



Roj: **STS 1755/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1755**

Id Cendoj: **28079120012019100341**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2019**

Nº de Recurso: **10692/2018**

Nº de Resolución: **268/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 268/2019**

Fecha de sentencia: 28/05/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10692/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sala de lo Civil y Penal.

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10692/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 268/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 28 de mayo de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación número 10692/2018 interpuesto por Ignacio y Indalecio , representados por la procuradora doña María Iglesias Fernández bajo la dirección letrada de d. Juan Marfil Castellano, contra la sentencia dictada el 11 de octubre de 2018 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sala de lo Civil y de lo Penal, en el Recurso Ley Jurado n.º 10/2018, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ignacio y Indalecio , contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2018 por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, en el Rollo del Tribunal del Jurado número 3/2017 , en el que de acuerdo con el veredicto de culpabilidad emitido por el Tribunal del Jurado condenó a Ignacio como autor penalmente responsable de un delito de asesinato del artículo 139.1 del Código Penal , de un delito de asesinato en grado de tentativa de los artículos 139.1 , 16 y 62 del Código Penal , y de un delito de tenencia ilícita de armas prohibidas del artículo 563 del Código Penal , y a Indalecio como cómplice penalmente responsable de un delito de asesinato de los artículos 139.1 del Código Penal , y como cómplice de un delito de asesinato en grado de tentativa de los artículos 139.1 , 16 y 63 del Código Penal . Ha sido parte recurrida El Ministerio Fiscal, y como acusación particular doña Esmeralda , don Patricio , don Porfirio , don Raimundo y doña Gema , representados por la procuradora doña Isabel María Maldonado López bajo la dirección letrada de doña Josefa Ramos Márquez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

### ANTECEDENTES DE HECHO

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de los de DIRECCION000 (Almería), incoó el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995, de 22 de mayo, con el número 1/2017, por delito de asesinato consumado, asesinado en tentativa y tenencia ilícita de armas, contra Ignacio y Indalecio , que una vez concluido lo remitió para su enjuiciamiento a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería. Incoado por esa Sección el Rollo del Tribunal del Jurado número 3/2017, con fecha 8 de mayo de 2018 dictó sentencia n.º 192/2018 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"El Jurado, por **UNANIMIDAD**, ha declarado probados en su veredicto los siguientes hechos:

Sobre las 13.00 horas del día 24/02/16, el acusado Ignacio y el también acusado Indalecio , se dirigieron al domicilio de su tío, Maximo y de su primo, Porfirio en el vehículo propiedad de Ignacio que él mismo conducía, marca, Citroen, matrícula NO- ....-LG .

En el interior del maletero del vehículo, Ignacio , transportaba una pistola que llevaba cargada y sin seguro puesto.

Tras una discusión inicial en el parking ubicado en la calle, y cesada la misma, en un momento dado cuando Maximo , y su hijo Porfirio se dirigían al portal de acceso de su vivienda, fueron seguidos por los acusados, Ignacio y Indalecio .

Una vez en el interior del portal, el acusado Ignacio de forma inesperada sacó la pistola, y sin que existiera posibilidad de defensa por parte de su tío Ignacio , efectuó un disparo a una distancia superior a un metro, que penetra tangencial y horizontalmente en el hemitorax izquierdo de su tío Patricio , siguiendo una trayectoria de izquierda a derecha, lesionando a su paso pulmones y corazón.

Tras haber disparado a su tío Patricio , el acusado Ignacio , dirigió y apuntó el arma hacia el cuerpo de su primo Porfirio , que igualmente estaba en el interior del portal, y de forma sorpresiva y sin posibilidad de defensa por parte de Porfirio , apretó el gatillo con la intención de matarlo. En el transcurso de estos hechos el acusado Indalecio se encontraba sujetando la puerta de acceso al portal, para facilitar la huida y en funciones de auxilio.

Maximo falleció a los pocos minutos a consecuencia del disparo recibido y Porfirio no recibió ningún disparo debido a que el arma estaba encasquillada, teniendo en la recámara la vaina del disparo anterior, y a que el propio Porfirio impidió que volviera a cargar el arma.

Igualmente el Jurado ha declarado probados por **UNANIMIDAD** los siguientes hechos:

El día 24/02/16 el acusado, Ignacio se hallaba en posesión de una pistola detonadora marca BBM, modelo 315 AUTO del calibre 8 mm con número de identificación borrado y cuyo cargador había sido manipulado, por haber sido retirado el deflector del interior del cañón, permitiendo el disparo de proyectiles de fuego real.

Así mismo el Jurado ha declarado no probados en su veredicto los siguientes hechos:

a) Ignacio debido a que es consumidor habitual de cocaína y debido a que el día de los hechos, 24/02/16, había consumido cocaína, tenía gravemente alterada su voluntad de actuar.



b) Ignacio padecía en la fecha de los hechos una patología psiquiátrica consistente en un cuadro ansioso depresivo en el contexto de una personalidad de fobia social, lo que le reducía levemente sus facultades de comprender lo que hacía y de controlar su voluntad de actuar.

c) Al momento de ocurrir los hechos, el acusado Ignacio tenía una grave adicción a la cocaína.

d) El acusado Ignacio, debido a que había asumido su condición de defensor de su hermano pequeño Indalecio, y debido a la indignación que tenía por saber que su hermano Indalecio había sido amenazado de muerte con anterioridad por su tío Patricio, y perseguido en la mañana del día 24/02/16, entro en un estado de obcecación y perdió el dominio sobre si mismo, lo que le llevo a disparar a su tío.

e) El acusado Indalecio con anterioridad a que se les tomara declaración como detenidos ante la Guardia Civil, intervino de forma decisiva y expresa respecto de su hermano, para que este dijera donde estaba el arma que había sido utilizada, acompañando a la Guardia Civil a la casa de sus padres y solicitando a su madre que le entregara la bolsa que había sido entregada anteriormente por su hermano, lo que supuso una cooperación eficaz, seria y relevante para el esclarecimiento de los hechos enjuiciados.

**A los exclusivos efectos de la responsabilidad civil**, el fallecido Maximo a la fecha de los hechos convivía en su domicilio familiar con su esposa Esmeralda (52 años de edad) y sus hijos, Porfirio (24 años de edad), Raimundo (20 años de edad), Patricio (27 años de edad) y Gema (17 años de edad).".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" **FALLO**

Que de acuerdo con el veredicto de culpabilidad emitido por el Tribunal del Jurado, debo **CONDENAR Y CONDENAR** al acusado Ignacio como autor penalmente responsable un delito de **ASESINATO** ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de **DIECIOCHO AÑOS** de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta y prohibición de aproximarse a los hijos y esposa de la víctima Maximo, domicilio, residencia y lugar de trabajo a una distancia no inferior a 500 metros y la prohibición de comunicarse con cualquiera de ellos por cualquier medio o procedimiento durante 24 años.

Así mismo debo **CONDENAR Y CONDENAR** al acusado Ignacio como autor penalmente responsable un delito de **ASESINATO EN GRADO DE TENTATIVA**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de **NUEVE AÑOS DE PRISION**, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a los hijos y esposa de la víctima Maximo, domicilio, residencia y lugar de trabajo a una distancia no inferior a 500 metros y la prohibición de comunicarse con cualquiera de ellos por cualquier medio o procedimiento durante 15 años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de la condena

Así mismo de acuerdo con el veredicto de culpabilidad del Jurado debo **CONDENAR Y CONDENAR** a Ignacio como autor de un delito de **TENENCIA DE ARMAS PROHIBIDAS** a la pena de **DOS AÑOS** de **PRISION** con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de **CINCO AÑOS**, y todo ello con abono de 1/2 de las costas procesales ocasionadas, incluidas las de la Acusación Particular.

Así mismo de acuerdo con el veredicto de culpabilidad del Jurado debo **CONDENAR Y CONDENAR** a Indalecio como cómplice penalmente responsable del delito de **ASESINATO ya definido**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a le pena de **NUEVE AÑOS DE PRISION**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a los hijos y esposa de la víctima Maximo, domicilio, residencia y lugar de trabajo a una distancia no inferior a 500 metros y la prohibición de comunicarse con cualquiera de ellos por cualquier medio o procedimiento durante 15 años.

Igualmente debo **CONDENAR Y CONDENAR** al acusado Indalecio como cómplice penalmente responsable un delito de **ASESINATO EN GRADO DE TENTATIVA**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena **TRES AÑOS Y 11 MESES DE PRISION**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de aproximarse a los hijos y esposa de la víctima Maximo, domicilio, residencia y lugar de trabajo a una distancia no inferior a 500 metros y la prohibición de comunicarse con cualquiera de ellos por cualquier medio o procedimiento durante 9 años y todo ello con abono de 1/3 de las costas procesales ocasionadas incluidas las de la Acusación Particular.



Así mismo y acogiendo el veredicto de no culpabilidad respecto de **Indalecio** , debo **ABSOLVER y ABUSELVO** al mismo del delito de tenencia ilícita de armas prohibidas del que era acusado, con declaración de oficio de 1/6 de las costas procesales ocasionadas.

**EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL los acusados abonarán en tal concepto y en un porcentaje del 80% Ignacio , y del 20% el acusado Indalecio , las siguientes sumas:**

**La cantidad de 140.000 euros para la esposa Esmeralda , la suma de 96.000 euros para cada uno de los hijos Raimundo y Gema , la cantidad de 90.000 euros para Patricio y la misma suma para Porfirio , sumas que se incrementarán con los intereses legales previstos en el art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .**

A los acusados le será de abono el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa, de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Únase a esta sentencia el veredicto del Tribunal del Jurado y llévese certificación de la misma al procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes con indicación de que contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el plazo de diez días desde la fecha de la última notificación."

**TERCERO.-** Contra la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, la representación procesal de Ignacio y Indalecio interpuso recurso de apelación, recurso que vio la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla en el Recurso Ley Jurado n.º 10/2018 que, en fecha 11 de octubre de 2018, dictó sentencia con el siguiente FALLO:

"Que **desestimando íntegramente el** recurso de apelación formulado por la representación procesal de los acusados Ignacio y Indalecio , contra la sentencia dictada en fecha 8 de mayo de 2018 por la Ilma. Sra. Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Almería , en causa seguida por delitos de asesinato consumado e intentado, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución. Todo ello sin condena al pago de las costas de este recurso.

Notifíquese esta Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, al Ministerio Fiscal y a las demás partes, incluso las no personadas, a través de sus Procuradores, quienes habrán de comunicarla a sus representados o comunicar a la Sala la imposibilidad de hacerlo, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales al Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la Sentencia recurrida, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

**CUARTO.-** Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Ignacio y Indalecio , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, vulneración de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** El recurso formalizado por Ignacio y Indalecio , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Recurso de casación Ignacio :

Primero.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la Constitución Española , atendida a la prueba practicada en el juicio, al no existir prueba de cargo suficiente y con las debidas garantías de la que pueda deducirse racionalmente la autoría del recurrente respecto a la condena impuesta por el delito de asesinato consumado respecto de Maximo al no concurrir la circunstancia de alevosía.

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 139 del Código Penal respecto del delito de asesinato consumado en la persona de su tío, Maximo .

Tercero.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la Constitución Española , atendida a la prueba



practicada en el juicio, al no existir prueba de cargo suficiente y con las debidas garantías de la que pueda deducirse racionalmente la autoría del recurrente respecto a la condena impuesta por el delito de asesinato intentado respecto de Porfirio al no concurrir la circunstancia de alevosía.

Cuarto.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 16.1 del Código Penal en relación con el artículo 139.1 de ese mismo cuerpo legal, respecto del delito de asesinato en grado de tentativa en la persona de Porfirio

Quinto.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, en la calificación jurídica de los hechos, por indebida inaplicación de la eximente incompleta del artículo 20.1 en relación con el artículo 21.1 ambos del Código Penal, por drogadicción con afección de una alteración psíquica o, subsidiariamente, la atenuante de drogadicción del artículo 21.2 del Código penal y por indebida inaplicación de la atenuante analógica de alteración psíquica del artículo 20.1 del Código Penal en relación con el artículo 21.7 del Código Penal, todo ello con respecto al acusado y condenado Ignacio.

Recurso de Indalecio :

Sexto.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, en la calificación jurídica de los hechos por indebida aplicación del artículo 29 del Código Penal (cómplice) respecto del delito de asesinato en la persona de su tío, Maximo.

Séptimo.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la Constitución Española, atendida a la prueba practicada en el juicio, al no existir prueba de cargo suficiente y con las debidas garantías de la que pueda deducirse racionalmente la autoría del recurrente con relación a la condena impuesta en grado de complicidad por la tentativa de delito de asesinato respecto de Porfirio.

Octavo.- (Señalado como noveno en el recurso). Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, en la calificación jurídica de los hechos, por indebida inaplicación de la atenuante analógica de confesión o colaboración con la justicia del artículo 21.4 en relación con el 21.7 ambos del Código Penal, con respecto al acusado y condenado Indalecio

**SEXTO.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal en escrito con entrada el 21 de enero de 2019 y la acusación particular en escrito con entrada el 28 de diciembre de 2018, solicitaron la inadmisión, impugnaron de fondo los motivos del recurso e interesaron su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 21 de mayo de 2019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el procedimiento de la Ley del Jurado número 3/2017 de los de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2.ª), procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de los de DIRECCION000, se dictó sentencia el 8 de mayo de 2018, en la que se condenó a Ignacio : a) Como autor responsable de un delito de asesinato, previsto y penado en el artículo 139.1.1.ª del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 18 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a los hijos y esposa de la víctima Maximo, su domicilio, residencia o lugar de trabajo a una distancia inferior a 500 metros y prohibición de comunicarse con cualquiera de ellos por cualquier medido o procedimiento durante 24 años; b) Como autor de un delito intentado de asesinato, previsto y penado en los artículos 139.1.1.ª, 16 y 62 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 9 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a los hijos y esposa de la víctima Porfirio, su domicilio, residencia o lugar de trabajo a una distancia inferior a 500 metros y prohibición de comunicarse con cualquiera de ellos por cualquier medido o procedimiento durante 15 años y c) como autor de un delito de tenencia de armas prohibidas, a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 5 años.

La resolución atribuía responsabilidad penal a Indalecio. Este acusado resultaba condenado: a) Como cómplice de un delito de asesinato, previsto y penado en el artículo 139.1.1.ª del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 9 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a los hijos y esposa de la víctima Maximo, su domicilio, residencia o lugar de trabajo a una distancia inferior a 500 metros y prohibición de comunicarse con cualquiera de ellos por cualquier medido o procedimiento durante 15 años; b) Como cómplice de un delito intentado de asesinato, previsto y penado en



los artículos 139.1.1 .ª, 16 y 63 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años y 11 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a los hijos y esposa de la víctima Porfirio , su domicilio, residencia o lugar de trabajo a una distancia inferior a 500 metros y prohibición de comunicarse con cualquiera de ellos por cualquier medido o procedimiento durante 9 años.

Contra la sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de los acusados, que fue íntegramente desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la sentencia que ahora se impugna de 11 de octubre de 2018 .

*Recurso interpuesto por Ignacio .*

**SEGUNDO.-** El recurrente formula su primer motivo al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE , en lo que hace referencia a los hechos que prestan soporte a que se entienda concurrente la circunstancia de alevosía.

1. Hemos indicado en múltiples resoluciones que en los procedimientos con doble instancia, como lo es el procedimiento ante el Tribunal del Jurado con las singularidades de una apelación cercana en ciertos aspectos a un recurso extraordinario, el control casacional de las sentencias que les pongan término, no solo comporta realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación, sino que también puede ajustarse a revisar los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado el tribunal de apelación en el caso de que el argumento hubiera sustentado el previo recurso devolutivo ante él, de suerte que, en definitiva, el ámbito del control casacional se refiere a la ponderación y argumentación que sobre la cuestión haya exteriorizado el tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante.

Se ha explicitado también en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre ; 742/2007, de 26 de septiembre o 52/2008, de 5 de febrero ), que la labor que corresponde al tribunal de apelación en la encomienda de supervisar la valoración de la prueba hecha por el juzgador de instancia, cuando se alega ante él la infracción del derecho a la presunción de inocencia, no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del juzgador a quo, porque solo a éste corresponde esa función valorativa, sino verificar que, efectivamente, el tribunal de instancia contó con suficiente prueba de signo acusatorio. Una verificación que entraña que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso fundamental de su raciocinio ( STS 1125/01, de 12 de julio ) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

Es cierto que la inserción del elemento de la razonabilidad dentro del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, genera un espacio en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, el control por parte del tribunal de apelación de la coherencia del juicio probatorio del tribunal a quo, particularmente cuando lo que se invoca es un quebranto del derecho a la presunción de inocencia, no pasa por exigir un juicio valorativo en el que se detallen todas las pruebas que se han tenido en cuenta, sino que el tribunal de instancia fije con claridad cuáles son las razones que ha contemplado el tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos -muy especialmente cuando hayan sido controvertidos-, tanto porque permite al justiciable, y a la sociedad en general, conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, o la corrección técnica de la decisión dada por el tribunal, cuanto porque facilita el examen de la lógica y racionalidad de sus conclusiones fácticas.

De este modo, por más que no sea necesario razonar lo que resulta obvio, ni sea tampoco exigible un discurso exhaustivo sobre hechos aceptados por el acusado, en lo que se refiere a los hechos negados, no reconocidos por éste o de cualquier forma cuestionados o discutidos, las pruebas a considerar al verificar la racionalidad del proceso valorativo no son solo aquellas que lógicamente conduzcan a la conclusión obtenida por el tribunal, sino todas aquellas que hayan sido traídas por las partes y que puedan destruir o debilitar la convicción hasta conducirla al campo de lo incierto, lo remoto o lo especulativo.

Por último, debe recordarse, conforme la doctrina constitucional, que el control de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde la suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa). En todo caso, es pacífica la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala que proclama que el control en este último supuesto ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales de instancia quienes, en virtud del



principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías, del acervo probatorio, de modo que solo puede considerarse insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable ( SSTC 300/2005, de 21 de noviembre o 123/2006 de 24 de abril , entre otras).

2. Desde esta consideración de la función casacional como evaluadora de que la supervisión que ha hecho el tribunal de apelación respete las reglas anteriormente expuestas de valoración del juicio probatorio del tribunal de instancia, debe rechazarse la pretensión que sustenta el motivo.

Como hemos indicado anteriormente, el recurso proclama la debilidad de las conclusiones que el Tribunal del Jurado ha extraído de un conjunto de indicios calificados de suficientes por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Indica que hubo un enfrentamiento anterior entre el recurrente y su víctima, así como que el fallecido presentaba heridas compatibles con una actuación defensiva frente al ataque, lo que excluye el desarrollo de los acontecimientos en los que el Tribunal ha hecho descansar la concurrencia de la circunstancia de la alevosía, sin que sean sugerentes e inequívocos los elementos de inferencia que ha manejado el órgano de enjuiciamiento para entender que el ataque fue iniciado por el recurrente de una manera sorpresiva.

En el fundamento segundo de la sentencia impugnada, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía expresa los motivos por los que supervisa de manera positiva la consideración que el Tribunal del Jurado alcanzó sobre esta cuestión.

El órgano de apelación rechazó las objeciones que el recurrente desplegó contra la valoración que se realizó en la instancia de los distintos elementos probatorios, y recuerda que la sentencia elaborada por la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado describe un modus operandi distinto del sostenido por el recurrente.

La sentencia impugnada en casación recuerda la pacífica jurisprudencia de esta Sala, en la que hemos expresado que no se vulnera la presunción de inocencia porque las pruebas practicadas permitiesen, a través de una valoración " posible " de las mismas, optar por la tesis de la defensa. La presunción de inocencia no se vulnera porque el Jurado opte, de entre dos valoraciones posibles, por la que conduce a la culpabilidad y no a la inocencia, sino porque la condena no encuentre apoyo en una auténtica prueba de cargo, existente, lícita y suficiente desde los parámetros de normalidad en la apreciación de su carga inculpativa. Y, partiendo de esta consideración, recuerda que el relato probatorio que sustenta la alevosía tiene apoyo suficiente en el material probatorio aportado durante el enjuiciamiento. Una conclusión que se muestra en todo punto acertada.

A este respecto, los hechos declarados probados en la sentencia de instancia indican que:

"Tras una discusión inicial en el parking ubicado en la calle, y cesada la misma, en un momento dado cuando Maximo , y su hijo Porfirio se dirigían al portal de acceso de su vivienda, fueron seguidos por los acusados, Ignacio y Indalecio .

*Una vez en el interior del portal, el acusado Ignacio de forma inesperada sacó la pistola, y sin que existiera posibilidad de defensa por parte de su tío Maximo , efectuó un disparo a una distancia superior a un metro, que penetró tangencial y horizontalmente en el hemitorax izquierdo de su tío Maximo , siguiendo una trayectoria de izquierda a derecha, lesionando a su paso pulmones y corazón".*

El Tribunal de apelación concluye que el relato fáctico tiene razonable apoyo en las declaraciones de las personas que intervinieron en los hechos, que relataron que en la secuencia de los acontecimientos hubo dos momentos: un primer momento consistente en una pelea entre los acusados con el fallecido y su hijo, la cual aconteció en el exterior del edificio en el que residían las víctimas; y un segundo momento, sobrevenido en el interior del portal del inmueble, que fue donde se produjo el ataque que causó la muerte de Maximo y con el que también se pretendió acabar con la vida de su hijo Porfirio . El Tribunal del Jurado declara probado que cuando el fallecido y su hijo retornaban a su casa después de haber puesto fin al enfrentamiento con los acusados (hecho éste que el jurado contempla como reconocido por todas las partes), en un momento en el que no esperaban que el acusado portara una pistola y fuera a servirse de ella, además de encontrarse todos ellos en el interior del portal, el acusado sacó el arma y disparó de inmediato, sin que su víctima tuviera la más mínima posibilidad de reacción.

Aún cuando el recurso sugiere que los iniciales acontecimientos debían haber colocado a la víctima en un estado de prevención que el Tribunal del Jurado no apreció, lo que argumenta desde la realidad de una pelea anterior y por el hecho de que la víctima (tío del agresor) preguntara con incredulidad a Ignacio si pensaba dispararle con el arma recién esgrimida, lo cierto es que la valoración de que no hubo posibilidad de defensa es correcta.



De un lado, la discusión inicial había ya finalizado y el fallecido daba por terminado el incidente regresando a su domicilio y, de otro lado, la vulgar pelea no propiciaba considerar el grave acometimiento que se desplegó, por lo que fluye por sí misma la conclusión del Jurado de que el arma se exhibió de manera inesperada.

El Jurado añade a esta circunstancia la consideración del informe pericial emitido por los médicos forenses y ratificado en el juicio oral. En él se describió un disparo mortal de necesidad, por dispararse contra el torso de la víctima a una distancia de un metro y medio, lo que (por distante) impide que la desarmada víctima pudiera oponer cualquier defensa hábil. La distancia del ataque expresada en el informe pericial fue contemplada expresamente por el Tribunal del Jurado en su veredicto, y se complementa con la valoración del jurado -también claramente individualizada en su veredicto y descriptiva de lo repentino de la acción- de que el agresor reconoció que la pistola iba cargada y sin seguro. Y en lo que hace referencia a las heridas que la víctima presentaba en su mano, se concluye que tienen un origen anterior al ataque con el arma de fuego; posicionamiento que descansa en un informe pericial que descartó que las heridas se produjeran al momento del disparo, dado que con ocasión del análisis efectuado en el laboratorio no se detectaron en la mano residuos de la deflagración de la pólvora.

El motivo se desestima.

**TERCERO.**- El segundo motivo se formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 139 del Código Penal respecto del asesinato consumado de Maximo .

Proclama el recurrente que, más allá del juicio valorativo de la prueba practicada, el relato fáctico no describe ninguna modalidad ejecutiva de la acción que tenga una naturaleza alevosa, expresando que la incapacidad de defensa no existió, dada la realidad de una pelea en unidad de acto.

1. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " *Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal* ". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que solo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal ( STS 589/2010, de 24 de junio ), pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato de hechos en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas, o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

2. Esta Sala ha declarado que concurre la circunstancia de la alevosía cuando no existe posibilidad alguna de defensa para la víctima, como consecuencia de la manera de realizar la agresión, por sorprenderse al agredido tras haberse ocultado al acecho o en emboscada, o porque se ataca súbita, inesperada y repentinamente a una persona confiada, que no espera el ataque ( SSTS 1193/1997, de 6 de octubre ). De entre los innumerables modos que entrañan una desactivación de la defensa, la Sala ha expresado todos aquellos en los que se aprovecha un acorralamiento de la víctima, propiciado por el número de atacantes ( STS 1153/1997, de 24 de septiembre ), el marco físico en el que se desarrolla la acción ( SSTS 541/2008, de 22 de septiembre o 1352/2003, de 21 de octubre ) o la carencia por parte del asaltado de armas o de instrumentos adecuados para repeler el ataque ( STS 747/2013, de 10 de octubre ). Del mismo modo, hemos contemplado la situación de indefensión, sin riesgo para el atacante, en aquellos supuestos en los que la víctima se encuentra dormida al momento de desplegarse el ataque ( STS 1811/2002, de 28 de octubre o 738/2003, de 27 de mayo ), o cuando el sujeto activo entra subrepticamente en el lugar en el que se encuentra su víctima y se arroja sobre ella sin ser oído, particularmente si dormitaba ( STS 1475/1997, de 2 de diciembre , 1608/2003, de 28 de noviembre o 117/2013, de 12 de febrero ), o en general en todos aquellos supuestos en los que se trata de un ataque rápido y por sorpresa ( SSTS 1144/1997, de 27 de septiembre o 369/2004, de 11 de marzo ).

Igualmente, hemos destacado que la defensa de la víctima, no puede ser medida bajo parámetros vacuos y carentes de significación esencial.

Por último, la apreciación de esta circunstancia cualificante exige, como elemento subjetivo e intencional, que el conocimiento y la voluntad del autor abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer realizarlo con la concreta indefensión de que se trate.



Lo expuesto es respetado en la sentencia impugnada y resulta claramente recogido en los hechos probados de la sentencia de instancia que se evaluaba. El acontecer histórico que antes hemos reflejado recoge claramente el elemento sorpresivo en el que se asienta la concurrencia de la alevosía declarada en la sentencia de instancia. La naturaleza sorpresiva de la acción debe evaluarse desde el contexto natural en el que se desarrolla, considerando las circunstancias que rodean el ataque y el comportamiento observado por los protagonistas. Por más que existiera un enfrentamiento previo, el relato fáctico describe con precisión que el conflicto entre los familiares había terminado y que, precisamente en esa confianza, la víctima retornó con su hijo a su vivienda. Esta situación, unida también a la nimia naturaleza del enfrentamiento precedente y al cercano vínculo de parentesco que unía a todos sus protagonistas, determina que se declare probado que la utilización súbita del arma fue "*inesperada*", declarándose además que el disparo se hizo a una distancia superior a un metro, lo que impedía cualquier defensa a una persona que se encontraba aislada en el espacio físico de un portal y que, de haber estado prevenido de la agresión, carecía de cualquier instrumento o mecanismo que le permitiera enfrentarse al ataque con un arma de fuego.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** El tercer motivo se formula al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho del recurrente a la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la CE, al entender insuficiente la prueba en la que se sustentan los hechos probados que permiten la apreciación de la circunstancia de alevosía respecto del intento de dar muerte a Porfirio.

Reprocha el recurrente que el relato fáctico sostenga que "*Tras haber disparado a su tío Maximo, el acusado Ignacio, dirigió y apuntó el arma hacia el cuerpo de su primo Porfirio, que igualmente estaba en el interior del portal, y de forma sorpresiva y sin posibilidad de defensa por parte de Porfirio, apretó el gatillo con la intención de matarlo. En el transcurso de estos hechos el acusado Indalecio se encontraba sujetando la puerta de acceso al portal, para facilitar la huida y en funciones de auxilio*". El reproche se concreta en un enjuiciamiento que concluye que el ataque a Porfirio fue sorpresivo y sin posibilidad de que este agredido se defendiera.

Aduce que la prueba practicada es insuficiente para llegar a esa conclusión. Destaca que el Tribunal del Jurado ha obtenido su convicción -conforme recoge el acta de la deliberación- en el testimonio prestado por Porfirio en sede de instrucción y en el juicio oral, y reprocha que el testigo/víctima carece de credibilidad subjetiva, pues narró el acontecer de los hechos de manera diferente en ambos momentos. Subraya que el testigo, en sede policial, declaró que su padre se abalanzó sobre el agresor cuando recibió el disparo, cayendo después al suelo, añadiendo que inmediatamente después él mismo empezó a forcejear con sus primos y vio que Ignacio le encañonaba con el arma, pero que no pudo dispararle porque estaban forcejeando y no tuvo tiempo. Sin embargo, destaca el recurrente que su declaración fue divergente en sede de instrucción, donde reflejó que, tras disparar a su padre, el acusado hizo un amago de apuntar al dicente, pero su padre se abalanzó contra él. Por último, destaca que la versión del juicio oral fue que, después de disparar a su padre, el acusado le apuntó a él y vio como le disparaba, esto es, vio los dedos en el gatillo y escuchó el *clic*, pero no salían balas, añadiendo que entonces pensó que se había quedado sin munición y se abalanzó sobre él, como también hizo su padre.

El jurado asienta la conclusión de que el acusado disparó a Maximo a partir de la declaración de este testigo. Porfirio declaró que inmediatamente después de disparar a su padre, el acusado corrigió la dirección del arma hacia él y apretó el gatillo, aún cuando describió que el disparo no se materializó por haberse encasquillado la pistola. Y el jurado ha valorado la declaración como veraz, tras haber sustentado el testigo/víctima de que ese mismo relato es el que hizo en sede policial y judicial (lo que no ha sido desautorizado mediante ningún testimonio), por más que los redactores no recogieran la descripción del ruido del percutor.

En todo caso, debe centrarse el análisis de este motivo en la que es realmente la objeción del recurrente. El motivo y el alegato no impugnan la conclusión del Jurado de que Ignacio disparara a su primo Porfirio, sino que lo hiciera en condiciones que le impidieran a éste defenderse. Y justifica la objeción en una secuencia de los hechos que anularía la sorpresa en la que se asienta la concurrencia de la alevosía, eludiendo que la conclusión del jurado de que la víctima estaba indefensa ante el ataque descansa precisamente en el contexto de ejecución de la acción que refleja en su veredicto. Un posicionamiento que resulta coherente con la doctrina de esta Sala que proclama, de manera reiterada y estable, que la utilización de un arma de fuego frente a quien se encuentra inerme, eso es, sin ninguna clase de instrumento defensivo, ha de considerarse ordinariamente una acción alevosa, pues no cabe imaginar una situación de mayor indefensión que la que se puede encontrar una víctima frente a quien le agrede con un arma de fuego (STS 25/09, de 22 de enero; 1062/09, de 19 de octubre o 37/10, de 22 de enero, entre muchas otras). Lo expuesto, unido a que el disparo contra Porfirio se produjo inmediatamente después de que el acusado sacara su arma y disparara contra la primera de sus víctimas, aporta una justificación razonable de la conclusión del jurado de que el ataque fue imprevisto y sin capacidad de defensa, a lo que se añade que el acusado Indalecio cubriera en ese momento cualquier salida o fuga del portal donde se encontraban.



El motivo se desestima.

**QUINTO.-** El cuarto motivo se formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECRIM, por indebida aplicación de los artículos 16.1 y 139.1 del Código Penal, respecto del pretendido asesinato en tentativa de Porfirio.

Esgrime el recurrente que el dictamen pericial balístico dejó constancia de que el arma tenía dos cartuchos en el cargador, además del casquillo percutido en la recámara correspondiente al disparo con el que se dio muerte a Maximo, pero que el arma era apta para el disparo y podía utilizarse de nuevo si se hubiera vuelto a tirar de la corredera hacia atrás. Puntualiza que cualquier persona con conocimiento de armas sabe que, con ese movimiento hacia atrás de la corredera, se puede disparar de nuevo. A partir de ese dictamen, sostiene que si no se produjo la muerte de Maximo fue única y exclusivamente por voluntad del acusado, por lo que estaríamos en un supuesto de desistimiento voluntario, impune a la luz del artículo 16.2 del Código Penal.

El inmutable relato fáctico, que constituye la premisa del cauce procesal empleado, conduce necesariamente a la desestimación del motivo. El artículo 16.1 del Código Penal dispone que " *Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*". Añade el número 2 del mismo artículo que " *Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito*".

Conforme al redactado, existe tentativa cuando se realiza una serie de actos encaminados a dar vida a una concreta infracción penal, si bien no se alcanza la consecuencia penalmente protegida porque no se realizan todos los comportamientos precisos para la consecución o, porque aún realizando todo lo que sería preciso en términos de causalidad objetiva, el efecto no surge a la vida por causas ajenas a la voluntad que impulsaba a su autor. Frente a ello, la esencia del desistimiento, y la justificación de la exención de pena a quienes principiaron la comisión del delito, es la evitación voluntaria de su consumación, esto es, cuando la realidad rechazada por la norma penal no llega a materializarse por un *actus contrarius* del autor que, habiendo comenzado la ejecución del delito, neutraliza de manera eficaz la progresión del acontecer delictivo hacia la lesión del bien jurídico.

Por ello, no puede confundirse el desistimiento voluntario, que entraña un comportamiento intencional que frustra la progresión hacia la consecuencia punible, con la no insistencia en una actuación delictiva fallida ya realizada, supuesto último en el que el *inter criminis* alcanza y penetra claramente en el espacio de la punibilidad, por más que sobrevenga después una voluntaria renuncia a que el delito se materialice y se evite de ese modo el reproche penal propio del delito consumado. El recurrente desplegó todos los actos de ejecución precisos para la realización del delito y si este no tuvo lugar, no fue como consecuencia de una actuación correctora u obstativa del sujeto activo del delito, sino porque, tras agotarse el desarrollo de unos actos desplegados por él y objetivamente idóneos para la consecución de un resultado posible, confluieron circunstancias ajenas al comportamiento criminal que impidieron la culminación del propósito.

Como se ha dicho, el relato histórico recoge que: " *Tras haber disparado a su tío Maximo, el acusado Ignacio, dirigió y apuntó el arma hacia el cuerpo de su primo Porfirio, que igualmente estaba en el interior del portal, y de forma sorpresiva y sin posibilidad de defensa por parte de Porfirio, apretó el gatillo con la intención de matarlo. En el transcurso de estos hechos el acusado Indalecio se encontraba sujetando la puerta de acceso al portal, para facilitar la huida y en funciones de auxilio*". Y se añade inmediatamente después que " *Maximo falleció a los pocos minutos a consecuencia del disparo recibido y Porfirio no recibió ningún disparo debido a que el arma estaba encasquillada, teniendo en la recámara la vaina del disparo anterior, y a que el propio Porfirio impidió que volviera a cargar el arma*".

Se recoge así una acción encaminada a la causación de la muerte, además de describirse como el camino de la consecución del resultado se interrumpió por causas ajenas a la voluntad de su autor, concretamente porque la defectuosa salida de la vaina del disparo anterior impidió que en la cámara de la pistola entrara una nueva bala y pudiera ser percutida. Por otro lado, el relato fáctico expresa que si la fallida acción homicida no se reiteró, no fue por la voluntad del agresor, sino porque Porfirio y su padre se abalanzaron contra él y frustraron la acción emprendida.

El motivo se desestima.

**SEXTO.-** El motivo quinto se formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 del Código Penal, por entenderse indebidamente inaplicada la eximente incompleta de drogadicción con afección de una alteración psíquica, del artículo 20.1, en relación con el artículo 21.1, del Código Penal. Subsidiariamente, por inaplicación de la atenuante de drogadicción del artículo 21.2 del Código Penal, además de por la indebida inaplicación



de la atenuante analógica de alteración psíquica del artículo 20.1 del Código Penal , en relación con el artículo 21.7 del mismo texto punitivo.

El recurrente analiza los distintos testimonios así como algunos de los documentos aportados a la causa y el informe emitido por el instituto de medicina legal, para sostener la realidad de una dependencia a la cocaína de larga evolución, así como la realidad de alteración psíquica que determinaba la prescripción de ciertos medicamentos antidepresivos y ansiolíticos. Desde ambos padecimientos reclama la apreciación de la eximente incompleta o la doble atenuante que subsidiariamente peticiona.

Expresado en el fundamento tercero cual es la finalidad del cauce casacional empleado, debe recordarse que el requisito biopatológico, si bien no es suficiente para la estimación de estas circunstancias ( SSTS 180/10, de 10 de marzo o 696/2015, de 17 de noviembre , entre muchas otras), es la premisa básica de soporte para la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que se peticionan, requiriéndose además que la grave adicción a la droga provoque una compulsión que influya en los resortes mentales del adicto y puedan haber operado en el momento de la comisión delictiva.

Si la sentencia impugnada niega la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que directa o subsidiariamente se peticionan, es debido a que el Tribunal del Jurado no consideró acreditada esta realidad de soporte precisamente en consideración a un informe médico forense en el que se dejaba constancia de la imposibilidad de concluir que la compulsión confluiera.

El Tribunal Superior de Justicia, en el fundamento jurídico sexto de su resolución, indica que "En el presente caso nada de esto concurre, no habiéndose acreditado nada respecto de la drogadicción del recurrente ni la posible influencia del consumo de drogas sobre su **imputabilidad** en el momento de ocurrir los hechos. Solo se constata su adicción al consumo de ciertas drogas, pero nada se acredita sobre la influencia de las mismas al momento de cometer el delito", remitiéndose al veredicto del Jurado que no solo apunta a la ausencia de drogas en el registro que se practicó en la vivienda del recurrente que pueda ser muestra de su adicción, sino que destaca también la ausencia de informes concluyentes que sostengan una afectación en sus facultades. Y en lo que hace referencia a la supuesta alteración psíquica, el jurado destaca que no se aportaran análisis concluyentes que apuntaran a que la patología psiquiátrica consistente en un cuadro ansioso depresivo en el contexto de una personalidad de fobia social redujera, siquiera levemente, las facultades del recurrente de comprender las consecuencias de sus actos o de controlar su voluntad de actuar; añadiendo el jurado que el informe medico forense sostuvo que " *el trastorno referido anteriormente no altera ni modifica las bases psicobiológicas de la responsabilidad penal, es decir, la capacidad intelectual o volitiva*".

El motivo se desestima.

*Recurso interpuesto por Indalecio .*

**SÉPTIMO.-** El sexto y los siguientes motivos del recurso de casación vienen referidos a la declaración de responsabilidad criminal de Indalecio . Un orden lógico en su análisis obliga a evaluar el fundamento séptimo en primer lugar.

El recurrente, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la CE . Argumenta que la prueba practicada en el juicio no permite concluir que el recurrente estuviera al tanto de que su hermano pretendía disparar a su tío y a su primo, ni tampoco que el recurrente asumiera colaborar intencionadamente en el desarrollo de los hechos, particularmente si consideramos que el Jurado, por unanimidad, no consideró probado que el recurrente supiera que Ignacio llevaba una pistola en el maletero de su vehículo, ni entendió probado que el recurrente fuera quien entregó esa pistola a Ignacio cuando ambos siguieron a su tío hasta el portal de su casa, o que jaleara a su hermano durante la ejecución de los hechos con expresiones como "venga, venga, tírale".

La complicidad al delito supone una participación accidental, en el sentido de conformada por una actividad secundaria, coadyuvante o accesoria a la actuación principal. Los actos del cómplice se caracterizan por no ser imprescindibles para la obtención del resultado, pero sí dotados de cierta relevancia y eficacia, pues de lo contrario serían impunes. En todo caso, como ha reiterado esta Sala, es preciso que radique en el cómplice una conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible, esto es, debe apreciarse en su comportamiento una comunión con la conducta transgresora del autor del delito.

Desde esta consideración del objeto del proceso, la desatención de la pretensión del recurrente en la sentencia impugnada descansa correctamente en los criterios de revisión expuestos para este motivo con anterioridad. Por más que existan lecturas diferentes de la prueba, que es el aspecto en el que se asienta el motivo de la impugnación, la valoración realizada por el Tribunal del Jurado responde a criterios racionales de ponderación de los indicios que pueden desvelar el contenido intelectual que impulsaba al recurrente al momento de actuar.



El Tribunal del Jurado ha declarado probado que Indalecio fue con su hermano Ignacio al domicilio de su tío, y declara igualmente probado que, tras llegar allí, mantuvieron una discusión inicial en el parking exterior al edificio precisamente por unos incidentes que habían enfrentado a Indalecio y otro de sus primos. Refleja también que, cuando su tío y su primo se retiraron hacia su casa, Ignacio y Indalecio les siguieron y se introdujeron con ellos en el portal del inmueble en el que vivían. El jurado manifiesta en la fundamentación de su veredicto que la presencia del recurrente en el portal donde acaecieron los hechos, pese a haberla negado Indalecio en el acto del plenario, se confirma, no solo por la declaración de su primo Porfirio, sino porque se encontraron restos de disparo en su manga derecha, en el hombro del jersey-sudadera que vestía, y en su propio cabello, como así declararon los peritos del departamento de química del servicio de criminalística. Y considera igualmente probado, en atención al específico relato de Porfirio al respecto, que fue el acusado quien abrió la puerta del portal facilitando la entrada de su hermano, manteniendo la puerta abierta mientras su hermano ejecutaba, de inmediato y de forma rápida, el doble ataque que se enjuicia. Destaca además que el recurrente no hizo nada por impedir la acción o su reiteración, y que solo dejó la puerta para poder socorrer a su hermano cuando su primo se abalanzó contra él.

Que el recurrente acudiera con su hermano hasta el portal, unido a que la actuación no consistiera en una continuación de la pelea o del enfrentamiento físico anterior, sino en el inmediato disparo de Maximo a sus dos oponentes, sin que el recurrente tampoco reemprendiera el desarrollo de la discusión anterior y se limitara a abrir la puerta a su hermano y mantenerla abierta para facilitar su salida cuando concluyera, permite razonablemente inferir que conocía y participaba voluntariamente en la violenta agresión en la que terminó el enfrentamiento, que es la realidad que el Jurado considera probada. Una inferencia que estaría más reforzada si se hubiera obtenido la certeza de que el acusado conocía la tenencia de la pistola, pero que no se desarticula cuando ignoramos si contaba con ese conocimiento o no.

El motivo se desestima

**OCTAVO.-** El sexto de los motivos denuncia infracción de ley, por cauce del artículo 849.1 de la LOPJ, por indebida aplicación del artículo 29 del Código Penal respecto del delito de asesinato de su tío Maximo.

El recurrente aduce que los hechos que el Tribunal del Jurado declaró probados no permiten atribuirle la consideración de cómplice establecida en el artículo 29 del Código Penal. El motivo no desarrolla su argumentación desde la negación de los hechos probados, sino aduciendo que el jurado declaró probado que el recurrente se limitó a abrir la puerta, habiendo unánimemente concluido que no se probó que el recurrente supiera de la pistola o de que jaleara a Maximo para que disparara a su tío.

El motivo tampoco puede ser acogido. Ya hemos adelantado que cómplice es quien participa en el hecho reforzando y facilitando su ejecución. Dijimos en la STS 258/2006, de 8 de marzo, que el cómplice contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios para el desarrollo del *iter criminis*. Y en la STS 185/2005, de 21 de febrero, mantuvimos que el aporte del cómplice debe posibilitar o reforzar la ejecución del delito, con una aportación que, aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito por el autor principal. Intervención secundaria que debe desplegarse, en todo caso, con conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (SSTS 1654/05, de 16 de noviembre; 371/06, de 27 de marzo; 434/07, de 16 de mayo; o 321/12, de 23 de abril, entre muchas otras).

La sentencia de instancia declara probado que mientras Ignacio disparó a su tío y a su primo de manera sorpresiva y con la intención de matarles, Indalecio "se encontraba sujetando la puerta de acceso al portal, para facilitar la huida y en funciones de auxilio". Una descripción de los objetivos actos facilitadores (pero no imprescindibles) para la ejecución de los hechos, así como del necesario elemento subjetivo de concurrir la intención de contribuir a que su hermano culminara el resultado ilícito.

Descripción que el propio Tribunal del Jurado revalida en la motivación de su posicionamiento pues, por más que no declare probado que el recurrente supiera que su hermano llevaba una pistola en el maletero y que fuera el recurrente quien materialmente se la entregó antes de seguir a las víctimas hasta el portal, sí reflejó expresamente -eliminando incluso algunos datos fácticos propuestos en el objeto del veredicto que el jurado rechazó incluir- que "Una vez en el interior del portal, y cuando su hermano sacó el arma y apuntó a su tío Maximo ... Indalecio que se encontraba sujetando la puerta de acceso al portal, para facilitar la huida, efectuando su hermano un disparo que penetró tangencial y horizontalmente en el hemitórax izquierdo de Maximo, siguiendo una trayectoria de izquierda a derecha lesionando a su paso pulmones y corazón". Declara también probado que "Una vez que tuvo lugar el disparo en la persona de Maximo, de forma inmediata y sin que Porfirio se lo esperara impidiendo cualquier defensa por su parte, estando de acuerdo Indalecio con su hermano y



encontrándose sujetando la puerta de acceso al portal, en funciones de auxilio, apretando Maximo el gatillo, apuntando hacia su primo Porfirio " .

Todo ello haciendo además el Jurado un pronunciamiento expreso de culpabilidad del recurrente respecto de los dos asesinatos descritos.

El motivo se desestima.

**NOVENO.-** Sin ningún motivo que se haya enumerado como octavo, el motivo noveno denuncia infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida inaplicación de la atenuante analógica de confesión tardía, del artículo 21.7, en relación con el artículo 21.4, ambos del Código Penal .

La pretensión se asienta en que, una vez detenido el recurrente, instó a su hermano a que entregara el arma e informó a los agentes policiales de que el arma se encontraba en la casa de sus padres, donde les acompañó y, tras pedir a su madre que se la entregara, se la facilitó a los agentes.

Debe destacarse, en parecidos términos que la sentencia apelada, que el artículo 21.4 del CP dispone como circunstancia atenuante: " *La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades* ". El actual Código Penal ha sustituido así el fundamento moral que representaba la exigencia del impulso del arrepentimiento espontáneo que se recogía en la atenuante equivalente de códigos anteriores, por una mayor objetivización en su apreciación y por una opción pragmática asentada en razones de política-criminal. De este modo, se ha sustituido la exigencia subjetiva del arrepentimiento, por el acto objetivo de colaboración con la Administración de Justicia, previéndose un tratamiento penológico más favorable para aquellos agentes que se muestren colaboradores con la justicia, facilitando la investigación de lo sucedido y ayudando a reparar el daño causado. No obstante, la jurisprudencia de esta Sala es estable a la hora de identificar los requisitos que precisa su apreciación, siendo estos los que a continuación se relacionan: 1.º) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2.º) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3.º) La confesión ha de ser veraz en lo sustancial; 4.º) La confesión ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5.º) La confesión ha de hacerse ante la autoridad, sus agentes o funcionario cualificado para recibirla; 6.º) Debe concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiéndose entendido que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante ( SSTS 1076/2002, de 6 de junio ó 516/13, de 20 de junio ).

Es evidente que, en el caso analizado, la actuación que se esgrime por el recurrente fue posterior a su detención, por lo que, al carecer del requisito cronológico, se peticiona su aplicación analógica.

En todo caso, dos circunstancias impiden su apreciación en este supuesto. De un lado, no existe confesión cuando no se dice la verdad sobre lo ocurrido y, desde una opción procesal estratégica, se mantienen versiones falaces, esto es, diferentes de lo que luego la sentencia de instancia nos dice sobre la forma en que se desarrolló la acción, concretamente sobre la forma en que su hermano dio muerte a Maximo e incluso sobre su propia intervención en los hechos. De otro lado, si bien el recurrente reconoció que fue su hermano quien efectuó el disparo y prestó su colaboración para posibilitar la incautación del arma, debe recordarse que la asunción de responsabilidad cuando el sujeto activo ha sido descubierto, está carente de la significación esencial de la confesión, pues por más que la confesión ya no necesite estar alentada por el arrepentimiento, no quiere decir que no deba ir dotada del elemento de la voluntariedad. Una confesión en cuya génesis solo se encuentra la resignación ante lo que se percibe ya como irremediable, no puede dar vida a una atenuación, por no existir fundamento para un menor reproche penal ( STS 1619/2000 de 19 de octubre o 420/13, de 23 de mayo ), salvo en aquellos supuestos en los que suponga -en el ámbito propio del proceso- una facilitación importante de la acción de la Justicia y, por tanto, una contribución útil y relevante para la restauración del orden jurídico alterado por la acción ( SSTS 1109/05, 28 de septiembre o 1063/09, de 29 de octubre ), lo que aquí no acontece en atención a las pruebas que apuntaban a los acusados, quienes ya habían sido detenidos por haberse procedido al levantamiento del cadáver de su tío muerto por disparo de arma de fuego y gracias al testimonio presencial de la otra víctima que sobrevivió al ataque.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO.-** La desestimación del recurso conlleva la condena en costas a los recurrentes, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM .

## FALLO

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



Desestimar el recurso interpuesto por la representación de Ignacio y Indalecio contra la sentencia que en el procedimiento de Ley de Jurado 10/2018 de los del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictó dicho Tribunal en fecha 11 de octubre de 2018 , confirmándose así dicha resolución y, con ella, la sentencia dictada el 8 de mayo de 2018 por la Audiencia Provincial de Almería , en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado 3/2017 de los de dicha Audiencia Provincial, con imposición de las costas derivadas de la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarda Francisco Monterde Ferrer

Pablo Llarena Conde Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ