Roj: **STS 1510/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1510**

Id Cendoj: **28079120012019100300**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **12/03/2019**
Nº de Recurso: **10244/2018**
Nº de Resolución: **131/2019**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

RECURSO CASACION (P) núm.: 10244/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 131/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 12 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10244/2018, interpuesto por D. Nicolas representado por la Procuradora Dª Amalia Jiménez Andosilla bajo la dirección letrada de D. Federico Monteoliva Robles, Dª Julia representada por el procurador D. Alfredo Gil Alegra bajo la dirección letrada de D. Héctor Castro Santana y D. Rafael representado por la Procuradora Dª Carolina Beatriz Yusto Capilla bajo la dirección letrada de D. José Lledo Collada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander Sección Primera, de fecha 19 de marzo de 2018 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 3 de DIRECCION000 instruyó sumario 1947/2015, por delitos de homicidio, robo con violencia y leve de lesiones contra Rafael , Nicolas y Julia , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Santander cuya Sección Primera dictó en el Rollo de Sala 29/2016 sentencia en fecha 19 de marzo de 2018 con los siguientes hechos probados:

" Rafael , con D.N.I. NUM000 , nacido el NUM001 /91, con antecedentes penales no computables, en prisión provisional por esta causa desde el 13/11/15, Nicolas , con D.N.I. NUM002 , nacido el NUM003 /94, sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa desde el 13/11/15 hasta el 05/04/16, y Julia , con D.N.I. NUM004 , nacida el NUM005 /94, sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa desde el 13/11/15 hasta el 15/04/16, pasadas las 21:00 horas del 11 de noviembre de 2015, acudieron al

establecimiento " DIRECCION001 ", sito en la CALLE000 , de la localidad de DIRECCION000 , regentado por Desiderio , con N.I.E. NUM006 , nacido el NUM007 /82. Rafael acudió con una serie de efectos que había sustraído previamente en el Supermercado DIRECCION002 a fin de vendérselos a Desiderio , en concreto, una lata de cerveza con tequila "Desperados" de 50 cl., dos latas de cerveza "Franziskaner" de 50 cl., una tableta de chocolate "Milka barquillos" de 300 gr. y tres tabletas de chocolate "Milka bubble y caramelo" de 250 gr.

Desiderio discutió con Rafael por la venta de los efectos reseñados; en el curso de la discusión, Rafael propinó a Desiderio varios golpes, numerosos puñetazos, rodillazos y patadas por todo el cuerpo, incluido un fuerte golpe en la parte derecha de la cabeza, que le hizo caer al suelo, donde se golpeó con la parte izquierda del cráneo y ello sin que conste que Desiderio se defendiese ni que, una vez recibido el golpe en la cabeza, estuviese en disposición de plantear oposición alguna, pese a lo cual Rafael continuó la agresión. Virtudes , esposa de Desiderio , que se encontraba en otra parte del establecimiento, se acercó al ver lo que sucedía y fue agredida por Rafael , quien le propinó una patada, que le hizo caer al suelo y le causó lesiones. A continuación, los tres acusados se apropiaron de ocho latas de cerveza "Heineken" de 33 cl., una lata de maíz dulce "Gigante verde" de 160 gr. y tres paquetes de pastillas "Doble caldo Knorr" de 80 gr., que llevaron consigo al abandonar el lugar, al igual que el resto de efectos con los que Rafael había acudido al establecimiento. Julia salió primeramente del local; tras ella, lo hizo Nicolas , quien tiraba de Rafael para sacarle, y se ausentaron hasta una calle cercana donde fueron localizados posteriormente por la policía, siendo recuperados los efectos sustraídos.

Desiderio , nacido el NUM007 /82, fue operado de urgencia en el HOSPITAL000 , falleciendo a las 23:30 horas del 16 de noviembre de 2015, como consecuencia de las lesiones sufridas. La causa básica de la muerte ha sido determinada por traumatismo cráneo-encefálico grave y la causa inmediata, fracaso multiorgánico tras embolia pulmonar. A su ingreso, presentaba múltiples contusiones distribuidas en malar derecho, glúteo derecho y miembros inferiores, además de traumatismo craneoencefálico.

Virtudes sufrió contusiones en las extremidades inferiores, precisando para su completa sanidad una asistencia facultativa, con un total de quince días no impeditivos para la realización de sus ocupaciones habituales, sin que le hayan quedado secuelas.

El fallecido Desiderio estaba unido en matrimonio con Virtudes , contaba con dos hijos menores de edad, Adolfo y Agapito , además de con sus padres, Alvaro y Encarna .

Rafael fue condenado ejecutoriamente por Sentencia n° 17/16, de 15 de febrero, Juicio sobre Delito Leve n° 2104/15, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° Tres de DIRECCION000 , a una pena de mes y medio de multa con una cuota diaria de 4 €, por la comisión de un delito leve de hurto, declarando probada la sustracción de una lata de cerveza con tequila "Desperados" de 50 cl., dos latas de cerveza "Franziskaner" de 50 cl., 1 tableta de chocolate "Milka barquillos" de 300 gr. y 3 tabletas de chocolate "Milka bubble y caramelo" de 250 gr., en el supermercado " DIRECCION002 " sito en la CALLE001 de la localidad de DIRECCION000 , a las 21:20 horas del 11 de noviembre de 2015.

Rafael es consumidor habitual de cocaína y hachís y otros estupefacientes sin que ello afecte a sus facultades volitivas ni intelectivas".

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

Que debemos condenar y condenamos a Rafael como autor de los delitos, ya definidos, de homicidio, robo con violencia y leve de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas:

por el primero de los delitos, doce años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta y libertad vigilada por cinco años;

por el segundo, cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena;

y, por el tercero, dos meses de multa con cuota diaria de cuatro euros -con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago en los términos del artículo 53 del Código Penal - con prohibición de aproximarse a Virtudes a menos de quinientos metros de su persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentre por un periodo de seis meses así como de comunicarse con ella por el mismo periodo. Asimismo, al pago de las tres séptimas partes de las costas y a indemnizar a Virtudes en la cantidad de 126.538,71 más 518,59 €; a Adolfo y Agapito , en la cantidad de 52.724,46 € para cada uno de ellos; y a Alvaro y Encarna , 10.544,88 € para cada uno de ellos, al Servicio Cántabro de Salud en las sumas de 26.766,93 y 163,60 €. Todas estas cantidades se incrementarán en el interés legal correspondiente.

Asimismo, se condena a Nicolas y a Julia , como autores de un delito ya definido de robo con violencia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas, para cada uno de ellos, de cuatro años y dos meses de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago cada uno de ellos de una séptima parte de las costas.

Se absuelve a Nicolas y Julia del otro delito del que venían acusados con declaración de oficio de dos séptimas partes de las costas.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación cuya resolución corresponde al Tribunal Supremo y que deberá ser interpuesto en la forma y plazo previstos en la LECriminal".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por Rafael , Nicolas y Julia que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Rafael : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim y de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 24.2 de la CE en cuanto al derecho de presunción de inocencia. SEGUNDO.- Se funda en el artículo 849, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de Ley del art. 138 del CP por aplicación indebida del tipo de homicidio doloso. TERCERO.- Se funda en el artículo 849, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de Ley por no aplicación del art. 142 en relación con los artículos 147.1 y 77 del CP . CUARTO.- Se funda en el artículo 849, 1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de Ley por infracción de los arts. 237 y 242 del CP por faltar el requisito de ajenidad de la cosa en el robo con fuerza, relacionado con el motivo octavo del presente recurso que pretende la modificación de los hechos probados en este punto. QUINTO.- Se funda en el artículo 849, 1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de Ley por inaplicación del art. 20.2 del CP en relación al grave estado de intoxicación por el consumo de sustancias de mi patrocinado o, subsidiariamente, por infracción de los arts. 21.2 ª o 21.7ª del CP en relación con el anterior. SEXTO.- Se funda en el artículo 849, 1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de Ley por no aplicación del art. 66.1, 1 °, 2 ° y 6° del CP . SÉPTIMO.- Desiste. OCTAVO.- relacionado con el motivo cuarto de este recurso se funda en el artículo 849, 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. NOVENO.- Desiste.

B) Nicolas : PRIMERO.- Infracción de Ley y de precepto Constitucional, fundado en el art. 849.1 de la LECRIM , basándolo en infracción del precepto Constitucional al haberse vulnerado el art. 24.2 de la CE , en cuanto al derecho a la presunción de inocencia, en relación con el precepto legal sustantivo previsto en los arts. 237 , 242.1 , 242.2 , 242.3 , 242.4 del Código Penal SEGUNDO.- Por infracción de Ley del art. 849.1, al estimar infringidos los artículos 237 y 242 del Código Penal , por faltar el requisito y/o elemento fundamental. TERCERO.- Por infracción de Ley y de Precepto Constitucional. Al amparo del número dos del artículo 849 LECrim ., basándolo en error en la valoración de la prueba que vulnera la presunción de inocencia prevista en el art. 24.2 CE . CUARTO.- Por infracción de Ley y de Precepto Constitucional. Al amparo del art. 849.2 LECRIM basándolo en error en la valoración de la prueba que vulnera la presunción de inocencia. QUINTO a SÉPTIMO.- No desarrollados. OCTAVO.- Al amparo del art. 849.2 LECRIM basándolo en error en la valoración de la prueba, que vulnera la presunción de inocencia. NOVENO.- Al existir error en la apreciación de la prueba, al amparo del número dos del art. 849 LECRIM , basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

C) Julia : PRIMERO.- Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Lecrim y 5.4º de la Lopj , ambos en relación con el artículo 24.2º de la CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y jurisprudencia que lo interpreta. SEGUNDO. - Por infracción de ley de conformidad con lo prescrito en el art. 849.1º de la Lecrim , por infracción del art. 237 , 242.1 º y 2º del CP y jurisprudencia que lo interpreta.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 6 de febrero de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. En la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander el 19 de marzo de 2018 , fue condenado el acusado Rafael como autor de los delitos de homicidio, robo con violencia y de un delito leve de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas siguientes: por el primero de los delitos, doce años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta y libertad vigilada por cinco años; por el segundo delito, cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena; y por el tercero, dos meses de multa con cuota diaria de cuatro euros -con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago en los términos del artículo 53 del Código Penal - y prohibición de aproximarse a Virtudes a menos de quinientos metros de su persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentre por un periodo de seis meses, así como de comunicarse con ella por el mismo periodo. Y al abono de las indemnizaciones que se especifican en la sentencia recurrida.

Asimismo, fueron condenados los acusados Nicolas y Julia , como autores de un delito de robo con violencia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para cada uno de ellos, de cuatro años y dos meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se absolvió a ambos del delito de homicidio del que venían acusados, con declaración de oficio de dos séptimas partes de las costas.

Contra la referida sentencia recurrieron en casación los tres acusados, oponiéndose a los recursos el Ministerio Fiscal.

A) Recurso de Rafael

PRIMERO. 1. En el ***primer motivo*** invoca la defensa, por la vía procesal de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución) al haberse atribuido e imputado objetivamente el resultado de la acción al recurrente, prescindiendo de la intención que guiaba sus actos y que nunca fue la de causar la muerte de la víctima, por lo que los hechos se deben subsumir en el tipo del art. 142 del CP y no en el 138 por una concepción excesivamente extensiva del dolo eventual.

Cita después de forma extensa la parte recurrente el contenido de las sentencias de esta Sala 166/2017, de 14 de marzo , y 22/2018, de 17 de enero , haciendo hincapié en deslindar lo que es el sustrato fáctico del dolo de lo que ha de entenderse como concepto jurídico del dolo.

Alega, al aplicar al presente caso los parámetros jurisprudenciales que cita, que ni la prueba practicada ni los hechos que se declaran probados posibilitan individualizar la presencia del elemento subjetivo, que no es otro que la asunción voluntaria del resultado de causar la muerte. El dolo eventual suficiente para la imputación por homicidio, apreciado por la Sentencia, se colma porque el sujeto activo quiera realizar la acción a pesar de tener suficiente conocimiento sobre el riesgo o sobre la situación de peligro concreto para el bien jurídico. Por lo tanto, para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso debe patentizarse de forma contundente que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo, por muy lejana que sea. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado.

Advierte la defensa que la sentencia recurrida parte para apreciar el dolo eventual de que la agresión es calificada como "brutal", pero objeta a ello que este término resulta indeterminado e impreciso y no responde tampoco a una prueba ni a circunstancias concretas y jurídicamente relevantes.

Añade también que el acusado, en el momento de perpetrar los hechos, no conoce ni racionaliza algunas de las circunstancias singulares que se daban en el acusado ni se puede percatar del posible resultado letal. Él solo golpea, preso de un intenso estado de excitación, con su propio cuerpo y sin armas o instrumentos en lo que entiende es otra pelea más de la calle, y tras un arrebato producido por la previa discusión con la víctima, con la que parece ser que tenía tratos de comercio ilícito, por lo que el homicidio no entraría nunca en sus cálculos de probabilidad.

Y acaba concluyendo la parte recurrente que el relato de hechos probados de la sentencia recurrida es plenamente compatible con el homicidio imprudente, tal y como se describen los hechos, sin que contengan ninguna circunstancia relativa a la eventual representación del resultado por parte del agresor, conteniendo una referencia a un golpe en la parte izquierda de la cabeza al caer la víctima al suelo como si fuera el hecho causal principal, que no es atribuible directamente a la acción del acusado sino una consecuencia de la misma, lo que abona el carácter imprudente y no doloso.

2. Centrado así el debate sobre la alternativa de si nos hallamos ante un ***homicidio doloso*** , como lo considera la acusación y el Tribunal sentenciador, o si la comisión ha sido por imprudencia, como sostiene la defensa,

hemos de resolver el dilema partiendo de la narración de hechos probados de la sentencia recurrida y del análisis de la forma en que, a tenor de la motivación de la prueba, se desarrolló la dinámica delictiva.

La Audiencia considera probado que los tres acusados, el día 11 de noviembre de 2015, pasadas las 21 horas, acudieron al establecimiento " DIRECCION001 ", sito en la CALLE000 , de la localidad de DIRECCION000 , regentado por Desiderio . Rafael acudió con una serie de efectos que había sustraído previamente en el Supermercado DIRECCION002 a fin de vendérselos a Desiderio ; en concreto, una lata de cerveza con tequila "Desperados" de 50 cl., dos latas de cerveza "Franziskaner" de 50 cl., una tableta de chocolate "Milka barquillos" de 300 gr. y tres tabletas de chocolate "Milka bubble y caramelo" de 250 gr.

Desiderio discutió con Rafael por la venta de los efectos reseñados; en el curso de la discusión, Rafael propinó a Desiderio varios golpes, numerosos puñetazos, rodillazos y patadas por todo el cuerpo, incluido un fuerte golpe en la parte derecha de la cabeza, que le hizo caer al suelo, donde se golpeó con la parte izquierda del cráneo y ello sin que conste que Desiderio se defendiese ni que, una vez recibido el golpe en la cabeza, estuviese en disposición de plantear oposición alguna. Pese a ello, Rafael continuó agrediéndole. Virtudes , esposa de Desiderio , que se encontraba en otra parte del establecimiento, se acercó a ver lo que sucedía y fue agredida por Rafael , quien le propinó una patada, que le hizo caer al suelo y le causó lesiones. A continuación, los tres acusados se apropiaron de ocho latas de cerveza "Heineken" de 33 cl., una lata de maíz dulce "Gigante verde" de 160 gr. y tres paquetes de pastillas "Doble caldo Knorr" de 80 gr., que llevaron consigo al abandonar el lugar, al igual que el resto de efectos con los que Rafael había acudido al establecimiento. Julia salió primeramente del local; tras ella, lo hizo Nicolas , quien tiraba de Rafael para sacarle del inmueble, y se ausentaron hasta una calle cercana donde fueron localizados posteriormente por la policía, recuperando los efectos sustraídos.

Desiderio , nacido el NUM007 /82, fue operado de urgencia en el HOSPITAL000 , falleciendo a las 23:30 horas del 16 de noviembre de 2015, como consecuencia de las lesiones sufridas. La causa básica de la muerte ha sido determinada por traumatismo cráneo-encefálico grave y la causa inmediata fracaso multiorgánico tras embolia pulmonar. A su ingreso, presentaba múltiples contusiones distribuidas en malar derecho, glúteo derecho y miembros inferiores, además de traumatismo craneoencefálico. Su esposa, Virtudes , sufrió contusiones en las extremidades inferiores, precisando para su completa sanidad una asistencia facultativa, con un total de quince días no impeditivos para la realización de sus ocupaciones habituales, sin que le hayan quedado secuelas.

En la fundamentación de la sentencia (págs. 26 y ss.), refiere el Tribunal que la agresión ha sido calificada como "brutal", incluso Julia llega a hablar de que Rafael estaba "ensañándose". La descripción que efectúan tanto Virtudes como los otros coimputados, Julia y Nicolas , expresa que Rafael golpea a la víctima en varias ocasiones y que la gravedad del resultado de la agresión inicial no impide que continúe propinando nuevos golpes pese a que ya hubiera chocado la cabeza contra el suelo y, por tanto, hubiese sufrido el grave traumatismo craneal y ello afectase a su capacidad para oponer cualquier defensa al agresor.

Los diferentes hematomas que se han reseñado suponen que el agresor golpeó en la cabeza de la víctima, a nivel fronto-parietal derecho, que, además, pudiéndolo presenciar el agresor, se produjo el contragolpe, que tuvo que ser violento, atendido el resultado, en el lado central e izquierdo de la zona craneal; también le causó un hematoma en el ojo derecho, en el párpado inferior y subconjuntiva izquierda, contusión malar derecha, en cara externa del glúteo, muslo derecho, tercio proximal de la pierna derecha, rodilla izquierda, igualmente le produjo heridas que le dejaron cicatrices en mano derecha, antebrazo izquierdo y antebrazo derecho.

También se destaca en la sentencia (pág. 8) la declaración de Julia en instrucción, cuando habla de "el palizón", de "puñetazos y patadas con la rodilla"; "le pegó al menos siete u ocho rodillazos y cuatro puñetazos" (f. 60). Por su parte, Nicolas afirmó que "le pegaría cuatro o cinco puñetazos y dos o tres rodillazos; cuando estaba en el suelo el chino, le pegó rodillazos; una vez que estaba en el suelo el chino, no podía defenderse porque ya estaba Ko y le seguía dando golpes.

También señala el Tribunal de instancia que cuando Rafael es detenido y se halla en los calabozos, asume la autoría del hecho, conociendo y aceptando que ha "reventado la cabeza" al agredido y que estaba dispuesto a matarlo en cuanto pudiera, extremos que, según la Audiencia, vienen a ratificar su aceptación del resultado finalmente producido.

E igualmente hace hincapié la Sala de instancia en que de las distintas periciales e informes médicos se desprende la gravedad de las lesiones, que eran aptas para producir la muerte de no mediar una rápida y urgente asistencia médica; y es que solo la atención urgente (mediante intervención neuroquirúrgica) pudo hacer frente a una situación que empeoraba de forma muy rápida como se aprecia por la aparición de la midriasis, indicativa de hipertensión endocraneal. Y que finalmente la causaron, aunque en ello interviniesen otros factores relacionados con sus padecimientos previos.

A partir de lo hasta aquí expuesto, la Sala de instancia entendió que el acusado actuó con dolo, cuando menos eventual, de causar la muerte de la víctima. Y en lo concerniente a la posibilidad de un concurso entre el dolo de lesionar del artículo 149 del Código Penal y el ánimo de matar, considera que en el presente caso la agresión era apta para causar la muerte y finalmente la produjo, y que los distintos elementos que se han señalado inciden en la realidad de que el acusado se representó y aceptó la posibilidad de haber realizado los actos necesarios para causar la muerte a la víctima.

3. El examen de las circunstancias que se dan en el caso y de los factores que se perciben en la dinámica de los hechos constatan que el criterio que ha aplicado la Audiencia y las conclusiones a que llega se ajustan a la realidad de lo sucedido.

En efecto, en lo concerniente al ***elemento subjetivo*** del delito de homicidio, la jurisprudencia de esta Sala considera como criterios de inferencia para colegir el dolo de matar los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro factor relevante; el arma o los instrumentos empleados; la forma en que se materializa la acción homicida; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (SSTS. 57/2004 de 22-1 ; 10/2005, de 10-1 ; 140/2005, de 3-2 ; 106/2005, de 4-2 ; 755/2008, de 26-11 ; 140/2010, de 23-2 ; 29/2012, de 18-1 ; 1035/2012, de 20-12 ; y 719/2017, de 31-10 , entre otras).

Y en lo que atañe al ***elemento del dolo*** integrante del tipo subjetivo del delito de homicidio que se imputa al acusado, conviene también recordar que, según consolidada jurisprudencia de esta Sala, actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal; sin embargo, ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos sumamente relevantes que el autor no tiene seguridad alguna de poderlos controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado homicida, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el autor, sin que sea admisible por irrazonable, vana e infundada la esperanza de que el resultado no se materialice, hipótesis que se muestra sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos que el agente ha generado (SSTS 311/2014, de 16-4 ; y 759/2014, de 25-11 ; 155/2015, de 16-3 ; 191/2016, de 8-3 ; y 597/2017, de 24-7).

Sobre la misma materia, se argumenta en la sentencia 474/2013, de 24 de mayo, que esta Sala , especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico") ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectivo o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

Sin embargo, se afirma en la sentencia 69/2010, de 30 de enero , que ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectivo obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta.

Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo -sigue diciendo la sentencia 69/2010 -, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento

volitivo se le asignan los nombres de 'asentimiento', 'asunción', 'conformidad' y 'aceptación', en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo.

Aquí es preciso advertir que si bien el elemento intelectivo del dolo, y en concreto el conocimiento de la alta probabilidad del resultado, es el que prima en el ámbito probatorio y arrastra después consigo la constatación del debilitado elemento volitivo del dolo eventual, ello obliga a ser sumamente rigurosos a la hora de ponderar el grado de probabilidad del resultado cognoscible *ex ante* . De modo que no puede afirmarse que un resultado es altamente probable para el ciudadano medio situado en el lugar del autor cuando la probabilidad de que se produzca no es realmente elevada, ya que es precisamente ese pronóstico probabilístico el que nos lleva a concluir que sí concurre el elemento volitivo del dolo, aunque sea bajo la modalidad atenuada o desdibujada de la aceptación, de la asunción o de la conformidad con el resultado.

Una flexibilidad y laxitud excesivas a la hora de sopesar el grado de probabilidad exigible para apreciar el elemento intelectivo cuestionaría la concurrencia del elemento volitivo en el caso concreto, abocando así a la calificación de doloso de un hecho realmente imprudente o atípico, al mismo tiempo que se impondría la responsabilidad objetiva o por el resultado en detrimento de la responsabilidad subjetiva y del principio de culpabilidad. Y es que una concepción excesivamente extensiva del dolo eventual y de su verificación en el ámbito procesal podría devolvernos a las anacrónicas y denostadas figuras delictivas preterintencionales y a los delitos cualificados por el resultado (STS 474/2013, de 24-5).

4. En el ***supuesto enjuiciado*** se aprecian, a tenor de los hechos declarados probados y también de lo argumentado en la sentencia recurrida, según se consignó supra, que el recurrente le propinó una auténtica paliza a la víctima mediante puñetazos, patadas y rodillazos, incluso con posterioridad a que el agredido hubiera caído contra el suelo y la cabeza le hubiera hecho efecto rebote, momento en que prosiguió propinándole patadas y rodillazos.

Pues bien, con un comportamiento agresivo de esa magnitud, tanto en la pluralidad de golpes como en su contundencia, no puede inferirse que el acusado no apreciara *ex ante* una probabilidad elevada de que el acusado pudiera fallecer a resultas de un "palizón", como lo calificaron los coacusados, de semejante intensidad y contundencia, a tenor de lo que manifestaron los allí presentes y de los resultados lesivos que se le han diagnosticado pericialmente. A lo que deben sumarse las propias palabras del recurrente, cuando ya en los calabozos, de propia iniciativa manifestó que ha "reventado la cabeza" al agredido y que estaba dispuesto a matarlo en cuanto pudiera, extremos que vienen a ratificar su aceptación del resultado finalmente producido.

Por consiguiente, siendo conocedor del peligro que estaba ocasionando con su intensa y reiterada agresión a la víctima, solo cabe concluir que al mismo tiempo que actuaba estaba asumiendo la probabilidad de que la vida de la víctima estuviera en un grave peligro; por lo cual, tiene razón el Tribunal de instancia cuando afirma que el ahora recurrente cuando menos actuó con dolo eventual.

Ello excluye, al mismo tiempo, la aplicación de la opción alternativa que señala la defensa en su escrito de recurso, cuando postula que se le aplique un concurso medial de unas lesiones dolosas graves con un delito de homicidio por imprudencia. Y es que una vez que resulta verificado el dolo homicida y un resultado de muerte en el que se materializa el riesgo inherente a la acción ejecutada por el autor, solo cabe la calificación de homicidio doloso.

En consecuencia, el motivo formulado no puede prosperar.

SEGUNDO . **1.** El ***motivo segundo*** lo encauza la parte por la vía procesal del art. 849, 1º de la LECrim , al considerar que ha sido aplicado indebidamente el art. 138 del CP , cuestionando por tanto la calificación de homicidio doloso.

La defensa sostiene aquí que la Audiencia debió subsumir los hechos, a lo sumo, en un delito de lesiones graves dolosas en concurso con un delito de homicidio imprudente. A tales efectos cita las sentencias de esta Sala 265/2018, de 31 de mayo , 1188/2010, de 30 diciembre , 86/2015, de 25 febrero , 1343/2002, de 17 de julio , y 844/1999, de 29 de mayo .

2. La tesis que aquí propone la parte recurrente ya la acabamos de examinar y rechazar en el fundamento anterior, cuyo contenido damos ahora por reproducido con el fin de no incurrir en reiteraciones superfluas para la resolución del recurso.

TERCERO . En el ***motivo tercero*** , y tal como admite la propia parte recurrente, vuelve a reiterar la tesis concursal del delito de lesiones dolosas con el de homicidio imprudente. Debe pues reiterarse lo ya razonado y establecido en los dos fundamentos precedentes.

El motivo resulta, pues, también inviable.

CUARTO . **1.** En el ***motivo cuarto*** invoca, con sustento procesal en el art. 849, 1° de la LECrim , la infracción de los arts. 237 y 242 del CP por faltar el requisito de ajenidad de la cosa en el robo, alegación que complementa con lo argumentado en el motivo octavo del recurso.

Estima la defensa que el testigo D. Alexis , encargado del supermercado DIRECCION002 en el que el recurrente había sustraído los efectos que intentaba vender a la víctima, en la segunda sesión del juicio oral afirmó, a preguntas del letrado, que admitía la posibilidad de que los efectos intervenidos y reputados como producto del robo en el establecimiento de la víctima procedieran realmente del local del testigo, es decir, del supermercado DIRECCION002 . Siendo así, la duda abocaría a la absolución por el delito de robo con violencia, porque solo pueden ser objeto de robo las cosas muebles ajenas.

Y en el motivo octavo vuelve a insistir en este mismo argumento, pero ahora encauzándolo por la vía procesal del art. 849.2º de la LECrim , aunque sin citar ningún documento acreditativo de la existencia de error en la apreciación de la prueba.

2. El Tribunal de instancia examina de forma minuciosa en el fundamento 6 la cuestión relativa a los objetos sustraídos en el local del matrimonio chino, y argumenta al respecto que hay una parte de los efectos que fueron intervenidos a los acusados que Virtudes reconoce como suyos (caldo de carne, maíz dulce y latas de cerveza Heineken); y considera como correcto y veraz el reconocimiento porque la denunciante diferenció entre aquellos objetos que serían propios de los que ya traía el acusado, admitiendo que algunos de los enseres intervenidos ya los portaba el recurrente cuando accedió al local, ya que intentó vendérselos a su esposo. Además, Rafael únicamente ha sido condenado por la sustracción en el supermercado " DIRECCION002 " de algunos de esos efectos, precisamente aquellos que coinciden con los que reconoció Virtudes como no sustraídos en el establecimiento.

También resalta el Tribunal que la afirmación de la testigo cuadra con la denuncia obrante al f. 201, interpuesta por Alexis , quien declaró que le había sustraído cuatro tabletas de chocolate, dos cervezas Franziskaner y una de Desperados. Además, Rafael resultó condenado por este hecho como autor de un delito leve, en sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción número Tres de DIRECCION000 . Todo ello concuerda asimismo con el contenido de la grabación de una de las cámaras del supermercado " DIRECCION002 ", donde se ve a Rafael agacharse y coger alguna cerveza, pero no en la zona en que están las Heineken.

Por último, debe también citarse la declaración testifical de Estanislao , que fue el testigo considerado por el Tribunal más convincente y veraz, quien manifestó que la persona que volvió sobre sus pasos para recoger objetos del interior del local fue el ahora recurrente.

Así las cosas, el motivo no puede acogerse.

QUINTO . **1.** En el ***motivo quinto*** invoca la parte, a través del cauce procesal del art. 849.1° de la LECrim, la infracción del 20.2º del CP en relación con el grave estado de intoxicación por el consumo de sustancias que presentaba el acusado, o, subsidiariamente, la de los arts. 21.2 ª o 21.7ª del CP en relación con el anterior precepto.

Aduce la defensa que los informes forenses obrantes en la causa, así como las pericias realizadas sobre el consumo y adicción a sustancias estupefacientes por parte del recurrente, demostrarían, y así se recoge en los hechos probados de la sentencia recurrida, que Rafael es consumidor habitual de cocaína y hachís y de otros estupefacientes, a los que ha de sumarse el consumo de MDMA de forma continuada.

La parte acepta los razonamientos que hace la sentencia recurrida sobre el particular, en cambio no comparte el contenido del último párrafo del fundamento 4° (pág. 39), en el que se considera inaplicable la atenuante por razones de la delincuencia funcional, atendiendo a la modalidad de delitos cometidos en el interior del establecimiento de la víctima.

2. Los datos objetivos que obran en la sentencia recurrida no permiten, sin embargo, que prospere la aplicación de las eximentes y atenuantes que interesa la defensa.

En la sentencia recurrida se declara probado que Rafael es consumidor habitual de cocaína y hachís, y otros estupefacientes, sin que conste que ello afecte a sus facultades intelectivas y volitivas. Y en la fundamentación de la **imputabilidad**, se argumenta que presenta un patrón de abuso de cocaína y hachís y otros estupefacientes que no consta que haya afectado a sus capacidades cognoscitivas y volitivas (f. 274). El médico forense, a la vista del informe del Instituto Nacional de Toxicología, ratifica el consumo repetido de cocaína, MDMA y cannabis en la época en que sucedieron los hechos (f. 440).

Y al analizar las posibles causas modificativas de la responsabilidad, se pondera por el Tribunal que el consumo no ha llegado a afectar de una manera relevante a las facultades cognoscitivas y volitivas del acusado, sin que haya constancia alguna de que en el momento en que cometió los hechos el acusado hubiese consumido

previamente sustancias tóxicas o se encontrase en una situación de síndrome de abstinencia causado por la dependencia.

Pues bien, es doctrina reiterada de esta Sala (SSTS. 577/2008, de 1-12 ; 810/2011, de 21-7 ; 942/2011, de 21-9 ; 675/2012, de 24-7 ; y 695/2013, de 9-7 , entre otras) que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuante. No se puede, pues, acceder a la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para que proceda la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos ha de resolverse en función de la **imputabilidad**, o sea, de la evidencia de la repercusión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

Para poder apreciar la circunstancia de drogadicción, sea como una mera atenuante, sea como una eximente incompleta, es imprescindible que conste probada la concreta e individualizada situación psicofísica del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la duración de la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como a la singularizada alteración de las facultades intelectivas y volitivas cuando ejecutó la acción punible; sin que la simple y genérica expresión de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y matices, permita aplicar una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (SST 577/2008, de 1-12; 315/2011, de 6-4; 796/2011, de 13-7; y 738/2013, de 4-10).

En el caso, ni consta acreditado que en el momento de la ejecución de los hechos concurriera una especial limitación de las facultades intelectivas y volitivas del recurrente que repercutiera en el elemento normativo de capacidad de culpabilidad, ni tampoco aparece clara la vinculación de los hechos delictivos con una notable disminución de la capacidad motivacional del sujeto, aspecto que tiene trascendencia a la hora de operar tanto con la eximente incompleta como con la atenuante genérica que también postula la parte recurrente.

No es posible afirmar por tanto que su capacidad de comprensión de la ilicitud de su conducta estuviera limitada de forma relevante, ni tampoco que padeciera una adicción tan grave que le impidiera autocontrolar su conducta y adecuarla a las exigencias de la norma. Ello quiere decir que no concurren razones para estimar que la Sala de instancia haya apreciado erróneamente las condiciones de **imputabilidad** del referido acusado.

El motivo por tanto resulta inatendible.

SEXTO . **1.** En el ***motivo sexto*** se denuncia, con apoyatura procesal en el art. 849. 1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la ***inaplicación del art. 66.1, 1 °, 2 ° y 6° del CP*** .

Justifica la sentencia recurrida la elevada pena impuesta por el delito de robo con violencia en establecimiento abierto al público en el hecho de aprovecharse de la comisión previa de otro gravísimo delito que facilita la ejecución, y por tratarse de una agresión brutal. A ello objeta la defensa que no se puede justificar la extensión de la pena casi hasta el máximo legal con un argumento *ex post facto* , dado que la agresión no buscaba facilitar el robo ni la huida. Se trataba pues de un acto oportunista no buscado, cometido sin relación con la agresión anterior.

Señala la parte que vulnera el principio de proporcionalidad imponer una pena de cuatro años y seis meses en lugar de una de tres años, que ya está en la mitad superior.

2. Las objeciones que formula la defensa en orden a la determinación de la pena correspondiente al delito de robo ***han de ser acogidas*** , cuando menos parcialmente.

La razón de ello es que el Tribunal sentenciador fundamenta la imposición de la pena en una cuantía que alcanza casi el máximo del marco legal del robo con violencia en local abierto al público, en el hecho de que el acusado se aprovechó de la comisión previa de otro gravísimo delito que facilitó la ejecución, y por tratarse además de una agresión brutal. Sin embargo, ambos argumentos ya han sido sopesados anteriormente para castigar el delito de homicidio, dado que se le impuso por el tipo penal del art. 138 una pena de doce años y seis meses de prisión, esto es, en la mitad del marco legal correspondiente, para lo cual se argumentó también que no procedía establecer una pena inferior debido a la brutalidad de la acción homicida y de haberse aprovechado de ella para ejecutar el delito de robo.

El Tribunal opera, pues, con la gravedad de la acción homicida medial para exasperar dos veces las penas que impone al acusado. De un lado, contemplada en sí misma desde la perspectiva de la comisión del delito de homicidio; y de otro, para individualizar después gravosamente la pena concreta de lo que es la sustracción en sí. Tal exacerbación por una doble vía vulnera el principio *non bis in ídem* .

No se tiene en cambio en cuenta la nimiedad de lo sustraído como factor relevante para reducir el quantum punitivo, toda vez que se trata de la sustracción de unas latas de cerveza, unas pastillas de caldo Knorr y

una lata de maíz dulce. Una conducta depredadora de esa entidad conllevaba la imposición de la pena en su cuantía mínima, con arreglo al principio de proporcionalidad. Pena que tiene asignada una cuantía de 3 años y 6 meses de prisión, y no solo 3 años como erróneamente se dice en el escrito de recurso.

No obstante lo anterior, y aunque la parte recurrente no trata en su escrito de recurso la posibilidad de aplicar la figura del concurso medial del art. 77.3 del texto punitivo, lo cierto es que en este caso sí se aprovechó el acusado de la acción homicida para perpetrar la sustracción. Utilizó así el resultado del su conducta contra la vida de la víctima como medio para sustraer los efectos en el interior de la tienda.

En el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2018 se adoptó el siguiente acuerdo: " *Cuando aprovechando la comisión de un ilícito penal en el que se haya empleado violencia se realiza un apoderamiento de cosas muebles ajenas, se entenderá que se comete un delito de robo del art. 237 del Código Penal cuando se haya perpetrado con inmediatez al acto violento y sin ruptura temporal y la violencia empleada facilite el acto del apoderamiento* ."

En la sentencia de esta Sala 328/2018, de 4 de julio , que fue la primera en aplicar el criterio interpretativo del Pleno, se consideró que lo relevante es que exista la funcionalidad de la violencia respecto de la sustracción, sea aquélla anterior, coetánea o posterior a ésta. Pero, como se deriva del artículo 237 del Código Penal y subraya el acuerdo del Pleno no jurisdiccional citado, si no existe inmediatez entre violencia y sustracción, es decir, proximidad en tiempo y espacio, mal se podrá predicar aquella funcionalidad de la violencia para la sustracción, por lo que no cabrá decir que ésta facilita aquélla.

En lo que concierne al elemento subjetivo del dolo es claro -dice la sentencia 228/2018 - que el mismo ha de predicarse tanto de la violencia como de la sustracción, y debe abarcar en lo cognitivo la funcionalidad del comportamiento violento y sus efectos para el objetivo patrimonial y en lo volitivo la decisión de rentabilizar esa utilidad. No obstante, esa referencia subjetiva no debe reconducirse necesariamente a la exigencia de la presencia de ambas ya en un momento anterior a la violencia.

Pues bien, en el caso enjuiciado es claro que el acusado acabó utilizando la violencia homicida que ejerció sobre la víctima para perpetrar el delito contra la propiedad dentro del establecimiento. Se valió así de ella como medio para cometer el segundo delito, aunque su decisión sobre el aprovechamiento medial la adoptara después de haber agredido mortalmente a la víctima.

La calificación de concurso medial favorece al reo, dado que el art. 77.3 del C. Penal dispone que en esa clase de concursos se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

Aquí la pena del delito más grave es la del homicidio, que ha sido fijada en el caso concreto en 12 años y 6 meses de prisión. Por lo tanto, ha de serle impuesta al acusado por el concurso medial de ambos delitos una pena superior a ésa. Y atendiendo a la gravedad de los hechos relativa al delito contra la propiedad, que ha de ser ponderada desde la perspectiva de la nimiedad de los objetos sutraídos, estimamos que la pena correspondiente al concurso ha de ser la de 14 años de prisión.

Ello aboca a la estimación parcial de este motivo del recurso con las consecuencias que se expresarán en la segunda sentencia.

SÉPTIMO . Después de desistir del motivo séptimo, alega en el ***motivo octavo*** , que relaciona con el motivo cuarto, con apoyo procesal en el art. 849.2º de la LECrim , la existencia de error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, señalándose al efecto la declaración del representante legal del supermercado DIRECCION002 , quien reconoció a preguntas del letrado de la defensa la posibilidad de que los efectos intervenidos al recurrente procedieran de dicho establecimiento.

Con respecto a este motivo, damos por reproducido lo que ya se argumentó y resolvió en el fundamento cuarto de esta sentencia, en el que ya se anticipó que el motivo referente a la aplicación del art. 849.2º de la LECrim resulta inviable porque, entre otras razones, no se cita ningún documento sobre el que argumentar la tesis de la defensa, que solo hace referencia en el motivo a una mera declaración testifical.

El motivo, pues, se desestima, pero al haberse estimado parcialmente el recurso, se declaran de oficio las costas de esta instancia (art. 901 de la LECrim).

B) Recurso de Nicolas

OCTAVO . **1.** En el ***primer motivo*** se denuncia la vulneración del derecho a la ***presunción de inocencia*** (art. 24.2 CE), en relación con los preceptos legales sustantivos previstos en los arts. 237 , 242.1 , 242.2 , 242.3 , 242.4 del Código Penal .

La parte considera que la sentencia recurrida no respeta la presunción de inocencia amparada en el art. 24 de la Constitución en lo que atañe a Nicolas , dado que lo condena como autor de un delito de los arts. 242 y concordantes del C. Penal , a la pena de 4 años y 2 meses de prisión (robo con violencia), a pesar de que en ningún momento ha podido quedar acreditado que interviniera, ni directa ni indirectamente, en la sustracción de ningún objeto del supermercado donde ocurrieron los hechos.

Así, en los hechos probados, folio 4, el propio Tribunal reconoce explícitamente y así lo declara, que " Rafael acudió con una serie de efectos sustraídos previamente en el Supermercado DIRECCION002 a fin de vendérselos a Desiderio ; en concreto una lata de cerveza de tequila Desperados, dos latas de cerveza FrancisKaner, una tableta de chocolate Milka, barquillos y tres tabletas de chocolate Milka Buble y Caramelo". "... Desiderio discutió con Rafael por la venta de los efectos reseñados; en el curso de la discusión, Rafael propinó a Desiderio varios golpes, numerosos puñetazos, rodillazos y patadas por todo el cuerpo...".

Señala la parte que la razón de la presencia de Rafael en la tienda de la víctima no era la de robar ni sustraer nada, sino proceder a la venta de los bienes que sustraía previamente de otros negocios de distribución, en este caso de Supermercados DIRECCION002 . Es decir, su presencia -señala la parte recurrente- obedecía a la relación propia entre ladrón y receptador, consistente precisamente en la venta de productos sustraídos por Rafael . Y, además, en los hechos probados reconoce expresamente el Tribunal (folio 5, párrafo segundo) que Desiderio discutió con el recurrente por la venta de los efectos reseñados. En ningún caso es para robarle, ni tampoco para poder huir del lugar donde ocurrieron los hechos.

Remarca también la defensa que reconoce el Tribunal explícitamente que "... Julia salió primeramente del local; tras ella lo hizo Nicolas , quien tiraba de Rafael para sacarle, y se ausentaron hasta una calle cercana donde fueron localizados posteriormente por la Policía, siendo recuperados los efectos sustraídos...".

Por lo cual, advierte la defensa que si el recurrente agarraba a D. Rafael (persona que había agredido a la víctima), y tiraba de él para sacarle materialmente del local donde habían ocurrido los hechos, no es posible entender que D. Nicolas pudiera coger, tomar o sustraer materialmente nada, ya que, como la propia Audiencia dice, tenía sus manos ocupadas retirando a la fuerza al agresor para que no continuara la discusión y pelea.

En definitiva, la intervención del recurrente es únicamente para que cese una actividad delictiva y en ningún caso para colaborar o intervenir en otra colateral. Presumir lo contrario es vulnerar el derecho a la presunción de inocencia del recurrente amparado en el art. 24 de la Constitución y producir una distorsión entre los hechos probados y la condena.

Señala igualmente la parte que está claro, según la propia sentencia, que el Tribunal aparta al recurrente de toda la discusión previa que dio lugar a tan trágico desenlace. El incidente ocurre entre Rafael y Desiderio , sin que estén presentes los otros dos acusados, que tampoco tuvieron nada que ver con la sustracción previa en el supermercado ni con el intento de venta posterior (negociación con el receptador).

También se dice en el folio 16 de la sentencia, en virtud del testimonio de Victorio , que "...la chica sale del interior, déjalo, déjalo, vamos, un chico de espaldas sujeta a otro que está peleando (en este caso el recurrente) y el que está peleando a los pocos metros vuelve y dice, "es mío lo he pagado", recoge los efectos del suelo de la tienda y se va...".

Por lo tanto, para el recurrente resulta claro y probado que quien al final se llevó los objetos de la tienda y quien fue únicamente el responsable de este hecho es el Sr. Rafael , ya que D. Nicolas se encontraba agarrándole y retirándole del lugar de los hechos a la fuerza, y el que regresa a la tienda otra vez y recoge los objetos es D. Rafael que dice "es mío, lo he pagado".

En el folio 17 de la sentencia, el propio Tribunal explica que sólo se puede concluir de todas las declaraciones que "D. Nicolas intentaba separar a Rafael " y ello solo puede ser interpretado en el sentido de que Rafael era quien agredía y Nicolas intentaba separar.

A mayores, aduce la defensa que en el folio 18 de la sentencia se plantea la situación de cuál han podido ser las explicaciones que hayan dado origen de la agresión: "por un lado, se señala que la discusión que luego devino en agresión, fue debida a un desacuerdo entre el agresor y la víctima por el dinero que ofrecía a aquel por los efectos que, sustraídos en otro establecimiento, el luego agresor le quería vender"; y la segunda hipótesis refiere que Desiderio lo que intentó es evitar el robo y como consecuencia de ello fue agredido.

Pues bien, el Tribunal acoge la primera de las tesis en su sentencia, es decir, no se entró a robar, ni a sustraer nada. Por ello a la parte recurrente le sorprende cómo se ha podido llegar a la conclusión, en lo que al recurrente se refiere, que con posterioridad a los hechos participó en un robo con violencia.

Enfatiza la parte que en el folio 23 el Tribunal dice que "llevaban consigo los efectos sustraídos". Pero, según la declaración testifical de D. Estanislao no se sabe quién de los tres llevaba los objetos, o no se ha acreditado, concretamente, que fuera D. Nicolas quien los llevaba (hoy recurrente). Es más, el Agente NUM008 , según se recoge en el folio 23 de la sentencia, declaró en Instrucción "Que en el momento de la detención los tres estaban al lado de las bolsas sin precisar quién era su propietario". No se ha probado por tanto, como reconoce el propio Tribunal en el folio 23, que D. Nicolas fuera propietario de la bolsa que contenía los objetos sustraídos, sino que la misma se encontraba en el lugar de los hechos sin precisar quién era el propietario.

Se queja el impugnante de que como no se pudo saber quién sustrajo las cervezas y puesto que todos están disfrutando de un "trago" en las inmediaciones del local de la reyerta, se presume que todos son culpables de un robo con violencia y merecedores de una pena de 4 años y 2 meses de prisión por estos hechos.

2. El extenso resumen de los hechos y de las diferentes contingencias que consigna la parte recurrente recoge los principales episodios de los hechos y las conclusiones probatorias que fue formulando la defensa del ahora impugnante.

A través de lo que se acaba de alegar por la parte recurrente y de lo que admite expresamente como probado el Tribunal, pueden articularse algunas conclusiones relevantes sobre el desarrollo de los hechos.

i) En primer lugar, que los acusados Nicolas y Julia encontraron al coacusado Rafael en una calle de la localidad de DIRECCION000 (Santander) cuando éste acababa de sustraer en un supermercado unos cuantos objetos de escaso valor (tres latas de bebidas y cuatro tabletas de chocolate.

ii) Nicolas y Julia acompañaron a Rafael hasta un local regentado por un matrimonio de nacionalidad china al que éste pretendía vender la referida mercancía. Rafael discutió con el dueño, Desiderio , con motivo de la venta de los objetos, y en el curso de la discusión aquél propinó a Desiderio varios golpes, numerosos puñetazos, rodillazos y patadas por todo el cuerpo, incluido un fuerte golpe en la parte derecha de la cabeza, que le hizo caer al suelo, donde se golpeó con la parte izquierda del cráneo y ello sin que conste que Desiderio se defendiese ni que, una vez recibido el golpe en la cabeza, estuviese en disposición de plantear oposición alguna, pese a lo cual Rafael continuó la agresión.

iii) No consta probado que Nicolas y Julia propinaran golpe alguno a la víctima, por lo que solo se consideró autor de la agresión a Rafael . El agredido acabó falleciendo a causa de las heridas derivadas de la paliza que le propinó aquél, singularmente del traumatismo cráneo-encefálico producido a causa de un golpe en la cabeza que lo hizo caer contra el suelo.

iv) A continuación, dice la sentencia, los tres acusados se apropiaron de ocho latas de cerveza, una lata de maíz y tres pastillas de caldo Knorr.

La cuestión clave que centra los recursos de los acusados Nicolas y Julia recae sobre la impugnación de que ellos dos, aprovechándose de que la víctima estaba malherida, se apropiaron también de las latas de cerveza, de las pastillas de caldo y de la lata de maíz.

El Tribunal sentenciador, a la hora de examinar la prueba, solo menciona cuatro testigos que observaron de forma directa, y más bien parcialmente, el desarrollo de los hechos.

Dos de ellos eran dos sujetos de origen colombiano (Hermenegildo y Higinio), a los que el Tribunal no otorga mucha fiabilidad y credibilidad, debido a que parece ser que conocían de antes a los acusados, incurrieron en algunas contradicciones y no fueron señalados desde un primer momento como sujetos presenciales de los hechos.

Tampoco la Audiencia considera un testimonio sólido y consistente el prestado por la esposa de la víctima: Virtudes , que también resultó agredida. En primer lugar, porque estima que la mujer no pudo percibir correctamente, dado el lugar que ocupaba en el local, la primera parte del incidente. En segundo lugar, porque incurre en algunas contradicciones relevantes. Y por último, cataloga el Tribunal este testimonio de demasiado genérico y poco individualizado. De él extrae la Sala de instancia que Rafael fue el que agredió a su esposo, y si bien parece dar entrada en algún momento en la agresión a Nicolas , el Tribunal no admite que ello lo diga con la claridad y garantías necesarias para darlo por probado. Mientras que sí resulta evidente que la mujer no intervino en ningún momento en el enfrentamiento físico.

El testigo más convincente para el Tribunal fue Estanislao , que presenció los hechos desde el balcón de su casa, situada enfrente del local del matrimonio chino. Desde allí veía la puerta del local y lo que estaba sucediendo en la zona interna próxima a la puerta.

En la sentencia se destaca que el testigo ante la policía y ante el Juez de Instrucción manifestó que vio salir primero a una chica del interior del local manifestando "déjalo, déjalo, vámonos". Mientras, junto a la puerta, un chico de espaldas intentaba separar a otro de alguien que estaba dentro del local. Después de conseguir separarlo, sacarlo y salir los dos del local, el que estaba dentro del inmueble y se resistía a salir regresó al local a los pocos metros diciendo que quería volver a coger lo suyo: "es mío, lo he pagado". Recogió efectos del suelo y se fue.

La Sala de instancia concluye en la fundamentación de la sentencia que Nicolas era la persona que intentaba separar a Rafael de la víctima y éste era quien agredía y fue también la persona que después volvió sobre sus pasos para recoger los efectos del suelo.

El testigo Estanislao manifestó en la vista oral que ya no se acordaba con mucho detalle de los hechos, pero señaló que lo que había declarado ante la policía y en el juzgado era lo que había visto desde el balcón de su casa en el momento en que sucedieron los hechos.

En la sentencia recurrida (pp. 21 y ss.) se separan los objetos sustraídos en ambos locales en virtud de lo probado en el juicio ya celebrado con respecto a la primera sustracción en un supermercado, y también con base a lo declarado por la esposa del fallecido.

En cuanto a la certeza del hecho de que los tres acusados se apropiaron de los objetos pertenecientes al local del matrimonio chino, la fundamenta la Audiencia en el dato de que los tres estuvieran al lado de las bolsas en que se hallaban los objetos sustraídos cuando fueron detenidos por la policía, sin que se pueda precisar quién era su propietario, y también en que los tres estuvieran consumiendo una cerveza Heineken.

Sin embargo, tales indicios no se consideran concluyentes para colegir que Nicolas y Julia sustrajeran los efectos del interior del local de los chinos. Pues una cosa es que estuvieran consumiéndolos en un lugar de la zona donde se realizaron los hechos, y otra distinta que fueran ellos los autores de la sustracción. En contra de esta conclusión figuran varios indicios objetivos que generan un grado de incertidumbre suficiente para que emerjan dudas razonables sobre su autoría.

En primer lugar, porque quien volvió sobre sus pasos para coger objetos del interior del local fue el acusado Rafael y no ninguno de los otros dos.

Y en segundo lugar, porque uno de los testigos colombianos (Higinio), según consigna el Tribunal, manifestó que Nicolas y Julia salían del local llevando las tabletas de chocolate y latas de cerveza. Y lo cierto es que las tabletas de chocolate habían sido sustraídas dentro del supermercado y no en el establecimiento de los ciudadanos chinos, y también se sustrajeron latas de cerveza en el supermercado. Ello permite inferir como hecho notablemente plausible que los objetos que portaban los dos referidos acusados fueran los sustraídos por Rafael en el primer establecimiento y no en el segundo. Con lo cual, ni Nicolas ni Julia habrían sustraído efectos en el local donde aquél perpetró la acción homicida. Y desde luego se convierte también en razonable y probable que los objetos que retiró el acusado del local chino cuando regresó sobre sus pasos fueran los que faltaron de ese local, donde no se sustrajo chocolate pero sí varias latas de cerveza marca Heineken.

Por consiguiente, no habiendo intervenido Nicolas y Julia en ningún acto de agresión, y tampoco constando evidenciado que los objetos que ellos pudieran haberse llevado pertenecieran al segundo establecimiento en el que se perpetró el robo con intimidación, procede absolver a ambos del delito de robo con violencia, decisión que evita entrar a examinar los restantes motivos formulados por ambos impugnantes en su respectivos recursos.

Se estima así el recurso de Nicolas , con declaración de oficio de las costas de esta instancia.

C) Recurso de Julia

NOVENO . **1.** En el ***primer motivo*** invoca la defensa, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la LECrim y 5.4º de la LOPJ , ambos en relación con el artículo 24.2º de la CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y de la jurisprudencia que lo interpreta.

Se queja la parte recurrente de que la acusada haya sido condenada por un delito de robo con violencia sin que quedara suficientemente acreditada ni su participación ni el referido hecho típico, por no haberse practicado prueba de cargo suficiente, sin que pueda deducirse racionalmente de la practicada la participación de recurrente en un delito de robo con violencia en establecimiento abierto al público.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Todo lo contrario, ha quedado suficientemente acreditado que Rafael pidió a Nicolas y Julia que los acompañara al local comercial regentado por Desiderio a venderle a éste diversos productos que portaba en una bolsa blanca, quedándose fuera del local Julia y Nicolas hablando con dos chicos colombianos.

La declaración de la testigo Virtudes llevada a cabo durante toda la instrucción de la causa y la declaración practicada en el acto del juicio oral es claramente contradictoria y lógicamente parcial, por lo que su contenido debe ser tomado con las mayores cautelas posibles dada su vinculación personal con Desiderio .

Por lo tanto, en lo que respecta a la acusada existe un absoluto vacío probatorio en cuanto a que haya previsto con anterioridad sustraer algún bien del local comercial.

2. El motivo de impugnación ya ha sido estimado en el fundamento precedente de esta sentencia, donde se excluyó la intervención de la acusada y de Nicolas en la sustracción practicada en la tienda, debido a la insuficiencia de la prueba de cargo practicada para que, a partir de ella, pueda constatarse su autoría.

Se estima, en consecuencia, el recurso de casación de esta recurrente, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECrim), y sin necesidad de que sea ya examinado el segundo motivo de impugnación.

F A L L O

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

1º) ESTIMAR PARCIALMENTE LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados Nicolas , Julia y Rafael por infracción de norma constitucional y ordinaria, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección Primera, de 19 de marzo de 2018 , que condenó a los dos primeros recurrentes citados como autores de un delito de robo con violencia, y al tercero como autor además de un delito de homicidio y de un delito leve de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sentencia que queda así parcialmente anulada.

2º) Se declaran de oficio las costas de los tres recursos de casación interpuestos.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10244/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 12 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10244/2018 contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Santander, Sección Primera en el Rollo de Sala 29/2016 dimanante del Sumario 1947/2015 del Juzgado de instrucción num. 3 de DIRECCION000 , seguida por delitos de asesinato, robo con violencia y delito leve de lesiones contra Rafael , con D.N.I. NUM000 , nacido en DIRECCION004 el

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

NUM001 /91; Nicolas con D.N.I. NUM002 , nacido en DIRECCION000 (Cantabria) el NUM003 /94 y Julia con D.N.I. NUM004 , nacida en DIRECCION003 (Bizkaia) el NUM005 /94; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, excepto en lo que atañe a las modificaciones establecidas en la primera sentencia con respecto a los acusados Nicolas y Julia .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A tenor de lo argumentado en la sentencia de casación, procede absolver a los Nicolas y Julia del delito de robo con violencia por el que fueron condenados. Y en cuanto al coacusado Rafael , se modifica la condena en el sentido de condenarlo ahora por un concurso medial de homicidio doloso con un delito de robo con violencia, a la pena de 14 años de prisión, con las mismas penas accesorias y la medida de libertad vigilada señalada en la sentencia recurrida, manteniéndose la condena por el delito leve de lesiones.

F A L L O

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

1º)Modificar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander, Sección Primera, de 19 de marzo de 2918, en el sentido de absolver a Nicolas y Julia del delito de **robo con violencia** por el que fueron condenados, con declaración de oficio de las costas devengadas ante la Audiencia Provincial.

2º) Modificar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander, Sección Primera, de 19 de marzo de 2918, en el sentido de condenar al acusado **Rafael** por un concurso medial de los delitos de homicidio y robo con violencia, a la pena de **14 años de prisión** , con las mismas penas accesorias y la medida de libertad vigilada por un periodo de cinco años.

3º) Mantener el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ