tomado parte directa" en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho.

Toda participación en la comisión del hecho delictivo -para implicar una responsabilidad criminal- ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría. El otro elemento -el objetivo-, se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal. Sobre esta base, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos. Así, cabe hablar de la denominada teoría del "acuerdo previo" ("pactum scealeris" 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. Otra teoría es la del "dominio del hecho" (en cuanto posibilidad de interrumpir a 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 actúen de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos. Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto. La doctrina habla en estos supuestos, como nosotros, de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la "totalidad" de lo hecho en común.

En la definición de la coautoría acogida en el art. 28 del Código Penal 1995 como "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 delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

**Ahora bien, tales aportaciones han de ser relevantes, pues en caso contrario vaciaríamos de contenido la figura del cómplice que también aporta elementos fácticos al proyecto común pero con actos de menor significación, de manera que constituyen actores secundarios de la trama criminal.**

**A salvo siempre de desviaciones completamente imprevisibles.**

Gráficamente esto es explicado en la STS 623/2015, dijimos que « [e]n definitiva, quien interviene en un robo violento, proyectando su ejecución, conociendo que existen uno o varios moradores en la vivienda, portando armas para lograr intimidar o, en su caso, neutralizar la posible resistencia de las víctimas, interviniendo con distribución de funciones en sus pormenores, proyectados o ejecutados conforme se desarrollan los acontecimientos, es coautor de los diversos delitos cometidos, en virtud del llamado principio de imputación recíproca, salvo que lo finalmente ejecutado entre en el curso de una desviación completamente imprevisible».

En suma, autor directo es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción, que en este caso será quien lleva la pistola y efectúa los disparos que causan la muerte de la víctima.

Del Hecho 21 se desprende la existencia de un acuerdo previo por la reunión mantenida en casa del recurrente (o en sus inmediaciones) en el que se habla de los detalles del asesinato y del precio que se va a pagar por ello, es decir, se planifica la ejecución, lo que implica no solo la decisión conjunta de cometer el ilícito, sino la determinación de la forma en que se va a realizar (para concretar los detalles sobre la forma de dar muerte al abogado) y el reparto de papeles, y poco después, dicha ejecución se culmina apareciendo en el lugar de los hechos, Alexander Enrique, uno de los que estaba en dicha reunión, por lo que no cabe desconectar ésta de la ejecución efectivamente realizada.

En consecuencia, del veredicto que resulta del Hecho 22 en el que el Jurado afirma que Lorenzo Cayetano no tenía poder de decisión sobre la muerte del abogado, "si bien las reuniones en las que participó realizadas de manera consciente y voluntaria contribuyeron a dicho resultado", debe deducirse que realizó actos

conducentes a un fin, y que contribuyeron a su resultado, lo que unido a las reuniones mantenidas, acuerdo acordado, inicio de la ejecución, pago del precio, y las referidas reuniones antes y después de la perpetración del hecho, es claro que su participación ha de ser considerada a título de autor, y no de mero cómplice, con la determinación cuantitativa en la pena que diremos en la segunda sentencia que ha de dictarse al efecto.

Se estima el motivo de las acusaciones particulares, apoyado por el Ministerio Fiscal, y la correlativa desestimación del motivo de la defensa.

Participación de Severino Patricio y de Maximiliano Virgilio .

Los hechos probados narran cómo este acusado, Severino Patricio , trata con Lorenzo Cayetano de los detalles, y ofrece a Maximiliano Virgilio que participe también, ya que aquel no puede decírselo pues no tiene buen trato con él. Llevan a cabo ambas observaciones y vigilancias (dos, por lo menos).

El Jurado concluye: *TRIGÉSIMO TERCERO.- Severino Patricio no tenía poder de decisión sobre la muerte del abogado, si bien las reuniones en las que participó, junto con los actos de observación y vigilancia realizados de manera consciente y voluntaria contribuyeron a dicho resultado.*

En este caso, estimamos los motivos de los recurrentes, de las acusaciones particulares, con el apoyo del Ministerio Fiscal, porque han realizado actos consistentes en observaciones y vigilancias que trascienden de las resoluciones manifestadas de voluntad, para adentrarse en la fase ejecutiva del delito, de manera que no puede mantenerse la posición de conspiradores, pero en esta ocasión conceptuándose como de cómplices, toda vez que tanto en la fundamentación jurídica como en los hechos probados, no se describen actos esenciales sino de mera colaboración en las vigilancias, que no pueden integrar propiamente la autoría, sino la complicidad criminal. En la conclusión fáctica a la que llega el Tribunal del Jurado no se describe una contribución esencial e irremplazable, sino una mera contribución, inespecíficamente diseñada, que no puede ser considerada en esta Sala Casacional como coautoría, y menos *contra reo*.

En este mismo caso, se encuentra Maximiliano Virgilio , a quien el Jurado le atribuye en el hecho 27, actos de observación y vigilancia realizados de manera consciente y voluntaria que *contribuyeron* (sin más especificaciones) a dicho resultado.

La determinación punitiva será impuesta en la segunda sentencia que hemos de dictar al efecto.

**Participación de Argimiro Hipolito (padre).**

Este acusado es quien dirige las acciones de sus hijos y de Felipe Desiderio , y que se encuentra, junto a ellos, en las inmediaciones de los hechos, y en la propia fecha y hora de la muerte del abogado. Su intervención, pues, es muy decisiva.

La Audiencia le considera cómplice, decisión que es ratificada por el Tribunal Superior de Justicia.

En los hechos probados, hemos de destacar:

- Realiza labores de vigilancia en el domicilio y en el despacho profesional, el día 15 de diciembre (junto a sus hijos Alexander Norberto y Alexander Enrique , y de Felipe Desiderio ).
- A las 18:30 horas del día 18 de diciembre, se encuentra en compañía de Alexander Enrique en las inmediaciones del domicilio de la víctima.
- A las 19:00 horas ambos van al despacho profesional de la víctima, continuando labores de vigilancia hasta las 21:16 horas.
- En los minutos previos a las 21:30 horas, se intercambian llamadas entre Argimiro Hipolito y Alexander Enrique .
- Y una media hora después, Argimiro Hipolito recibe una llamada de Alexander Enrique .
- El 21 de diciembre, se encuentra en casa de Lorenzo Cayetano (Villanueva del Pardillo).

Con estos hechos, el Tribunal del Jurado concluye lo siguiente: *QUINCUAGÉSIMO OCTAVO.- Argimiro Hipolito no participó en la realización de actos directamente relacionados e indispensables para dar muerte del abogado, si bien por las reuniones en las que intervino, junto con los actos de observación y vigilancia realizados, puso los medios conducentes a su realización.*

Tal contribución (poner los medios conducentes a su realización), son actos de mayor envergadura que el de una mera complicidad criminal. El referido hecho 58º está describiendo claramente una cooperación necesaria, en cuanto que, mediante las llamadas que quedan acreditadas en los hechos probados, está ofreciendo sin duda datos de interés y relevancia para la consecución del resultado final.

En efecto, el Jurado declara que no se ha probado su autoría ejecutiva, esto es, que no realiza actos relacionados directamente con el hecho de dar muerte a la víctima, sino actos conducentes para ello, lo que significa, ni más ni menos, que una comisión por cooperación necesaria.

De los hechos probados resulta que Argimiro Hipolito se encontraba en las inmediaciones del despacho profesional de la víctima el día que se llevó a cabo el asesinato, de modo que en el momento en el que Rosendo Horacio salió del mismo, Argimiro Hipolito, realizó una serie de llamadas tendentes a poner sobre aviso a las demás personas implicadas en los hechos (ejecutores materiales) para que pudieran tomar las posiciones previamente planeadas y así asegurarse de que el asesinato se llevaba a cabo de forma sorpresiva en el momento en el que Rosendo Horacio introducía su coche en el garaje, evitando así toda posibilidad de defensa de la víctima.

En definitiva, este acusado carece de dominio del hecho, pero contribuye esencialmente a su resultado. Eso es lo que significa una participación a título de cooperación necesaria. Hemos dicho en STS 715/2013, de 27 de septiembre, que el cooperador no tiene el pleno dominio de la acción, como el autor material y directo, tampoco la fungibilidad exigible en los autores inmediatos para poder apreciar una autoría mediata. Por tanto, resulta más ajustado a derecho considerar al acusado un cooperador necesario. Lo que distingue a los cómplices de los cooperadores necesarios, no es el dominio del hecho, que ninguno de ellos lo tiene, sino la relevancia de su participación.

En efecto, esta Sala mantiene que la complicidad se distingue 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. Lo decisivo para deslindar la cooperación necesaria de la complicidad es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores; la complicidad requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado en términos de prescindibilidad concreta o relacionada con el caso enjuiciado, 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 (SSTS. 1216/2002, de 28-6; 676/2002, de 7-5; 185/2005, de 21-2; 94/2006, de 10-1; 16/2009, de 27-1; y 109/2012, 14-2).

En el caso, la participación de Argimiro Hipolito ha sido esencial, razón por la cual, estimaremos el motivo de las acusaciones, y correlativa desestimación de las defensas, y le consideramos autor por cooperación necesaria en la ejecución de la muerte dolosa de Rosendo Horacio. En definitiva, este acusado no es el que dispara, pero sin su actuación, no se hubiera podido matar al Sr. Rosendo Horacio.

**DÉCIMO-QUINTO.** - La posibilidad de agravación de la sentencia de instancia en el curso de un recurso de casación, es un tema ya resuelto por la doctrina de esta Sala Casacional. En efecto, conforme a la reciente STS 58/2017, de 7 de febrero, los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias (o añadimos, aquí, de agravación de las condenatorias), a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

La consecuencia de esta doctrina desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el único motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es el de infracción de ley pura del núm. 1º del art 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El art 849 2º de dicha ley no es utilizable en estos supuestos porque esta vía impugnativa exige que los documentos invocados no resulten contradichos por otros elementos probatorios, y esta valoración conjunta vulnera la prohibición de valoración en casación de pruebas personales en contra del reo.

Cuando la valoración probatoria resulte absolutamente arbitraria, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado para lograr su anulación. Pero esta solución implica la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, dado que la estimación de un motivo casacional encauzado por el art 849 2º de la Lecrim, como motivo por infracción de ley, no conduce a la devolución de la causa al Tribunal de Instancia, sino al dictado de segunda sentencia (art 902 Lecrim).

Recuerdan las SSTS 892/2016, de 25 de noviembre, 421/2016, de 18 de mayo, 22/2016, de 27 de enero, 146/2014, de 14 de febrero, 122/2014, de 24 de febrero, 1014/2013, de 12 de diciembre, 517/2013, de 17 de junio, 400/2013, de 16 de mayo, etc. (con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril, entre otras), que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para



garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE, es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

En la función de tutela de derechos fundamentales, que también le corresponde a este Tribunal con carácter primario, no actúa esta Sala como órgano supremo, pues está determinada tal función por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, que en esta materia puede revisar sus resoluciones ( arts. 123 y 161 b CE ).

Es por ello, muy relevante, que el Tribunal Supremo pueda realizar con efectividad esta función nomofiláctica y unificadora, sin restricciones impuestas, o auto restricciones injustificadas, tanto en los supuestos en los que los órganos sentenciadores interpretan erróneamente los tipos penales en perjuicio del reo como si lo hacen en perjuicio de las víctimas o perjudicados.

Precisamente en este segundo ámbito (la corrección de la interpretación errónea de los tipos penales realizada en perjuicio de las víctimas o perjudicados), absolutamente necesario por razones de tutela judicial efectiva, de seguridad jurídica y para garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, estriba la diferencia esencial entre la competencia jurisdiccional de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pues éste, como regla general, solo puede corregir los supuestos de extralimitación típica a través del recurso de amparo por vulneración del principio de legalidad penal, pero en ningún caso los supuestos de indebida inaplicación de la norma sancionadora, que solo vulneran por defecto el referido principio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll ), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani ), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios ) o 16 de noviembre de 2010 (caso García Hernández ) aprecia vulneración del art. 6 1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considera, "a contrario sensu", que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia, (Ver SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32 ; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, § 39 ; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, § 38 ; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31; y STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García C. España ).

En la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 88/2013, de 11 de abril de 2013, se establece que "*se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio o 2/2013, de 14 de enero)*", insistiendo en que "*si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril y 153/2011, de 17 de octubre)*".

Y, en definitiva, se considera en esta resolución, que "*vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE ) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad...*".

En definitiva, los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

El error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. O cuando se calificase por el Tribunal de instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O, en fin, cuando el Tribunal de instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

Por tanto, el Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado.

La consecuencia de esta doctrina desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es únicamente el de infracción de ley pura del núm. 1º del art 849 de la Lecrim .

En nuestro caso, no se han corregido ni en un ápice los aspectos fácticos de la sentencia recurrida, tanto desde el plano de los elementos objetivos como subjetivos del delito, se ha variado exclusivamente el juicio de tipicidad, es decir, la subsunción jurídica, según doctrina del Tribunal Constitucional y del TEDH.

**DÉCIMO-SEXTO.** - En el segundo motivo, articulado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la indebida falta de aplicación del art. 564 Código Penal , que tipifica el delito de tenencia ilícita de armas, en tanto que Argimiro Hipolito debió ser condenado, en su tesis, como autor de tal infracción penal.

El TSJ aborda la cuestión en su Fundamento Jurídico 25 y rechaza el motivo por falta de respeto a los hechos declarados probados dado que se articuló el motivo como aquí por pura infracción de ley y porque el Jurado declaró que *"[a]unque es evidente que existió un arma, y consideramos muy probable que Argimiro Hipolito al menos fuera informado de que existía un arma y quién la poseía, y parece lógico considerar que pudo haberla visto, no podemos asegurarlo sin ningún género de dudas. Por lo que consideramos el hecho no probado"*.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar tampoco en esta instancia casacional.

**DÉCIMO-SÉPTIMO.** - En el tercer motivo, por el propio cauce constitucional, estos recurrentes pretenden que la atenuante de dilaciones indebidas que ha sido conceptuada por la sentencia recurrida como simple, no tenga siquiera tal significación atenuatoria.

Nos remitimos a lo resuelto en nuestro Fundamento Jurídico Sexto, para su desestimación. La causa lleva, a fecha de hoy, cerca de nueve años de tramitación, y sobradamente es acreedora de una atenuante simple de dilaciones indebidas, pues las causas han de tramitarse en un plazo razonable, aun cuando tengan la complejidad de la que revisamos.

Recurso de Amalia Juana y sus hijas Covadonga Paulina y Reyes Teresa .

**DÉCIMO-OCTAVO.** - El primer motivo de su recurso se articula por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Se denuncia en este motivo la indebida aplicación de los arts. 28 y 17 del Código Penal , impugnándose la consideración errónea de Lorenzo Cayetano como conspirador.

En suma se alega que este acusado era el encargado de contratar y coordinar a los que iban a llevar a cabo el asesinato. Y que propone el asesinato a Alvaro Fructuoso en los billares, acude a otra reunión a Parque Lago, facilita dosieres, y se convoca una reunión en su domicilio, en la que ya se encuentra Alexander Enrique, se concretan detalles sobre la forma de dar muerte a la víctima, se muestran fotos y se habla de la cantidad de dinero ofrecida por su muerte.

El motivo será estimado en los términos que ya hemos dejado argumentados al resolver el recurso de la acusación particular constituida por los padres de la víctima, y a la que el Ministerio Fiscal, tanto a tal acusación particular, como a la que ahora resolvemos, apoya.

**DÉCIMO-NOVENO.** - Lo propio hemos de señalar respecto de los motivos segundo a quinto, igualmente formalizados al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocando la indebida aplicación de los arts. 28 y 17 del Código Penal, y del art. 141 del propio Código, en tanto que referidos a la actuación de Maximiliano Virgilio y de Severino Patricio.

Se reprocha que deban ser considerados conspiradores y no coautores.

Respecto a lo primero, la conspiración ha sido erróneamente calificada, toda vez que se han adentrado en la fase ejecutiva del delito, y es claro, en consecuencia, que la conspiración, como resolución manifestada de voluntad, de naturaleza punible, termina ahí, es decir, en el acuerdo para llevar a cabo un crimen de los posibles mediante este tipo de autoría anticipada, pero una vez que tales personas inician ejecutivamente la acción tendente a conseguir el resultado, dogmáticamente ya no es posible la conspiración sino la complicidad o la autoría.

En el caso de Maximiliano Virgilio y de Severino Patricio, les hemos considerado cómplices, lo que deja sin efecto los motivos en los que se reprocha la rebaja en dos grados vía art. 141 del Código Penal, que ya es inaplicable.

En el caso de Maximiliano Virgilio participa porque se lo propone Lorenzo Cayetano, tanto a él como a Severino Patricio, y su actuación se reduce a indicar a Alvaro Fructuoso dónde se encontraba el domicilio de Rosendo Horacio, más tarde se reúne en el domicilio de Lorenzo Cayetano para "tratar los detalles acerca de dar muerte al abogado", y efectúa dos observaciones previas. Lo mismo que Severino Patricio el cual, además, entrega a Alvaro Fructuoso su propio coche, en garantía del pago de la muerte del abogado. De forma que incluso la complicidad se construye favorablemente para el reo.

**VIGÉSIMO.** - En el motivo sexto, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación de los arts. 28 y 29 del Código Penal, al considerar a Argimiro Hipolito como cómplice, y no como autor.

Dicho acusado realiza vigilancias en días anteriores y en el propio día del asesinato, tanto en el despacho como en el propio domicilio del abogado. Se intercambia con sus hijos (ejecutores materiales) diversas llamadas en los alrededores del despacho.

Al estudiar la participación de este acusado, ya hemos estimado el recurso de la anterior acusación particular, que apoyado por el Ministerio Fiscal, y le hemos declarado asimilado a la autoría, considerando su actuación como imprescindible, mediante reparto de papeles, para llevar a cabo el asesinato. Es, pues, un cooperador necesario.

El motivo se estima.

**VIGÉSIMO-PRIMERO.** - En los motivos séptimo y octavo, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la falta de aplicación del art. 564 del Código Penal, tanto respecto a Argimiro Hipolito como a Alexander Enrique.

Se desestima pues coinciden sus argumentos con los expresados en el motivo segundo de la anterior acusación particular. La falta de prueba que mostró el Jurado imposibilita esta subsunción jurídica por la vía de un estricto «error iuris».

**VIGÉSIMO-SEGUNDO.** - El motivo noveno, es idéntico al tercero de la anterior acusación particular. Se desestima por los propios fundamentos jurídicos. Se refiere a la falta de concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas.

**VIGÉSIMO-TERCERO.** - En el décimo motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta parte recurrente denuncia la indebida aplicación del art. 2.3 a) de la Ley de Protección de Víctimas de Delitos Violentos, al no considerarla como perjudicada por la muerte de su ex-marido.

Aparte de que tal Ley tiene su ámbito propio en la protección que otorga el Estado, en vía administrativa, a las víctimas de los delitos violentos, correspondiendo a los tribunales la determinación concreta de la condición de persona perjudicada por el delito, y sin perjuicio de que no se pueda descartar, naturalmente, que el cónyuge separado pueda tener esa condición, como ha razonado el Ministerio Fiscal, *«lo cierto es que sin entrar en la posibilidad de que en casos concretos y en atención a especiales circunstancias, pudiera considerarse víctima a los efectos de indemnización, al cónyuge separado de hecho, en el supuesto que nos ocupa, la recurrente no ha acreditado en momento alguno cuáles fueron los perjuicios directos sufridos por el asesinato de aquél de quien se hallaba separada de hecho y fue asesinado precisamente en compañía de la persona con la que convivía y a la que estaba unido por análoga relación de afectividad»*.

Al no haberlo hecho así, ratificamos las acertadas consideraciones al respecto de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

**VIGÉSIMO-CUARTO.** - En el motivo undécimo y por el propio cauce impugnativo, se reprocha que se ha seguido por el Tribunal sentenciador el Baremo estricto en cuanto a la indemnización de las hijas, sin valorar la edad de las víctimas por el daño moral de la muerte violenta causada a su padre, y a la parte recurrente el aumento del 20 por 100 le parece irrisorio.

Es claro que en materia de delitos dolosos, el Baremo es meramente orientativo, así como la ausencia de criterios objetivos para determinar el daño moral, lo que impide que pueda decretarse fácilmente una infracción de ley en esta materia cuando la determinación cuantitativa de la indemnización se encuentra razonada.

Por ello, informa el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional que *«un incremento del 20% sobre la indemnización fijada por el Baremo, en términos generales y al no hacer valer especiales circunstancias más allá del delito que dio lugar al procedimiento que nos ocupa, parece suficientemente razonable y ajustado»*.

Basta constatar que se fijan 160.000 € y 80.000 € para cada hija en atención a su edad (solo una era menor al tiempo del fallecimiento), sin que tampoco se pueda desconocer que ambas concurren con otros parientes a los que también se les reconocieron indemnizaciones (padres y hermano del fallecido, además de la reserva de acciones civiles para la pareja de hecho).

Del análisis de nuestra doctrina jurisprudencial se puede deducir que solo en supuestos específicos puede efectuarse en casación la revisión de la cuantía indemnizatoria, supuestos entre los que cabe señalar: 1º) cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos de delitos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente.

En el caso enjuiciado, se han incrementado las cantidades correspondientes en un 20 por 100, con arreglo al Acuerdo adoptado en las Jornadas de Unificación de Criterios por parte de los Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 10 de junio de 2005, fijando como cantidad a favor de Covadonga Paulina la de 160.000 €, y a favor de Reyes Teresa (mayor de edad en la fecha de fallecimiento de su padre) la de 80.000 €, con los intereses legales correspondientes.

La fijación del daño moral es una función que le corresponde al Juez o Tribunal sentenciador, y que es tarea reservada a su discrecionalidad, pudiendo ser discutidas en apelación las bases pero no el montante concreto concedido, tal y como hemos declarado en nuestra STS 684/2013, de 16 de julio.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

#### **Costas procesales.**

**VIGÉSIMO-QUINTO.** - Se imponen las costas procesales a los recursos cuyos pedimentos se desestiman, como es el caso del recurso de Lorenzo Cayetano, Argimiro Hipolito, Alexander Enrique y Alexander Norberto, y se declaran de oficio en el caso de las acusaciones particulares, constituidas por Bruno Nazario y Agueda Elvira, padres de la víctima, y su esposa Amalia Juana e hijas Covadonga Paulina y Reyes Teresa, a quienes se les devolverá el depósito legal, caso de haber sido éste constituido, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### **FALLO**





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

**1º.- ESTIMAR** los recursos de las Acusaciones particulares D. Bruno Nazario y Doña Agueda Elvira , y de Doña Amalia Juana y sus hijas Covadonga Paulina y Reyes Teresa interpuesto frente a la Sentencia núm. 14/2016, de 31 de mayo de 2016 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid . Declarando de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus recursos. Ordenando la devolución del depósito si en su día lo hubieren constituido. **2º.- DESESTIMAR** los recursos interpuestos por los procesados D. Lorenzo Cayetano , D. Argimiro Hipolito , D. Alexander Enrique y D. Alexander Norberto . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos. **3º.- En consecuencia, CASAR y ANULAR**, en la parte que le afecta, la referida Sentencia 14/2016 de 31 de mayo de 2016 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , sustituyéndola por otra más conforme a Derecho. **4º.- COMUNICAR** la presente resolución y la que seguidamente se dicta al órgano de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

## SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 4 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los **procesados D. Argimiro Hipolito , D. Alexander Enrique , y D. Alexander Norberto , y de las Acusaciones Particulares DOÑA Amalia Juana y DOÑA Covadonga Paulina y DOÑA Reyes Teresa y DON Bruno Nazario y DOÑA Agueda Elvira** , contra Sentencia núm. 14/2016, de 31 de mayo de 2016 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en el Rollo de apelación núm. 6/2016 contra la Sentencia del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 759/15, de 12 de noviembre de 2015, dictada en el Rollo de Sala núm. 1/2013 dimanante del Procedimiento del Jurado 2/2010 del Juzgado de instrucción 19 de Madrid, seguido por delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas contra D. Alvaro Fructuoso , nacido en Pereira (Colombia) el NUM015 -1978, con NIE NUM016 , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, D. Lorenzo Cayetano , nacido en Medellín (Colombia) el NUM017 -1980, con NIE NUM018 , sin antecedentes penales, D. Severino Patricio , nacido en Medellín (Colombia) el NUM019 -1981, con DNI núm. NUM020 y sin antecedentes penales, D. Maximiliano Virgilio , nacido en Palmira Valle (Colombia) el día NUM021 -1981, con NIE NUM022 , mayor de edad y sin antecedentes penales, D. Alexander Enrique , nacido en Cuenca el NUM023 -1981, mayor de edad con DNI núm. NUM024 y sin antecedentes penales, D. Argimiro Hipolito , nacido en Villablino (León) el NUM025 -1959, mayor de edad sin antecedentes penales y D. Alexander Norberto , nacido en Madrid el NUM026 -1984, mayor de edad con DNI núm. NUM027 y sin antecedentes penales; Sentencia que en el día de la fecha ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, al estimarse los recursos interpuestos por las Acusaciones particulares.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.-** Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

**SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.-** Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de condenar a Lorenzo Cayetano , como autor de un delito de asesinato, por la concurrencia de las circunstancias cualificadoras de alevosía y precio, en los términos dispuestos en el art. 140 del Código Penal , en la redacción correspondiente a la fecha de los hechos, más favorable que la vigente, a la pena mínima de veinte años de prisión, habida cuenta de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas que concurre, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. También se condena a Argimiro Hipolito , como cooperador necesario del mismo delito, a la propia pena ya determinada para Lorenzo Cayetano , esto es,



veinte años de prisión e inhabilitación absoluta, junto a los demás aspectos ya decretados por el Tribunal «a quo» respecto a la responsabilidad civil y costas procesales. En el caso de Maximiliano Virgilio y Severino Patricio, se les condena como cómplices del mismo delito, y se les impone igualmente la pena mínima de diez años de prisión e inhabilitación absoluta, al concurrir igualmente la atenuante de dilaciones indebidas, conforme a lo dispuesto en los arts. 55 y 63 del Código Penal, manteniéndose también los aspectos relativos a la responsabilidad civil y a las costas procesales.

En lo demás, se ratifican los pronunciamientos de instancia.

## FALLO

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

### 1º.- CONDENAR:

1.A D. Lorenzo Cayetano, como autor de un delito de asesinato, ya definido, con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de veinte años de prisión, y a la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

2.A D. Argimiro Hipolito, como cooperador necesario del mismo delito, con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de veinte años de prisión e inhabilitación absoluta, en ambos casos junto a los demás aspectos ya decretados por el Tribunal «a quo» respecto a la responsabilidad civil y costas procesales.

3.A D. Maximiliano Virgilio y D. Severino Patricio, se les condena como cómplices del mismo delito, concurriendo la propia atenuante, y se les impone la pena de diez años de prisión e inhabilitación absoluta, manteniéndose también los aspectos relativos a la responsabilidad civil y a las costas procesales.

### 2º.- RATIFICAR los demás pronunciamientos condenatorios de instancia.

### 3º.- MANTENER los decomisos decretados, responsabilidad civil y costas procesales.

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

Así se acuerda y firma.

**Manuel Marchena Gomez Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer** Pablo Llarena Conde Perfecto  
Andres Ibañez