



Roj: **STS 4281/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:4281**

Id Cendoj: **28079120012019100709**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2019**

Nº de Recurso: **10435/2019**

Nº de Resolución: **649/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 649/2019

Fecha de sentencia: 20/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10435/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/12/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10435/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 649/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

Dª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 20 de diciembre de 2019.



Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Jeronimo y Dña. Otilia, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por indicados acusados contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, de fecha 16 de enero de 2019, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, estando dicho recurrentes representados por el Procurador D. Jorge García Riquelme y bajo la dirección Letrada de D. Manuel Pérez Toledo respecto del acusado Jeronimo y por el Procurador D. Carlos Navarro Gutiérrez y bajo la dirección Letrada de D. Javier Santana Fernando respecto de la acusada Otilia .

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de San Bartolomé de Tirajana instruyó sumario con el nº 989/2016 contra Jeronimo y Otilia, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que con fecha 16 de enero de 2019, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Son hechos probados y se declara expresamente que sobre las 22:10 horas del día 7 de abril del año 2016, el procesado, Jeronimo, nacional de Rusia, quien tenía 41 años de edad en la fecha de los hechos y una complexión física muy fuerte, titular del NIE número NUM000, con antecedentes penales susceptibles de cancelación, acudió a la joyería Gold Kraemer, del Centro Comercial Cita, sita en la avenida de Francia, número 71-72, del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, e impulsado por el ánimo de enriquecerse ilícitamente, llevando puesta una máscara de látex que impedía por completo su reconocimiento, accedió al indicado local, en el interior del cual, guiado asimismo por la deliberada intención de causar el máximo daño posible en la integridad física del legítimo titular del señalado local, Simón, de complexión pequeña y que contaba con 66 años de edad en la fecha de los hechos, previendo incluso la posibilidad de acabar con su vida, a fin de lograr su ilícito objetivo, le maniató y le propinó con una violencia y agresividad exacerbada multitud de manotazos, puñetazos, patadas y rodillazos en rostro, cabeza y abdomen, tras lo cual, se apoderó de 130 anillos, 54 pares de pendientes, 38 colgantes, 13 relojes de oro, 60 cadenas de oro y 38 pulseras de oro, propiedad de la mercantil Gold Kraemer S.L., así como de un reloj, marca Rolex, modelo Datejust Presidente de oro y diamantes, de la titularidad de Simón, que éste portaba en su muñeca en el momento de los hechos, incorporando la totalidad de tales joyas a su patrimonio de modo definitivo. De acuerdo con tasación pericial, el importe de las joyas sustraídas a la mercantil referenciada ascendía a 604.236 euros, sin que el valor del reloj de Simón se haya fijado pericialmente. Como consecuencia de los hechos narrados, Simón sufrió un traumatismo craneoencefálico severo, un hematoma intraparenquimatoso, una hemorragia subdural aguda, fracturas en los arcos costales 6 y 7 del lado derecho y dos heridas en la mucosa bucal del labio superior en su parte derecha. La curación de tales heridas precisó, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico consistente en: sutura de las heridas, ingreso hospitalario, en la Unidad de Vigilancia Intensiva, desde el día 8 de abril de 2016 al día 26 de mayo de ese mismo año, traqueotomía percutánea para ventilación mecánica y tratamiento rehabilitador, resultando necesarios para su total curación, además de los 49 días de hospitalización indicados, 159 días, todos ellos de carácter impeditivo para el normal desarrollo de sus actividades por parte del perjudicado, en quien quedaron como secuelas: un síndrome post-conmocional en un grado leve y un perjuicio estético ligero en un grado leve. La máscara de látex que llevaba el acusado durante la comisión de los hechos había resultado previamente adquirida por la pareja del acusado, la acusada Otilia, nacional española, mayor de edad, titular del DNI número NUM001 y con antecedentes penales susceptibles de cancelación; el día 12 de febrero del año 2016, en la mercantil Greyland Film. Otilia, impulsada por idéntico ánimo que el acusado, de incrementar su patrimonio de modo ilícito, y puesta de común acuerdo con aquél, además de dicha acción, también llevó a cabo labores de vigilancia y reconocimiento del lugar donde se encontraba ubicada la meritada joyería, los días 30 y 31 de marzo del año 2016, y 4, 5, 6 e incluso el mismo día de los hechos, el 7 de abril de ese mismo año, acudiendo al lugar con el vehículo de su propiedad, Renault Megane, matrícula LWB. Asimismo, en hora indeterminada del día 11 de abril del año 2016, la procesada Otilia, a pesar de tener pleno conocimiento del origen ilícito, acudió al establecimiento Esther Liria Naranjo Almeida, sita en la calle Sagasta, número 13, local 2, del término municipal de Las Palmas de Gran Canaria (Las Palmas) y procedió a la venta de dos de las joyas antes referenciadas por un importe de 2.240 euros. De igual manera, en hora indeterminada del día 9 de mayo del año 2016, la procesada Otilia, acudió al establecimiento El Oro, de la titularidad de la mercantil Alperfan Joyerías, S.L., y sito en la calle Juan Rejón, número 77, bajo, del término municipal de Las Palmas de Gran Canaria, y vendió una cadena y una pulsera también de las sustraídas de la joyería, a cambio de la cantidad de 1.999 euros. Todas las joyas indicadas resultaron recuperadas gracias



a la labor de las fuerzas actuantes. El procesado Jeronimo se encuentra en situación de prisión provisional desde el día 11 de junio del año 2016".

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

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Jeronimo como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa del artículo 139.1.4º del Código Penal en concurso medial con un delito de robo con violencia a la pena de doce años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, condenándolo al abono de las dos terceras partes de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular. Procede imponer al acusado la prohibición de aproximarse en una distancia inferior a 500 metros a D. Simón , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar que frecuente, así como comunicarse con él por cualquier medio, ambas prohibiciones por el tiempo de diez años. Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Otilia como autora criminalmente responsable de un delito de robo con violencia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, condenándole al abono de una tercera parte de las costas procesales causadas, con inclusión de las costas de la acusación particular. En concepto de responsabilidad civil los procesados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a la Entidad Gold Kraemer en la suma de 604.236 euros, suma de la que deberá restarse, en ejecución de sentencia el valor de las joyas que, conforme al anterior relato de hechos probados, resultaron devueltas a su propietario, debiendo igualmente abonar al perjudicado por el reloj Rolex modelo Datejust Presidente de oro y diamantes que le fue sustraído de su muñeca, la cantidad en la que se valore el mismo en ejecución de sentencia. Igualmente, deberán los procesados indemnizar, conjunta y solidariamente a la Entidad Esther Liria Naranjo Almeida, en la suma de 2.240 euros y a la Entidad Alperfan Joyerías S.L., en la cantidad de 1.999 euros. El acusado D. Jeronimo , deberá indemnizar a D. Simón en la suma de 50.000 euros, por las lesiones sufridas y el daño moral causado. Todas las cantidades devengarán el interés legal previsto en el artículo 576 de la LEC. Para el cumplimiento de las penas de privación de libertad que se les imponen, se les abonará todo el tiempo que han estado en prisión preventiva por esta causa. Notifíquese esta resolución a las partes, a las que se hará saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dentro de los diez días siguientes a la última notificación de la misma, en la forma prevista en los artículos 846 bis b) y 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Contra indicada sentencia se interpuso recurso de apelación por los citados acusados recurrentes, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que con fecha 3 de junio de 2019 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que debemos desestimar los recursos interpuestos por las representaciones procesales de don Jeronimo y doña Otilia contra la sentencia de 16 de enero de 2019, la cual confirmamos en su integridad. No se efectúa imposición de costas en esta alzada. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme, pudiendo anunciarse ante esta Sala en el plazo de CINCO DÍAS recurso de casación, el cual ha de formalizarse ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Jeronimo y Dña. Otilia , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

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

Primero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración de los artículos 18.3 y 18.2 ambos de la Constitución Española.

Segundo.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración de los artículos de los Artículos 18.1 y 18.4 ambos de la Constitución Española.

Tercero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del Derecho a la Tutela Judicial efectiva, artículo 24.1 de la Constitución Española y a un proceso con todas las garantías.

Cuarto.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del Derecho a la proceso con sin dilaciones indebidas, artículo 24.2 de la Constitución Española, en relación con los artículos 21.6ª y 7ª del Código Penal.

Quinto.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. Vulneración del Derecho a la Presunción de Inocencia, artículo 24.2 de la Constitución Española.



Sexto.- Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 139.1.4 del Código Penal.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Otilia**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la L.E.Cr., así como del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución.

Segundo.- Por infracción de ley. Entendemos que la sentencia recurrida tendría que haber aplicado, en el peor de los casos, como cómplice y no como autor y haber puesto una pena inferior.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr., así como del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E.

Cuarto.- Por error en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 17 de diciembre de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de los acusados **Jeronimo y de Otilia**, contra la Sentencia número 26/19 de fecha 3 de junio de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que confirmó la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 16 de enero de 2019.

Hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación en estos casos la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;



d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

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

Además, como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".

RECURSO DE Jeronimo

SEGUNDO.- 1. Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración de los artículos 18.3 y 18.2 ambos de la Constitución Española.

Se alega por el recurrente que se estima que las intervenciones telefónicas son nulas considerando que la información precisada por la Policía ante el Juez Instructor para las intervenciones telefónicas se añadieron datos que no son reales en relación con los antecedentes policiales de la acusada y considera decisivo para su petición de nulidad que las conversaciones no fueran debidamente cotejadas, por el Letrado de la Administración de Justicia.

Pues bien, señala el TSJ al respecto que:

"Respecto a la primera alegación, se dedica a denunciar infracción a lo dispuesto en los arts. 18.2 y 18.3 de la Constitución, en relación a las interceptación de conversaciones telefónicas del citado apelante. La alegación quedará despejada, no sólo porque no se señala en qué aspecto concreto ha concurrido infracción del precepto constitucional (salvo en la alegación de que las conversaciones no fueron "transcriptas", expresión que repite, lo que muestra que no es un error mecanográfico). No ha habido vulneración alguna del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, dado que este derecho no es absoluto y el Juez de instrucción (y la Policía Nacional) cumplieron escrupulosamente la normativa y la doctrina que disciplinan los excepcionales supuestos de intromisión legal en las comunicaciones. En efecto, se cumplen los requisitos o principios inspiradores de la medida restrictiva de Derechos (como es la intervención de las comunicaciones) son la proporcionalidad, necesidad, excepcionalidad y legalidad. Todos y cada uno de estos principios o requisitos se han cumplido en la presente causa, sin que nada puedan alegar las defensas para atacar una Sentencia cuyo Fallo debe ser mantenido. En vista de la ausencia absoluta por parte de la defensa de cualquier atisbo de argumentación al respecto de si se cumplían o no los requisitos para adoptar tal medida, procedemos a continuación a exponer esos requisitos así como el porqué de su concurrencia".

Sin embargo, la clave de esta impugnación del presente motivo nos la da el razonamiento llevado a cabo por la sentencia de la Audiencia Provincial donde destaca que:

"Reviste el presente caso una particularidad y es que, como informó en el Plenario el Ministerio Fiscal, las intervenciones telefónicas cuya nulidad se pretende por las defensas, no sustentaron la acusación, hasta el punto de que no llegaron siquiera a ser cotejadas por el Letrado de la Administración de Justicia, ni propuesta su escucha en el Plenario, de ahí que no vayan a ser valoradas en forma alguna en la presente resolución. Así, por el Letrado de la Administración de Justicia se hace constar, al folio 1234 bis de la causa que el cotejo que trató de llevar a cabo resultó infructuoso, toda vez que las transcripciones efectuadas no constituyen propiamente una transcripción literal de las conversaciones telefónicas obrantes en la causa, sin que tampoco, como se ha dicho, se procediera a su escucha en el Plenario, con lo que ningún dato se ha extraído de las mismas. No obstante, tampoco se aprecia la nulidad del Auto dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de San Bartolomé de Tirajana el 24 de mayo de 2016. Contó en este caso la Magistrada Instructora con los oficios remitidos por la Brigada Local de Policía Judicial del Grupo de Delincuencia Urbana de la Comaría Local de Policía Nacional de Maspalomas, en los que se solicita la intervención de los teléfonos móviles titularidad de



los acusados, sin basarse para ello en meras sospechas o conjeturas. Por el contrario, tal y como detalla la Magistrada Instructora en el Auto de fecha 24 de mayo de 2016, impugnado por la defensa, obrante en la pieza separada de medidas cautelares, los hechos investigados están relacionados con la posible comisión de un delito de robo con violencia y un delito de homicidio en grado de tentativa valorando para ello las numerosas diligencias de investigación practicadas por la policía, que van desde el análisis de las cámaras de seguridad del lugar de los hechos, donde se observa en los días anteriores e incluso el mismo día a la acusada y a una persona cuyas características y complexión coinciden con las del acusado, pareja de la anterior, constatando igualmente la adquisición por la acusada de una máscara de látex como la que lleva el autor de los hechos o la circunstancia de acudir el acusado en varias ocasiones a las oficinas del Banco Santander. El Juzgado acordó, en atención a dichos oficios, la intervención, grabación y escucha de los teléfonos móviles anteriormente señalados, por un período de un mes".

Con ello, no puede hablarse de conexión de antijuridicidad entre las escuchas y la diligencia de entrada y registro, dado que se ha explicitado el proceso de petición de la escucha y la autorización, dando cumplimiento a la existencia de una investigación previa, no siendo relevante la concreción de esos antecedentes de la recurrente en delitos específicos, sino más bien en los seguimientos llevados a cabo, como relata el Tribunal ante la investigación llevada a cabo con las cámaras de vigilancia que llevó a los agentes a la localización de los autores.

Con ello, el dictado del auto tiene base mínima suficiente. Y así recordemos que hemos señalado en el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 216/2018 de 8 May. 2018, Rec. 941/2017 que:

"Esta Sala del Tribunal Supremo gradúa la exigibilidad del contenido del alcance de la motivación policial en cuanto a las razones que llevan a los agentes a pedir que se acuerde la medida de intervención telefónica, o entrada y registro, exigiéndose una mínima investigación previa que debe constar en el oficio, como ocurrió en este caso, con lo que rechaza la nulidad acordada por la Audiencia, y tuvo esta Sala por bueno el contenido de la medida limitativa de derechos fundamentales.

También esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 738/2017 de 16 Nov. 2017, Rec. 10372/2017 recuerda sobre el grado de motivación del oficio policial que "Los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser entendidos, pues, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).

Han de ser objetivos en un doble sentido:

- 1.- En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control.
- 2.- En segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona" (STC 184/2003, de 23 de octubre).

Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que "permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse" (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass, y de 15 de junio de 1992, caso Ludí) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim, en "indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa" (art. 579.1 LECrim) o "indicios de responsabilidad criminal" (art. 579.3 LECrim) (STC 167/2002, de 18 de septiembre)".

En definitiva, el control posterior sobre la decisión que acordó la medida debe revelar que el Juez tenía a su alcance datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso así como acerca de la utilidad de la intervención telefónica, de forma que quede de manifiesto que aquella era necesaria y que estaba justificada (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).

Ahora bien, la constatación de que el Juez tenía a su alcance datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso, no debe ir más allá, y no implica sustituir el criterio, la racionalidad y las normas de experiencia aplicados por el Instructor por el criterio de los recurrentes, y tampoco por el de esta Sala, que debe ser muy respetuosa con una facultad que el Constituyente (art 18.2) otorgó al Magistrado competente, es decir al Instructor en casos como el presente de investigaciones criminales (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).



Una competencia que éste debe ejercer aplicando sus normas de experiencia en la valoración de los indicios concurrentes para ponderar razonablemente las garantías de los derechos fundamentales con las exigencias de seguridad y libertad de la sociedad y de los ciudadanos, frente a los hechos delictivos graves y la criminalidad organizada transnacional, que en un Estado social y democrático de Derecho imponen la utilización garantista, pero también eficiente, de determinadas técnicas de investigación y prueba como es la intervención de comunicaciones.

En este sentido es necesario hacer referencia a la STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009. En ella se expresa que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o sus prórrogas forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE, y que dichas exigencias deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

La resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención:

- 1º) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y
- 2º) los indicios de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.

La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan solo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" (STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009).

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención de una línea telefónica se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito, o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional".

El Tribunal de instancia apunta al respecto que: "podemos concluir que dicha resolución analiza los requisitos exigidos por el artículo 579.3 de la LECrim, detallando los indicios racionales que se desprendían del oficio policial, que apuntaban a la presunta comisión de los señalados delitos, por los usuarios de dichos teléfonos. El Auto detalla en su razonamiento jurídico primero los indicios que resultan de las labores de investigación ya expuestas, resultando los indicios suficientes como para fundamentar la medida con estricto respecto a los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad. De lo expuesto resulta que la medida que ahora se impugna es ajustada a derecho".

Se añade en cuanto al origen del oficio que da lugar al dictado del auto que "Dichos seguimientos, basados en las sospechas que, de forma fundada, existían sobre los autores del violento robo que había tenido lugar en la joyería, se explicaron de forma clara en el Plenario por el Instructor del atestado, con número NUM002, quien explicó que participó en la investigación de principio a fin, detallando que, tras tener conocimiento de la comisión de un robo con violencia en la joyería Gold Kraemer en el Centro Comercial Cita, dirigió su labor a analizar lo sucedido, de forma concéntrica, desde la joyería al exterior, y empezaron así a visualizar imágenes, logrando identificar a una mujer que, más o menos a la misma hora realizaba labores de vigilancia en las inmediaciones de la joyería, pululando por la zona sin un objetivo concreto y apreciando que intentaba disimular su presencia en la zona, le logran poner nombre y apellidos cuando uno de los días aparece con un dedo escayolado y tienen conocimiento de una candidata que por dicho motivo había acudido al Centro de Salud, participando dos vehículos, uno propiedad de dicha mujer y otro muy particular de los que solo existen dos vehículos en la isla. Explicó que hicieron seguimientos, y la persona que se observa en el video de la joyería es alta, de complexión fuerte y tienen un candidato, con dichas características, que es el compañero sentimental de la mujer que venían investigando, observando como éste va a diario al banco e ingresa 900 euros al día,



procediendo finalmente a su detención, lo que se integra en las labores de investigación policial llevadas a cabo para identificar a los autores del robo, que se llevan a cabo sin causar indefensión alguna a los procesados".

Además, se concreta que:

"Se parte de un oficio en el que de forma exhaustiva se detallan por el Instructor las conclusiones alcanzadas tras la investigación llevada a cabo, poniendo así de manifiesto la descripción física del autor de los hechos, tras el visionado de las cámaras de seguridad de la joyería en el momento de los hechos; la descripción de la mujer que, en los días previos a los hechos, 30 y 31 de marzo, y 4, 5 y 7 de abril, se mantiene en actitud de espera y vigilancia por el Centro Comercial Cita, señalando a continuación que, tras la observación y estudio de las imágenes se llegó a la conclusión de que las personas que en las mismas se ven coinciden con los dos investigados, obrando sus fotografías a los folios 76 y 77 de la causa, sin que, pese a las manifestaciones de la defensa del Sr. Jeronimo, se ofrezcan datos inciertos a la autoridad judicial. Por el contrario, si bien se señala en el atestado que la búsqueda de los posibles autores se hace entre personas conocidas por los investigadores que se pudieran dedicar a ilícitos de este tipo, sin embargo, concretan a continuación, de tal forma que el Magistrado tuvo conocimiento en todo momento, a la hora de adoptar la medida restrictiva de derechos fundamentales, que los antecedentes penales de D^a Otilia lo eran por los delitos de falsedad documental, atentado y contra la seguridad del tráfico y que, en relación a D. Jeronimo, figuraban antecedentes policiales por robo con violencia, falsedad, amenazas y atentado, con lo que ningún dato se ocultó o se falseó en el atestado. Se hacía finalmente referencia a la adquisición, por parte de Otilia, de una máscara, similar a la que se aprecia que fue usada por el autor de los hechos en las imágenes, así como las ventas de joyas que, tras los hechos, llevó ésta a cabo en distintos establecimientos de la isla. La necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada por los agentes actuantes en relación con la gravedad del hecho investigado, resulta justificativo de la restricción del derecho constitucional, con lo que tampoco se aprecia vulneración de derecho fundamental alguno con la medida restrictiva acordada por el Instructor".

Existe viabilidad de la suficiencia de la investigación policial suficiente para el dictado del auto de injerencia.

Con ello, no hay conexión de antijuridicidad entre la intervención y las diligencias de entrada y registro, ya que el auto de injerencia de escucha es válido, no obstante lo cual el propio Tribunal ha especificado ya que no se utiliza como soporte valorativo de la prueba practicada, ante la existencia, por lo que resulta irrelevante y sin eficacia el contenido del alegato del recurrente, dada la expresa referencia expuesta anteriormente en relación a la no valoración de la misma, ya que se expresa por el Tribunal que *de ahí que no vayan a ser valoradas en forma alguna en la presente resolución*.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración de los artículos de los Artículos 18.1 y 18.4 ambos de la Constitución Española.

Se alega por el recurrente la vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen en base a los sistemas de videovigilancia en el interior y exterior de la joyería que grabaron su conducta los días anteriores y posteriores a los hechos enjuiciados, grabaciones que no solo abarcan el espacio inmediatamente exterior a los establecimientos sino que incluso graban a las personas que transitan por vías públicas por lo que considera que dichas captaciones no respetan la intimidad de estos viandantes.

Se debe exponer que señala el TSJ sobre este mismo punto que también se planteó en sede de apelación que:

"No se aprecia infracción constitucional, (ni legal, ni jurisprudencia)), en las actuaciones instructoras practicadas en relación con las grabaciones de cámaras (en lugares públicos y en el interior de la joyería donde tuvo lugar el robo y la grave agresión) ni en la entrada y registro practicada en el domicilio del apelante y su pareja.

En efecto, los requisitos legales se cumplieron en relación a la solicitud policial, en relación a la motivación judicial de concesión y en relación a la práctica de estos registros y grabaciones.

Siguiendo en ese mismo orden cronológico del recurso (solicitud, concesión y práctica del registro y de las grabaciones), la solicitud policial se fundamentó en la existencia de indicios (que resultaron, obvio es, acertados) sobre la autoría del robo con violencia, que constan en la motivación de la solicitud, con lo que la fuerza policial no se fundaba en meras conjeturas: existe una previa investigación policial y existe una petición al Juez instructor competente para acceder al domicilio de la persona investigada, su concreta ubicación, momento y tiempo para llevar a cabo la entrada y registro, así como se identifican los efectos en cuya busca es autorizado el registro y delito con el que han de estar relacionados y la/s identidad/es de las personas que resulten titular/es u ocupante/s del domicilio objeto de la diligencia (de resultar conocidas)".



Hay que recordar que puede considerarse constitucionalmente legítima la videovigilancia en las zonas comunes de los llamados espacios intermedios, como cafeterías, comercios, zonas de tránsito público de las urbanizaciones, etc. No se trata de una invasión privada, sino que se trata de zonas abiertas al público con radio de acción de la cámara en el núcleo de acceso al comercio con objetivo de seguridad y preventivo. Evidentemente, el perjuicio a la imagen no existe si no se comete un delito, como en este caso ocurre y se precisa por las Fuerzas y Cuerpos y seguridad del Estado la visualización de imágenes de personas sospechosas de la participación en el delito cometido, que es lo que en este caso ocurrió.

En estos casos no estamos ante un supuesto del art. 588 quinquies LECRIM de Dispositivos técnicos de captación de la imagen por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que requiere de orden judicial, sino de medidas privadas de autoprotección del propio núcleo extensivo del comercio a su radio de acción más próximo en aras a disponer de medidas de vigilancia y prevención del delito.

La posibilidad de instalación de las cámaras de seguridad y vigilancia en comercios que den lo indispensable en el arco de la seguridad de acceso al comercio está avalado en el estudio llevado al efecto por la agencia de protección de datos en cuyo informe *Guía sobre el uso de videocámaras para seguridad y otras finalidades* avala la opción de que *Será posible la captación de la vía pública en una extensión superior cuando fuese necesario para garantizar la seguridad de bienes o instalaciones estratégicas o de infraestructuras vinculadas al transporte. Gran parte de la actividad de los ciudadanos se desarrolla en espacios que admiten el acceso al público en general, como centros comerciales, restaurantes, lugares de ocio o aparcamientos. Nos referimos a lugares a los que los ciudadanos pueden tener libre acceso aunque sean de propiedad privada, en los que sus titulares utilizan los sistemas de videovigilancia para garantizar la seguridad de las personas e instalaciones.*

Se recuerda, también, que *Por lo tanto, y puesto que la finalidad de la videovigilancia consiste en garantizar la seguridad de personas, bienes e instalaciones, el interés público legitima dicho tratamiento. Asimismo, el considerando 45 del RGPD contempla que si el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público, este tratamiento debe tener una base en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.*

Resulta evidente el interés público de la seguridad ante el que no se puede pretender alegar el propio de la imagen cuando se ha participado en un hecho delictivo, como aquí consta probado, y la imagen de las personas que han intervenido se ha captado por la cámara de un comercio instalada en razones de prevención del delito en su núcleo de acción.

La cuestión relativa a la implantación o instalación de cámaras de videovigilancia en el entorno seguro de un comercio no puede producir o provocar una intromisión del derecho a la imagen que se traduzca en una vulneración de derechos fundamentales con afectación a la obtención de pruebas en el proceso penal, y, ello, porque solamente tiene una mención o referencia a lo que se refiere al tratamiento de datos que se pueden haber obtenido en esas imágenes por la cámara de videovigilancia. Pero todo ello queda en el ámbito de la propia legislación reguladora de protección de datos, es decir, en el tratamiento que al efecto puede llevar la Agencia de protección de datos y su incidencia en el proceso penal no puede extraerse en lo que se refiere a la protección constitucional del derecho a la imagen que pudiera tener una cierta afectación en la vulneración de un derecho fundamental con presencia o vinculación en la nulidad en la obtención de pruebas obtenidas con respecto a la imagen obtenida o alcanzada por la videograbación en un comercio.

En consecuencia, las cuestiones relativas a la instalación de cámaras de videovigilancia entran en el círculo de lo que se refiere al tratamiento de datos, y, en consecuencia, puede tener relación con respecto a la necesidad y proporcionalidad de la instalación de estas cámaras en comercios a los efectos de la prevención y seguridad. Su salvaguarda concreta se reserva a la esfera de la que puede ofrecer una norma civil, la LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Además, el derecho de acceso a estas imágenes se referirá con respecto al que precisen las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y los jueces y tribunales. Por ello, no puede alegarse una desproporción en el uso del contenido de las imágenes obtenidas en las cámaras de grabación instaladas con arreglo a la protección de datos y a la regulación específica en la materia, y, como se ha expuesto, por razones de prevención del delito.

No existe, por ello, una invasión de un derecho constitucional como el de la propia imagen capaz de conseguir una nulidad de la prueba obtenida por el simple hecho de que la imagen de una persona encausada o investigada en una fase previa de investigación policial, y, luego, en el proceso penal se ha obtenido con el tratamiento de los datos realizados a instancia de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en una cámara de grabación instalada con arreglo a la Ley de protección de datos. Precisamente, el tratamiento de sus datos es legítimo y correcto su uso adecuado por parte por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y, en consecuencia, ello no provoca una injerencia en el derecho fundamental a la propia imagen capaz de afectar a la materia probatoria del proceso penal.



Como apunta la doctrina, el objetivo esencial de la instalación de videocámaras es el de la prevención del delito. Debemos recordar, asimismo, su evidente cobertura legal art. 41 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada; Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana y su sometimiento a un cierto control administrativo por parte de la Agencia Española de Protección de datos, cuyo incumplimiento dará lugar a correcciones administrativas, pero que, como se ha expuesto, no invalida las imágenes que capten a efectos procesales si no invaden derechos fundamentales, las filmaciones aportadas por particulares son susceptibles de convertirse en prueba documental (art. 726 LECrim) en el proceso penal, siempre que cumplan requisitos como:

- no vulnerar derechos fundamentales como el de la intimidad o la dignidad de la persona al captarlas,
- y hacerlo en espacios, lugares o locales libres y públicos, y dentro de ellos nunca en espacios considerados privados (como los aseos, vestuarios) sin autorización judicial, de forma que la captación de imágenes de personas sospechosas recogidas de manera velada o subrepticia, en los momentos en los que se supone se está cometiendo un hecho delictivo, no vulnera ningún derecho, estando permitida, por el mayor interés social de la persecución y prueba del delito que la simple captación de la imagen de la persona del delincuente.

También, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales señala en el artículo 22 bajo la rúbrica *Tratamientos con fines de videovigilancia* apunta que:

1. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones.

2. Solo podrán captarse imágenes de la vía pública en la medida en que resulte imprescindible para la finalidad mencionada en el apartado anterior.

En este caso no se ha realizado, conforme se ha descrito, una extensión exagerada y desmesurada de la grabación, ya que, conforme se describe, lo ha sido en el entorno cercano del comercio visualizándose los movimientos.

La doctrina jurisprudencial lo ha venido admitiendo, estableciendo así, como recuerda el ATS de ATS 13-07-2017:

También la STS de 26-02-2014, respecto a la validez de la grabación de una cámara instalada por una empresa en una nave: "Nos encontramos, no ante una videocámara utilizada en el curso de una investigación policial para buscar indicios concretos contra posibles autores de una presunta actividad delictiva que se estuviese investigando, sino que se trataba de una videocámara instalada por una empresa privada, por razones de seguridad, en una nave cercana a la carretera. La grabación fue hecha pues en una vía pública, donde en principio no figuraban indicios de que pudiese incurrirse en una intromisión o injerencia del derecho a la intimidad de los ciudadanos que deambulasen por la zona.

Por lo demás y aunque no pueda descartarse que en casos singulares se desarrollen actividades privadas en una vía pública, esta Sala STS. 1220/2011 de 11.11, tiene declarado que cuando la grabación videográfica afecta sólo a "espacios abiertos y de uso público" no precisa la autorización judicial, según una reiterada doctrina jurisprudencial. Así, el ATS de 11.1.2007 que precisa que "los supuestos en los que es preceptiva dicha autorización judicial son aquellos en los que se proceda clandestina o subrepticamente a captar imágenes de personas sospechosas en los lugares que deben calificarse de privados por desarrollar en ellos tales sospechosos su vida íntima (STS núm. 1733/2002). Nada obsta a que un establecimiento privado decida dotar sus instalaciones con mecanismos de captación de imágenes, en su propia seguridad y en prevención de sucesos, siempre que las videocámaras se encuentren en zonas comunes, excluyendo aquellos espacios en que se desarrolla la intimidad (aseos), (SSTS. 1547/2002 de 27.9, 387/2001 de 13.3, 1631/2001 de 19.9, 188/99 de 15.2 que se remite a las SSTS. 6.5.93, 7.2, 6.4 y 21.5.94, 18.12.95, 27.2.96, 5.5.97, 968/2008 de 17.7)".

En el presente caso, se trata de cámaras de videovigilancia instaladas en las puerta del establecimiento comercial por el dueño de los mismos, que en ningún caso invade espacios o entornos privados por lo que no se vulnera ni el derechos a la inviolabilidad del domicilio ni el derecho a la intimidad, sin que dichos derechos puedan considerarse afectados cuando la grabación de la cámara colocada en la puerta comprende el espacio circundante imprescindible para los fines de vigilancia, como así se ha interpretado por la Instrucción 1/2006 de la AEPD, art. 4.1, que al respecto establece que las cámaras instaladas en puertas, accesos o fachadas del edificio privado objeto de vigilancia no podrán obtener imágenes de espacios públicos, salvo que resulte imprescindible para la finalidad de vigilancia que se pretende o resulte imposible evitando por razón de la ubicación de aquellas, de manera que si en este caso la cámara consta instalada en la puerta de entrada, era



inevitable que la grabación comprendiera parte de vía pública, y la identidad que se investiga por los agentes policiales de quien llevó a cabo la labor de vigilancia a los efectos de la preparación del delito.

Lo normal es que estas filmaciones, al ser hechas por cámara fija, se limiten a reproducir de forma continuada la imagen de un lugar concreto de modo automatizado. Ello no le resta valor probatorio si se han obtenido regularmente ya que "su valor como elemento acreditativo de lo acaecido sitúa la grabación videográfica del suceso más cerca de la prueba directa que de la consideración de mero factor indiciario, en cuanto que, no cuestionada su autenticidad, la filmación se revela como una suerte de testimonio mecánico y objetivo de un suceso, con entidad probatoria similar -o incluso, superior, al quedar excluida la subjetividad, el error o la mendacidad del testimonio personal- a la del testigo humano").

Por ello, la doctrina jurisprudencial entiende, con carácter general, que las grabaciones videográficas de imágenes captadas en espacios públicos, a condición de que sean auténticas y de que no estén manipuladas, constituyen un medio de prueba legítimo y válido en el proceso penal -previsto ahora expresamente en el art. 382 Lec y aplicable de forma supletoria conforme a lo dispuesto en el art. 4 Lec-, sin que se requiera para su captación la previa autorización judicial. En efecto, nos encontramos con la posibilidad del uso de la prueba documental tecnológica del proceso civil aplicable al proceso penal, como en estos casos se realiza cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado recaban del comercio la observación de las imágenes en uso de las facultades investigadoras que se les confiere.

Así, es indiferente que se trate de grabaciones realizadas por la Policía Judicial con la finalidad prevista en el art. 282 Lecrim, distinta de la preventiva o de protección objeto de la LO. 4/1997, de 4 de agosto, que establece su propio sistema de control administrativo, o de las que pudieran realizar los particulares que presenciaren la comisión de un delito (en este sentido, las SSTS 2ª 968/1998 de 17.7 y 1140/2010 de 29.12), ya que "... por la misma razón que un testigo no necesita estar controlado por nadie para que su percepción sea valorable por un tribunal, tampoco lo requiere la perpetuación de esa percepción en una grabación videográfica" (STS 439/2006 de 24.4).

La STC 156/2001, de 2.7, abandonó definitivamente la consideración tradicional del derecho a la propia imagen como manifestación o faceta del derecho a la intimidad o, en su caso, al honor, concibiéndolo como derecho fundamental autónomo.

Como señala la STC 99/1994, de 11.4, FJ 5, no puede deducirse del art. 18.1 CE que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan, pues el derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales.

"La determinación de estos límites -dice la STC 156/2001- debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho, y por esta razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que hayamos sostenido que "la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél" (STC 99/1994, FJ 5)". Íntimamente ligada con esta cuestión se encuentra la posible violación del derecho a la protección de datos reconocido por el artículo 18.4 CE".

El Tribunal de instancia concreta, además, que:

"Dichas grabaciones fueron válidamente aportadas al proceso, tal y como obra al folio 37 de la causa, en la diligencia de petición de imágenes que se hace por el Instructor del atestado, invocando el artículo 22.2 de la L.O. 15/99; solicitando así todas las posibles cámaras de seguridad que de forma concéntrica estuvieran situadas desde el lugar de los hechos, la Joyería Kraemer, y que hubieran podido recoger imágenes de los posibles autores, concretando como tales los siguientes comercios; Europa Policlínica, Parafarmacia, Joyería Gold Kraemer, Pepe Chiringo, Café City y Cajero Banco Santander, declarando en el Plenario tanto el Instructor como los Agentes que llevaron a cabo el visionado de las cintas, quienes pudieron ser interrogados sobre su contenido y obrando también dicha grabaciones en la causa, ofreciendo además la acusada una explicación alternativa sobre su presencia en las inmediaciones del Centro Comercial en fechas próximas a los hechos, con lo que ninguna indefensión ni vulneración de derecho fundamental puede entenderse que se ha causado".

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del Derecho a la Tutela Judicial efectiva artículo 24.1 de la Constitución Española y a un proceso con todas las garantías.



Se alega la presunta vulneración de la cadena de custodia de las muestras obtenidas en el automóvil de la acusada y que una vez analizadas se concluyó que era sangre de la víctima de delito D. Simón . Entiende que existieron deficiencias respecto a la incautación del vehículo y el lugar en que se hallaba y respecto a la identidad de las personas que realizaron la inspección ocular y tomaron las muestras posteriormente analizadas.

Se refiere por el Tribunal que "coinciden ambas defensas al denunciar una vulneración de la cadena de custodia en relación a las muestras obtenidas del vehículo de la acusada, centrándose la denuncia en dos momentos concretos, un primer momento, en el que se obtiene la muestra y un segundo momento, referido al tiempo que tardan los informes en ser remitidos al Juzgado. Ante la alegación de la ruptura de la cadena de custodia es preciso recordar, como apunta la doctrina y asume esta Sala, que es vital que los sujetos y personas responsables de las funciones de identificar, almacenar, asegurar, embalar y transportar los restos y vestigios hasta analizarlos en el laboratorio y ponerlos a disposición judicial, declaren en el plenario si así lo solicitan las partes, sobre el cómo, cuándo, dónde y por quiénes se han realizado dichas operaciones, así como los procedimientos seguidos para poder cotejarlos con la normativa que los regula, a fin de llegar a deducir la normalidad de su custodia, o en caso contrario, manifestar que existen serias dudas y contradicciones sobre su preservación, poniendo en peligro la fiabilidad y confianza en su regularidad y en cada una de las piezas de convicción o de las pruebas.

Son dos cuestiones distintas las que se plantean, de tal forma que únicamente la primera se refiere a una posible infracción de la cadena de custodia, relacionándose por el contrario la segunda con el momento procesal en el que se incorpora a los autos el informe elaborado por los Peritos sobre dicha muestra.

a.- En cuanto al primero de ellos, al cuestionar las defensas lo sucedido con el vehículo de la acusada, desde el momento en que el mismo es intervenido, tras la entrada y registro efectuada en el domicilio, hasta que se toman las muestras de su interior. Pues bien, se desprende de lo actuado que, efectivamente, el vehículo es intervenido a raíz de la entrada y registro que, previa la autorización judicial ya analizada, se lleva a cabo en el domicilio de la acusada, tal y como figura en el acta extendida por el Letrado de la Administración de Justicia, (folio 94) "Vehículos, se interviene Renault Megane LWB ', tras la intervención de dicho vehículo se dirigen los Agentes con el mismo, desde el referido domicilio, sito en la CALLE000 , n.º NUM003 , de la localidad de Maspalomas, hasta la sede de los Juzgados de Maspalomas, donde realiza otra inspección ocular técnico policial, que se lleva a cabo en los garajes de dichos juzgados, tal y como obra en el folio 4 del informe pericial.

No se aprecia vulneración alguna de la cadena de custodia, tal y como se recoge en el acta de entrada y registro, la misma comienza a las 5:01 horas del día 9 de junio de 2016 y finaliza a las 9:29 horas, tal y como figura en su último folio, recogiendo una información similar en el informe pericial al señalar que la Inspección Ocular Técnico Policial del domicilio finaliza a las 5 horas del inicio de la misma. Sentado lo anterior, la inspección ocular del vehículo se lleva a cabo de forma inmediata, tras ser trasladado a dependencias judiciales, dando comienzo a las 11:30 horas, con lo que ninguna irregularidad se aprecia en el traslado del vehículo para el análisis de posibles vestigios biológicos que pudieran ser hallados en el mismo.

b.- Tampoco en el traslado de las muestras obtenidas para su posterior análisis, explicando en el Plenario los autores del informe, Agentes con n.º NUM004 y NUM005 que llevaron a cabo la inspección ocular del vehículo y recogieron cinco vestigios, concretamente, el vestigio número tres, que tomaron en la moqueta del suelo, debajo del cinturón de seguridad derecho, manifestando que son también Agentes los que trasladan el vehículo en cuestión y que emiten el informe el 1 de julio de 2016, desconociendo en qué fecha lo habían remitido al Juzgado".

Concreta, además, el TSJ en su sentencia al resolver el recurso de apelación que:

"Debe descartarse el argumento de que se ha producido una rotura de la cadena de custodia por cuanto, como quedó acreditado en el plenario, el vehículo fue intervenido durante la entrada y registro efectuada en el domicilio, y trasladado inmediatamente al finalizar ésta a las dependencias policiales por agentes adscritos al operativo, sin que sea relevante que no hayan depuesto en el plenario los mismos, ya que está acreditado por testimonio de otros agentes, los que realizaron la inspección ocular, que efectivamente sus compañeros se encargaron de trasladarlo y, en todo caso, si algo quiso preguntar la defensa a los agentes encargados de realizar el traslado, bastaba que lo hubiera solicitado como medio de prueba, lo cual no hizo. Tampoco es relevante la peregrina alegación de que no se especifique dónde se encontraba el vehículo, si en la calle o garaje, ni de qué forma se encontraba estacionado, todos ellos datos que nada aportan y que no pueden de manera alguna tener apoyo exculpatorio para los acusados".

En consecuencia, se ha analizado por el Tribunal que, pese a la disidencia del recurrente lo que se examinó es lo que resulta del acta de inspección dimanante de la entrada y registro que tiene relación con esta intervención en el vehículo. Se hace mención por el Tribunal de instancia y el TSJ que se analiza lo que es objeto de examen



e investigación en relación con la diligencia de entrada y sobre ella la intervención y registro del vehículo que es de Otilia , siendo hecho probado que ella acudió al lugar del delito con el vehículo de su propiedad, Renault Megane, matrícula LWB , que es donde se procede a la obtención de la prueba.

No existe ruptura de la cadena de custodia, como también destacaremos en el análisis del alegato de la presunción de inocencia, con la mecánica utilizada para la obtención de las pruebas respecto del vehículo pese a las dudas que apunta el recurrente.

Sentado lo anterior, no concurren datos que hagan dudar de la cadena de custodia, al no haberse invocado una infracción concreta de normas que desnaturalicen la esencia de la prueba.

Esta Sala señala que a través de las declaraciones testificales de los Policías o de los expertos forenses, que aseguraron y examinaron las fuentes de prueba, se pueden aclarar en el juicio las cuestiones controvertidas que las partes, al formular las preguntas, tengan sobre la conservación o ruptura de la cadena de custodia - STS 195/2014, de 3 de marzo-. Son pues sus declaraciones y la valoración judicial que se hace de ellas, las que permiten al Tribunal mantener la fiabilidad, autenticidad e integridad que se predica de las muestras y el material intervenido relacionado con el acto delictivo.

Y, además, se añade que la cadena de custodia y su ruptura está conectada con las consecuencias jurídicas que se prevén cuando se formula su fractura o se predica de ella su inutilidad.

En este tema hay que distinguir que una cosa son las meras irregularidades, o defectos formales presentes en el iter que dibuja la cadena de custodia por los diversos lugares por donde transita la muestra o evidencia, tales como:

- 1.- Defectuosa o errónea numeración de las cajas que contienen la fuente de prueba;
- 2.- No consta el número de diligencias;
- 3.- No consta el acta de remisión de los elementos empíricos desde que se recogieron hasta su entrega en la sede policial;
- 4.- Falta de precinto;
- 5.- Embalaje inadecuado que no afecta a la muestra y a la información que cabe extraer de ella; o
- 6.- Mero retraso en la remisión al laboratorio de la sustancia intervenida para su análisis.

Se añade por esta Sala que estos casos y otros similares, no siembran dudas sobre la identidad de las sustancias u objetos ocupados, ya que se corresponde con lo intervenido policialmente. Estamos ante disfunciones de tipo más bien burocrático, que, en principio, salvo que vayan acompañadas de otra serie o conjunto de irregularidades que hagan peligrar la seguridad de la cadena de custodia, no tienen porqué cuestionar la autenticidad y mismidad de los vestigios y evidencias que fundamentan la prueba de cargo, y que son objeto de valoración judicial. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad - STS 339/2013, de 20 de marzo-.

Y ya centrados en lo que sí puede suponer la infracción de esta cadena de puede decir que otra cosa son los supuestos de grave alteración, contaminación, destrucción o pérdida de las muestras, efectos o instrumentos utilizados en la acción criminal, o incluso cuando las irregularidades administrativas generan una incertidumbre jurídica importante sobre el lugar y personas donde han estado los elementos fácticos.

Así, como apunta esta Sala, "Sólo si las deficiencias formales despiertan serias dudas racionales, debería prescindirse de esta fuente de prueba, no por el incumplimiento de algún trámite o diligencia establecida en el protocolo de recepción de muestras y su custodia, sino por quedar cuestionada su autenticidad" - STS 129/2015, de 4 de marzo-.

También, como ya señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, 541/2018 de 8 Nov. 2018, Rec. 2579/2017:

"Por lo que se refiere a la cadena de custodia, en las SSTS 675/2015 de 10 de noviembre o 460/2016 de 27 de mayo sintetizábamos la doctrina jurisprudencial en relación a esta cuestión, y decíamos que, en palabras de la STS 1/2014 de 21 de enero, la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental. Lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis pero no a su validez (SSTS 129/2011 de 10 de Marzo, 1190/2009 de 3 de Diciembre o 607/2012 de 9 de Julio).

Recordaba la STS 725/2014 de 3 de noviembre, que la cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se



recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de dicha prueba. De acuerdo con la STS 587/2014 de 18 de julio, la cadena de custodia no es prueba en sí misma, sino que sirve de garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba pericial. Su infracción afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso. En palabras de la STS 195/2014 de 3 de marzo, no es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad (en el mismo sentido STS 320/2015 de 27 de mayo o STS 388/2015 de 18 de junio).

Para examinar adecuadamente si se ha producido una ruptura relevante de la cadena de custodia no es suficiente con el planteamiento de dudas de carácter genérico, es necesario que la parte que la cuestione precise en qué momentos, a causa de qué actuaciones y en qué medida se ha producido tal interrupción". Por ello, no basta un mero alegato de que no se pudo ver lo que ocurrió y la documentación, ya que se recoge por el Tribunal lo antes transcrito sin que al Tribunal de instancia, ni al TSJ le ofrezcan dudas de la exquisita conexidad de lo aprehendido con el vehículo donde ésta se verifica, aspecto sobre lo que no hay duda alguna y su relación con la víctima, con lo que se cierra en este ámbito el círculo de la prueba.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del Derecho a la proceso con sin dilaciones indebidas, artículo 24.2 de la Constitución Española, en relación con los artículos 21.6^a y 7^a del Código Penal.

Se reitera la solicitud de la atenuante de dilaciones indebidas por entender excesivo el tiempo de tramitación de la causa.

Sobre esta atenuante que ya fue rechazada por el Tribunal de instancia se recoge que:

"En el presente caso, apreciando de manera conjunta el tiempo global que ha tardado en enjuiciarse la causa y las circunstancias concurrentes, no puede hablarse de dilaciones desmesuradas que justifiquen una causa de atenuación. Se incoan las actuaciones el 12 de abril de 2016 y se dicta Auto de conclusión del sumario un año después, el 5 de abril de 2017. Es cierto que, tras la remisión de los autos a la Audiencia Provincial se revoca dos veces dicho Auto para la práctica de diligencias interesadas, celebrándose finalmente el juicio oral el pasado 13 de diciembre de 2018, tras una primera suspensión del señalamiento, al renunciar el acusado a su defensa letrada en el momento de celebración del juicio, de tal forma que apreciando de manera conjunta el tiempo global que ha tardado en enjuiciarse la causa y las circunstancias concurrentes, no puede hablarse de dilaciones desmesuradas que justifiquen una causa de atenuación".

Con estos datos no puede en modo alguno aplicarse atenuante alguna por el transcurso del tiempo.

El TSJ también la rechazó señalando que:

"En el presente caso, la aplicación de la atenuante no tiene cabida, por cuanto la misma precisa la confluencia de dos aspectos valorativos: la duración en sí misma del proceso y la causa de las eventuales dilaciones.

Respecto a este último elemento, debe indicarse que de existir alguna demora, ésta se debió fundamentalmente, a la renuncia, en el día del juicio, efectuada por el apelante, a su dirección letrada, por lo que cabe aplicarle el aforismo clásico latino "eum sequii debent conmoda, quem sequuntur inconmoda" o la más moderna expresión según la cual un sujeto no puede reclamar un beneficio como compensación, por un perjuicio causado exclusivamente por el mismo sujeto.

... Pero es que, además, no hay plazo excesivo en la tramitación del proceso penal, pues, desglosándolo en dos fases cabe indicar que la duración de dos años y medio entre la incoación de un procedimiento por unos delitos tan graves cometidos en abril de 2016 y las especificidades procesales del procedimiento sumario y la celebración del juicio (prevista para octubre de 2018) resulta más que razonable habida cuenta de la ardua labor investigadora realizada.

La fecha entre la celebración del juicio y el dictado de la sentencia merece el reconocimiento del esfuerzo del Tribunal por redactar una resolución tan razonada que la apelante ni siquiera se ha atrevido a denunciar como defecto (la eventual falta de motivación de la Sentencia) entre las tantas infracciones de derechos constitucionales invocadas en el presente recurso".

En modo alguno puede admitirse la atenuante con las alegaciones expuestas y la duración del procedimiento, o porque se haya revocado el auto de conclusión del sumario. En modo alguno puede estimarse con las fechas indicadas entre la incoación y la celebración del juicio.

Esta Sala del Tribunal Supremo tiene declarado al respecto (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 16 de abril de 2010, rec. 1693/2009) que dos son los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante de creación jurisprudencial:

a) La existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable",

b) y la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Carta Magna en su art. 24.2.

En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento rápido, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales.

Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.

En consecuencia, como apunta el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de febrero de 2006, los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes:

a) La naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas;

b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo;

c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso;

d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante, y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, y

e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso, y consideración de los medios disponibles.

Y en este caso, es importante destacar que, como dice la STS de 1 de julio de 2009, debe constatar una efectiva lesión, bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (STS 3 de febrero de 2009).

Además, en la doctrina jurisprudencial siempre se ha tenido en cuenta la complejidad de la causa, y que las paralizaciones no sean atribuibles al propio inculpado.

Pues bien, debemos destacar en este punto que, como apunta la mejor doctrina, quizá, la definición más aproximada del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y más acorde con la práctica actual del Tribunal Constitucional en el reconocimiento de este derecho, se encuentra en la STC 223/1988, de 24 de noviembre (F.J 3), que luego ha sido cita inexcusable de la jurisprudencia posterior hasta nuestros días, en la que se señala: "la frase sin dilaciones indebidas empleada por el art. 24.2 de la Constitución expresa un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades". De acuerdo con estos criterios, la solución del supuesto debatido depende del resultado que se obtenga de la aplicación de los mismos a las circunstancias en él concurrentes.

Ciertamente, la definición no carece de rigor, aun cuando, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el art. 24.2 CE no impedía que el Tribunal Constitucional hubiera dotado de un contenido más exigente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que el reconocido por el Tribunal Europeo al derecho establecido en el art. 6.1 del Convenio. Sin embargo no ha sido así. El art. 24.2 CE no se identifica en nuestra jurisprudencia con el simple retraso de los plazos que, para la realización de actos del proceso, o para el conjunto de los que integran una instancia, puedan estar establecidos en las reglas que organizan el proceso.

El art. 24.2 CE tampoco ha constitucionalizado, según el Tribunal, el derecho a los plazos procesales, sino que ha configurado como un derecho fundamental el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable. Por dilación indebida no se está diciendo, por tanto, cosa distinta de lo que dice el art. 6.1 del Convenio Europeo.

Cuestión distinta es determinar, precisamente, *la duración de ese plazo razonable*. A ello se dirigen los trabajos de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), creada por el Consejo de Europa en 2002, y cuyos trabajos pueden servir de pauta para alcanzar dicho objetivo.



Y es, precisamente, este "plazo razonable" el que marca la pauta de la respuesta al tema que ahora se suscita y que, lejos de cuestiones de retroactividad, siempre se ha aplicado en tanto en cuanto se debe analizar el comparativo entre "duración del proceso" y "tipo de proceso", a fin de llevar a cabo la respuesta sobre si es merecedor el acusado de obtener una rebaja penal por la duración del proceso y su repercusión de estigmatización. Pero cierto y verdad es que es difícil, a priori, fijar para cada caso la duración media normalizada, aunque la doctrina jurisprudencial ha ido fijando unos plazos medios, pero que en cada caso, no lo olvidemos, se aplican a ese supuesto concreto, de ahí que lo que hace cuando se fijan plazos de duración y aplicación de esta atenuante como simple o muy cualificada es que "en ese caso concreto", "y no en otro" se aplicó en atención a las consideraciones de la casuística de ese procedimiento, por lo que lejos de maximizar sobre plazos deberá ser siempre el procedimiento y sus características y circunstancias el que marque si existe el "merecimiento" de la atenuación penal.

Por ello, vistas las alegaciones al respecto del Tribunal de instancia y del TSJ, el motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. Vulneración del Derecho a la presunción de Inocencia, artículo 24.2 de la Constitución Española.

En este motivo se cuestiona la existencia de prueba de cargo para su condena. En concreto, indica que "no existe prueba de cargo de que el acusado perpetrara el robo y que no ha existido prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia del acusado y que más que indicios han sido sospechas que en modo alguno pueden alcanzar una convicción incriminatoria, y es que se ha ido creando una verdad artificial y que nada tiene que ver con la realidad de los hechos, se han procurado consignar toda clase de datos negativos, y dejando de lado todos aquellos datos que han podido favorecer al acusado y con los que efectivamente se demuestra su inocencia".

Cuestiona, con ello, el recurrente cada uno de los indicios admitidos por el Tribunal.

Sin embargo, la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal se recoge en cuanto a que según el Tribunal de instancia en una pluralidad de indicios concurrentes y que se relacionan en los siguientes:

"Hemos de comenzar por señalar:

1.- Grabación de las Cámaras de la joyería:

En primer lugar, la grabación de las cámaras de seguridad de la joyería Gold Kraemer, donde tienen lugar los hechos, cuyo visionado se llevó a cabo en el Plenario, en presencia de las partes, y en la que se pudo comprobar por la Sala, cómo un individuo alto y de complexión muy fuerte, accede al interior de la joyería y golpea con violencia a la persona que se encontraba en su interior, mientras va apropiándose de las joyas que se encuentran en los diferentes expositores.

No se limita a agredirlo en una ocasión, sino que, una vez el perjudicado se encuentra en el suelo, víctima de una violenta agresión inicial, le golpea con fuerza cada vez que pasa a su lado, produciendo las graves lesiones que constan en los informes médicos que posteriormente valoraremos.

a.- Rasgos del autor: Obviamente, no permite dicha grabación identificar al acusado, ya que se trataría, en este caso, de prueba directa con la que, como hemos dicho, no se cuenta, pero sí permite apreciar una serie de datos que sí pueden ser valorados, con el resto de elementos obrantes en la causa, para su identificación, como son la circunstancia de ser el mismo alto y fuerte, la camisa que viste, de manga larga, y la circunstancia de usar durante el atraco una máscara de látex y unas gafas para evitar ser identificado, tal y como se aprecia en la grabación y en las ampliaciones de la imagen que se llevan a cabo en el atestado, concretamente al folio 80 de la causa.

Sentado lo anterior, ninguna duda existe de la realidad del robo y de la violenta agresión de la que fue objeto el Sr. Simón, si bien su declaración sobre el particular no fue muy extensa, al no recordar nada de lo ocurrido, explicando que solo recordaba que era de noche, la hora en la que solía cerrar el negocio y que su familia le había explicado que había estado en el hospital.

b.- Testifical hijo víctima:

Sí resultó más extensa y reveladora la declaración de su hijo D. Adriano, quien explicó que esa noche su padre no llegaba y no había llamado, no le cogía el teléfono y salió a buscarlo.

Cuando llegó, comprobó que la puerta estaba cerrada y al asomarse pudo ver mucha sangre en el suelo y a su padre maniatado, con las manos en la espalda, con la cara golpeada y con moratones, y comprobó que habían vaciado los escaparates.

c.- Testifical de agentes:



Declararon también en el Plenario los Agentes que acudieron tras su llamada, concretamente, el Agente con n.º NUM006 , quien manifestó que fue comisionado esa noche para acudir a la joyería Gold Kraemer por la emisora, y que al llegar comprobó que estaba su hijo y al padre pudo verlo a través del cristal, tirado en el suelo, dándole el hijo permiso para tirar la puerta. Comprobó que tenía las manos maniatadas a la espalda con una brida y mucha sangre, encontrándose inconsciente, con los ojos abiertos y sangrando, con cortes, comprobando el testigo que había escaparates vacíos y manifestándole el hijo que faltaban joyas, manifestando desconocer si en esos escaparates había joyas antes de los hechos, pero señalando que alguna vez había acudido a la joyería y los escaparates estaban llenos y ese día estaban vacíos. En similar sentido declaró el Agente con n.º NUM007 , quien manifestó que el perjudicado estaba meado el pantalón, hinchado y golpeado.

Declaró igualmente el Agente con n.º NUM008 , quien manifestó también haber acudido a la joyería Gold Kraemer, encontrándose de servicio, al haber llamado un joven porque decía que su padre era diabético y no había vuelto a casa, que cuando llegaron tiraron la puerta y vieron al dueño maniatado, con las manos atrás, y amordazado, y la joyería desordenada. Añadió que el dueño estaba muy desconcertado, no sabía dónde estaba y daba la impresión de haber recibido una brutal paliza, apreciando que el local estaba muy desordenado.

2.- Grabación de cámaras de otros comercios:

En segundo lugar, se desprende de lo actuado y, en concreto, de las grabaciones de las cámaras de seguridad de los comercios situados en las inmediaciones de la joyería que una misma mujer acude al Centro Comercial, en los días previos a los hechos, que tienen lugar el 7 de abril, y se mantiene en las inmediaciones de la joyería.

Concretamente, de la cámara de seguridad del Cajero del Banco Santander se desprende que los días 30 y 31 de marzo y 4, 5 y 7 de abril, dicha mujer se mantiene en las inmediaciones, resultando que siempre acude en horario similar, entre las 22 y las 22:30 horas, que coincide con el horario de cierre de la joyería y con la hora en la que finalmente suceden los hechos. Pero es que además, del visionado de las cámaras de seguridad de los establecimientos comerciales cercanos, al día de los hechos, se puede observar que el vehículo de la acusada, Renault Megane de color gris, circula una y otra vez por la Avenida de Francia, vehículo que también se observa en los días anteriores. No negó la acusada su presencia en dicho Centro Comercial, resulta en efecto identificada en el fotograma obrante al folio 76, si bien manifestó que los días 30 y 31 de marzo y 4, 5 y 6 de abril había estado en ese y en otros centros comerciales buscando un local para una peluquería, si bien finalmente no había llegado a hablar con ninguno de los dueños de los referidos locales.

3.- Hallazgo en el vehículo de Otilia de sangres de la víctima.

En tercer lugar, además de resultar ubicada la acusada y su vehículo en el lugar de los hechos, resulta acreditado, con la prueba practicada, que en el referido vehículo se halló sangre del perjudicado, D. Simón , tal y como se desprende del acta de entrada y registro, en la que se incauta el vehículo en cuestión, de la diligencia de inspección ocular y, finalmente del análisis de ADN, diligencias todas ellas que fueron ratificadas por sus autores en el plenario.

En primer lugar, y como ya hemos analizado en el fundamento que antecede, acordada la entrada y registro en el domicilio de los acusados, se incautó el vehículo Renault Megane, matrícula LWB , obrando en autos el informe pericial de inspección ocular, ratificado en el plenario por sus autores, Agentes con n.º NUM004 y NUM005 , informe en el que se detalla cómo, tras proceder a una primera inspección ocular con luz natural, con la finalidad de evidenciar posibles vestigios de índole biológica da ésta resultado negativo pero posteriormente, tras la aplicación de los reactivos químicos Luminol y Test de Adler, resultaron positivos, recogándose vestigios para su remisión al Laboratorio de Biología-ADN de la Comisaría General de Policía Científica, donde, tras efectuar los correspondientes análisis, se llegó a la siguiente conclusión en relación al vestigio número 3, hallado en la moqueta del suelo del vehículo, debajo del cinturón de seguridad derecho; "En los restos biológicos de la muestra dubitada, recogida en el vehículo Renault Megane LWB : hisopo moqueta suelo derecho: Se ha obtenido un perfil genético, perteneciente a un varón, que coincide con el perfil genético obtenido en la muestra indubitada de la víctima Simón ".

Dicho informe, obrante a los folios 1431 y siguientes, tras ser ratificado por un segundo perito, fue igualmente ratificado por sus autoras en el Plenario, tanto por la Inspectora de Policía n.º NUM009 como por la Titulada Superior en Actividades Técnicas y Profesionales con carné profesional n.º NUM010 . Informaron que llegaron a la conclusión de que dicha muestra dubitada coincidía con la muestra indubitada de la víctima, desarrollando, en cuanto a dicha coincidencia que ello significa que es ocho trillones de veces más probable que el perfil genético obtenido en las muestras referidas presente los alelos descritos si procede de la víctima que si procede de cualquier otra persona cualquiera de la población española escogida al azar y no relacionada genéticamente.

4.- Adquisición de Otilia de máscara de latex usada por el recurrente.



En cuarto lugar, también como indicio que debe ser valorado por la Sala, debemos referirnos a la circunstancia de constar que la acusada adquirió, el 19 de febrero de 2016, una máscara de latex a través de una página web de la empresa Greiland Films, con sede en la República Checa, obrando al folio 78 de la causa la factura de compra. Admitió la acusada dicha compra, si bien explicó que dicha máscara la quería para carnavales, y que la usó en dichas fiestas y luego la tiró, coincidiendo, en cualquier caso, el tipo de máscara, con la que se observa que lleva el autor de los hechos, tal y como se detalla en el atestado, al buscar en la página web de la empresa la máscara adquirida, Alexander Big.

5.- Objetos incautados en el domicilio de los acusados coincidente con los usados en el robo.

Como quinto indicio debemos hacer referencia a los objetos incautados en el domicilio de los acusados, alguno de ellos relacionado con la indumentaria que vestía el autor de los hechos y otros con los efectos sustraídos de la joyería.

Así, en primer lugar se aprehende en el interior del domicilio, tal y como se refleja en el acta de entrada y registro, tanto una camisa de cuadros como tres gafas de color negro Real 3D, coincidiendo ambas con la indumentaria del autor de los hechos, tal y como se ha podido apreciar en el visionado de la grabación de las cámaras de seguridad y, con más detalle, en los fotogramas extraídos en el atestado, obrante a los folios 232 y 233 de la causa.

Se halló, además, en el interior del domicilio, una tablet en la que figura la fotografía del reloj Rolex, propiedad de D. Simón, que le fue sustraído el día de los hechos, explicando al respecto los acusados que hacía poco que tenían la tablet, que se la había vendido Pedro y que desconocían la procedencia de la foto. Finalmente, se incautó en el domicilio una cadena de oro de la empresa italiana OMS cuya sustracción fue denunciada tras el atraco y así la identificaron tanto el hijo de D. Simón como la empleada de la joyería, Da Luisa, (folio 343) manifestando ambos que se trata de una marca italiana, que se comercia en exclusiva en la isla por la Joyería Golden Kraemer.

6.- Ingresos importantes realizados en el banco por el recurrente.

También como indicio hemos de señalar los importantes ingresos efectuados por el acusado en el Banco en los días posteriores a los hechos. Obra a los folios 350 y siguientes el extracto de la cuenta corriente titularidad de Jeronimo, en la que, en efecto, se observan numerosos ingresos en efectivo que efectúa el acusado, tras los hechos, por elevadas cantidades, cuya procedencia no resulta en modo alguno acreditada. Así, se ingresan 950 euros el 4 de mayo, al día siguiente la misma suma, de 950 euros, y las mismas cantidades los días 10, 11 y 12 de mayo.

El día 13 de mayo consta un nuevo ingreso de 910 euros. Y nuevos ingresos los días 16, 17, 18 y 19 de mayo por valor de 900, 950, 900 y 250 euros, respectivamente. Ofrecieron los acusados sobre el particular una explicación sumamente vaga al señalar que eran cantidades que les había prestado un amigo porque tenía que arreglar unos papeles y acreditar unos medios de vida, aportando como dato únicamente que el amigo se llamaba Noemi.

7.- Venta de joyas por Otilia de las que fueron objeto del robo.

Finalmente, consta igualmente acreditado que la acusada, Da Otilia vendió joyas, el 9 de mayo de 2016, en un establecimiento de la calle Juan Rejón, concretamente dos cadenas, (folio 369), y si bien mantuvo en el Plenario que eran de su propiedad, concretamente regalos de antiguos novios, no acreditó dicho extremo en forma alguna, sin embargo, lo cierto es que tanto el Lote 102, a su nombre, vendido en el establecimiento compraventa de oro denominado Esther Liria Naranjo Ortega, como el Lote 121, una cadena y una pulsera vendidas en el establecimiento comercial Alperfan Joyerías S.L. son identificados por D. Adriano, al folio 319 de la causa, sin ningún género de dudas, como parte de la mercancía sustraída de la joyería, dándose la circunstancia, ya apuntada con anterioridad, de tratarse de dos cadenas y una pulsera de la marca OMS, comercializada en exclusiva por la joyería Gold Kraemer, constando en el listado de objetos sustraídos un total de 60 cadenas de oro y 38 pulseras de oro.

8.- Conclusión del Tribunal acerca de los indicios y existencia de prueba suficiente para la condena.

Frente a los indicios ya analizados, los acusados negaron su participación en los hechos, ofreciendo las explicaciones que ya se han ido exponiendo, en relación a la presencia en el lugar de los hechos de la acusada, los objetos intervenidos en su domicilio, el ingreso de importantes cantidades en efectivo por el acusado o la venta de joyas llevada a cabo por la acusada y que ha resultado acreditada.

a.- Son dichos indicios, valorados conjuntamente, los que llevan a la Sala a la firme conclusión de que fueron los acusados los autores de los hechos que se declaran probados y por los que han venido siendo acusados.



b.- Son datos claros, que los sitúan en el lugar de los hechos.

c.- Dichos indicios sitúan, en primer lugar, a la acusada Da Otilia , en las inmediaciones de la joyería, en las horas de cierre, coincidiendo así con la hora en la que tenían planeado llevar a cabo el asalto, en los días previos a los hechos, sin que hayan resultado mínimamente corroboradas sus alegaciones, en cuanto a su intención de arrendar un local en el Centro Comercial, pudiendo apreciar no solo su presencia sino también la de su vehículo, estacionado en las inmediaciones del Centro Comercial en dichas fechas, resultando además que ésta adquiere una máscara de látex idéntica a la utilizada en el robo, sin tampoco acreditar en forma alguna que usó la misma en Carnavales, como ha venido manteniendo, y resultando igualmente acreditado que después del robo procedió a la venta de varias joyas procedentes del mismo, habiendo sido éstas perfectamente identificadas por el hijo del perjudicado y por empleadas de la joya, limitándose la acusada a mantener que se trató de regalos de antiguos novios, sin practicarse tampoco prueba alguna al respecto.

d.- Es evidente que dichos indicios son suficientes para entender acreditada su participación en los hechos, resultando igualmente probada, en atención a los indicios ya analizados, la participación del acusado D. Jeronimo , como autor material del robo y de la brutal paliza a la que fue sometido el dueño de la joyería.

e.- En primer lugar, y situada la acusada y su vehículo en el lugar de los hechos, se da la circunstancia de contar con imágenes del autor de los hechos, tanto en el interior como en el exterior de la joyería, resultando las características físicas coincidentes con las del acusado, marido de la acusada, una persona alta y de complexión muy fuerte.

f.- Resulta además que en el vehículo propiedad de Da Otilia viajó el autor de los hechos, toda vez que, como ya se ha analizado, se halló sangre del perjudicado en la moqueta del vehículo, en el lado derecho, sin que se haya podido ofrecer explicación alguna por los acusados sobre dicho particular. Además, acordada la entrada y registro en la vivienda de los acusados, se encuentra tanto una camisa como unas gafas idénticas a las utilizadas en la comisión de los hechos, además de más material como, resultando también halladas joyas procedentes del robo y resultando finalmente relevante los elevados ingresos en efectivo que el acusado lleva a cabo en el Banco, en fechas posteriores a los hechos, sin acreditar tampoco, de forma mínimamente creíble, la procedencia de dichas sumas.

g.- Por otro lado, la circunstancia de que no aparecieran restos de ADN de la víctima en la referida camisa no se considera relevante, de las imágenes no se desprende que la sangre salpicara al acusado, sino que, probablemente, éste la pisó y como consecuencia de ello fue hallada sangre de la víctima en la moqueta del vehículo de su esposa, quien, como también se desprende de las grabaciones, también estaba en el Centro Comercial, la noche de los hechos, el 7 de abril de 2016".

Frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y ha valorado la declaración exculpatoria del recurrente.

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

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

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque



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

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

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

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

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

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

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria –art. 9-3º–, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

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

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



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

El Tribunal ha expuesto con detalle, como se ha referenciado, la existencia de prueba indiciaria concurrente, y al respecto hemos señalado que dado que el Tribunal ha condenado por prueba indiciaria es preciso destacar las características de esta prueba que se nutre de la concatenación y unión de indicios que por sí solos no servirían para condenar, pero sí la suma de ellos y que llevan al Tribunal a la convicción de la autoría.

Y ello se admite por esta Sala, porque somos conscientes de que en muchos supuestos no existe prueba directa, pero sí una realidad de la suma de varios indicios que determinan que la única forma de entender el hecho es por la autoría del acusado, cuya presunción de inocencia queda enervada, no por una o varias pruebas directas, sino por varios indicios con entidad y peso suficiente como para concluir la convicción de la autoría.

La doctrina científica ha venido definiendo la prueba indiciaria o circunstancial "como la que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos, indicios, que no son los constitutivos de delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar".

Se ha expuesto, también, por la doctrina que la prueba indiciaria es la suma enlazada y no desvirtuada de una serie de datos; datos base, que a través de ellos, permiten al Juez arribar al hecho consecuencia por medio de un explícito juicio de inferencia fundado en un razonamiento lógico-inductivo en el que la solidez de los indicios avalan la solidez de la conclusión, siempre en los términos propios de la certeza judicial y que se puede concretar en la fórmula sacramental que emplea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; "*certeza más allá de toda duda razonable*".

Así, la estructura de la prueba de indicios requiere, al menos dos elementos fundamentales:

- a.- La exigencia de un hecho o indicio base, que debe estar plenamente acreditado y
- b.- El juicio deductivo o de inferencia, donde el órgano jurisdiccional, a partir del hecho o indicio base, extrae la consecuencia de la realización del hecho punible por parte del acusado, al quedar convencido, a través de un discurso lógico y racional, de su culpabilidad.

Pues bien, la admisión de la prueba indiciaria se remonta a las Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 174/1985, de 17 de diciembre de 1985, así como la núm. 175/1985, también de 17 de diciembre de 1985, que definen claramente la teoría de la prueba indiciaria.

La primera de las citadas 174/1985, de 17 de diciembre de 1985 señala que:

"Para trazar la distinción entre uno y otro supuesto, es decir, entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y la presencia de simples sospechas, conviene recordar los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión.

Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades.

De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos.

En este caso, el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente. A la luz de estos mismos criterios hay que examinar la versión que de los hechos ofrezca el inculpado. Ciertamente, éste no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente".

La **STC 175/1985** lo admite también señalando que:

"En este caso surge la cuestión de determinar si el órgano judicial debe razonar su actividad deductiva, cuestión a la que ha de darse una respuesta afirmativa, teniendo en cuenta que la CE -como ha señalado reiteradamente



el Tribunal- constituye un todo en el que cada precepto adquiere un verdadero valor y sentido en función de los demás.

En efecto, debe señalarse, de una parte, que el art. 120.3 CE establece que las Sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento en virtud del cual el órgano judicial, partiendo de los indicios probados, llega a la conclusión de que el procesado ha realizado la conducta tipificada como delito - art. 25.1 CE- no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la Sentencia, y de otra, que ello es también una exigencia del art. 24.1 CE, pues de otro modo ni la subsunción estaría fundada en Derecho, como exige tal precepto, según muy reiteradas declaraciones del Tribunal, ni habría manera de que el TC determinase si el proceso deductivo es arbitrario irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo, por lo que debe afirmarse que tal derecho exige también la motivación indicada. En definitiva, en la operación deductiva deberán señalarse, en primer lugar, cuáles son los indicios probados, y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios".

En ese proceso mental que se va a exigir al juzgador o Tribunal en el examen de los indicios la doctrina recuerda que, normalmente, los Juzgadores o Tribunales van a encontrarse con una afirmación base o indicio: se ha cometido un delito, sea del tipo que sea; y van a encontrarse con una afirmación consecuencia: es autor del delito un ciudadano.

Pero entre la comisión del delito y la autoría del ciudadano no va a bastar con que el Juzgador o Tribunal tenga la certeza íntima, subjetiva y personal, sino que a va ser absolutamente indispensable que se haga una apreciación lógica de la prueba practicada en el plenario, y posteriormente que de esta apreciación "en conciencia" que exige el art. 741 LECR se pueda ofrecer una explicación lógica y racional a la hora de motivar la Sentencia condenatoria, que haya fundamentado la aplicación de la denominada teoría de la prueba de indicios.

Además, se añade un elemento que es fundamental en el análisis y ponderación de esta prueba de indicios, ya que cuando el Tribunal "los suma" en su proceso final tras el juicio se llega a hablar de una, denominada, "certeza subjetiva", que lleva a la "convicción judicial", y ésta dimana de un pensamiento lógico y racional, es decir, que no sea ni absurdo, ni caprichoso, ni en definitiva un pensamiento construido por el Juzgador Sentenciador, basado en su propio capricho, o en su propia convicción moral.

El juzgador o Tribunal no puede llegar a esa convicción de autoría "porque sí", o porque lo observa o detecta como la "única explicación posible". La autoría que determina una condena no es "la mejor explicación posible a lo ocurrido". Esto no es motivación. Que sea lógico no determina la condena, sino que la suma de los indicios que se citan permite al Tribunal que, de una forma razonada y explicativa, fijar que los hechos se produjeron de esa manera y no de cualquier otra, porque si hubiera dudas no se podría condenar. No es una sentencia de "sospechas", sino de convicciones respecto a que la suma de indicios determinan y llevan al Tribunal a concluir con seguridad que el delito lo cometió el acusado.

En consecuencia, la prueba indiciaria que aquí se recoge para sustentar la condena ha sido y es utilizada como prueba en el proceso penal en multitud de casos en los que no existe prueba directa y es preciso acudir al enlace preciso y directo que proporcionan sucesivos indicios que debidamente concatenados dan lugar a la existencia de una prueba tenida como "de cargo" por el Tribunal y que es admitida para enervar la presunción de inocencia.

Así, los aforismos *plus valet quod in veritate est quam quod in opinione* o *probatio vincit praesumptionem*, son la mejor muestra de la preocupación histórica por fijar garantías adicionales que disminuyan el riesgo inherente a la proclamación de unos hechos probados a partir de una mera articulación lógica de indicios" (STS 947/2007, de 12 de noviembre).

Así, apunta la doctrina que para que la tesis acusatoria pueda prosperar, consiguiéndose la enervación de la presunción de inocencia, se la debe exigir una "probabilidad prevaleciente" con respecto a aquellas otras hipótesis explicativas de los mismos indicios, entre las que se puede contar la tesis fáctica de descargo.

En cualquier caso, podemos decir que más que una prueba estaríamos en presencia de un sistema o mecanismo intelectual para la fijación de los hechos, ciertamente relacionado con la prueba, pero que no se configura propiamente como un verdadero medio de prueba" (SSTS 947/2007, de 12 de noviembre, y n.º 456/2008, de 8 de julio).

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

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



"La prueba indiciaria supone un proceso intelectual complejo que reconstruye un hecho concreto a partir de una recolección de indicios.

Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos. Y como quiera que cuando se pone en marcha la cadena lógica, nos adentramos en el terreno de las incertidumbres, la necesidad de un plus argumentativo se justifica por sí sola. El juicio histórico y la fundamentación jurídica han de expresar, con reforzada técnica narrativa, la hilazón lógica de los indicios sobre los que se construye la decisión.

El proceso deductivo ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica (cfr. SSTS 456/2008, 8 de julio y 947/2007, 12 de noviembre)".

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

"Tanto el Tribunal Constitucional (SS 174/1985 y 175/1985 de 17 Dic., 229/1988 de 1 Dic., entre otras), como esta misma Sala (TS SS 84/1995, 456/1995, 627/1995, 956/1995, 1062/1995, etc.), han declarado reiteradamente que el derecho a la presunción de "inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba de carácter indiciario, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer, al menos, dos exigencias básicas:

- 1.º) los hechos base o indicios deben estar plenamente acreditados, no pudiendo tratarse de meras sospechas;
- 2.º) el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado. En estos casos el control casacional incluye tanto la constatación de que ha mediado una actividad probatoria válida como el examen del razonamiento que sirve de fundamento a la convicción judicial para constatar que responde a las reglas de la lógica y del criterio humano.

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

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

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

1.º) Desde el punto de vista formal:

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

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

En cuanto a los indicios es necesario:

- a) que estén plenamente acreditados;
- b) que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa;



- c) que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; y
- d) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí (SS 515/1996, de 12 Jul., o 1026/1996 de 16 Dic., entre otras muchas).

Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (art. 1253 del CC) (SS 1051/1995 de 18 Oct., 1/1996 de 19 Ene., 507/1996 de 13 Jul., etc.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

De lo expuesto podemos concluir y relacionar los siguientes principios o reglas que es preciso tener en cuenta para admitir que los indicios concurrentes y relacionados por el Tribunal son suficientes para dictar sentencia condenatoria.

1.- No pueden confundirse los indicios con las sospechas. Para enervar la presunción de inocencia debemos contar con indicios probados y no con meras "probabilidades" de que el hecho haya ocurrido como señala la acusación. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades.

2.- El Juez o Tribunal no puede ni debe fundamentar el fallo de la Sentencia en su simple y puro convencimiento subjetivo. No se trata de que el juez, Tribunal o Jurado se convenzan de que el acusado cometió el hecho, sino de que "expliquen" por qué la suma de los indicios determinan la condena, en su caso, así como la solidez y concatenación de esos indicios, y no su debilidad.

3.- La condena no puede fundarse en la creencia del Juez, Tribunal o del Jurado de que "creen" que los hechos ocurrieron como relatan, sino que "están convencidos" de que ocurrieron así, sin duda alguna, porque la suma de esos indicios "que deben explicar con detalle" es lo que les lleva a esa convicción.

4.- Se exige del Tribunal una adecuada motivación acerca de la concurrencia de los indicios y su "relevancia probatoria". Así, en la operación deductiva deberán señalarse:

a.- En primer lugar, cuáles son los indicios probados, y

b.- En segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios.

5.- Elementos y requisitos en la prueba indiciaria:

Elementos:

1) Una afirmación base o indicio. La cita o mención de cuál es el hecho.

2) Una afirmación consecuencia. La referencia en la sentencia de lo que se deduce de él.

3) Un enlace lógico y racional entre el primero y el segundo de los elementos que lleva a la condena por la suma de los indicios plurales.

Requisitos:

1) Que exista una pluralidad de indicios. No puede precisarse, de antemano y en abstracto, su número (STS de 22 de julio de 1987), y con ello se niega cualquier posibilidad de que un indicio aislado pudiera servir para construir una presunción.

2) Que esta pluralidad de indicios estén demostrados mediante prueba directa. Construir una inferencia sobre meras afirmaciones de parte sería tan peligroso como arbitrario. Se precisa objetividad.

3) Que de manera indispensable, entre el hecho demostrado o indicio y el que se trate de deducir haya un enlace preciso, concreto y directo según las reglas del criterio humano, y

4) Que el órgano judicial motive en su Sentencia el razonamiento de cómo ha llegado a la certeza del hecho presunto.

5) En el proceso deductivo se aplican las *máximas de experiencia*, que se trata de "reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos" (STS 1159/2005, de 10 de octubre).



6.- La exigencia de la motivación en la sentencia respecto a la concurrencia de indicios y su consecuencia es más fuerte y debe ser más precisa que en los casos de prueba directa, ya que ésta es clara y diáfana, pero no lo son los indicios, porque si lo fueran sería prueba directa y no indiciaria.

Es preciso que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia (STS 506/2006, de 10 de mayo).

7.- Los indicios se alimentan entre sí para configurar la condena, y ello exige un alto grado de motivación para que el acusado sepa por qué se le condena en ausencia de prueba indiciaria. Esa evocación ideal de la relación entre los hechos -indicio y *thema probandum*-, es lo que permite inferir un término a partir de la comprobación del otro. En otros términos, se trata del "*Razonamiento inductivo propio de la prueba de indicios*" (STS de 18 de enero de 1995).

8.- Si el órgano jurisdiccional no cumple con el deber constitucional de motivación es imposible tener acceso al proceso de inferencia llevado a cabo, y por consiguiente resulta imposible saber si el razonamiento es "arbitrario, absurdo o irracional".

9.- La clave de la teoría de la prueba de indicios o prueba indirecta radica en el enlace lógico y racional entre el indicio o afirmación base y la afirmación consecuencia. Si el enlace no es ni lógico ni racional, y por supuesto basado en prueba directa que acredita los indicios o afirmaciones base, no puede llegarse a la afirmación consecuencia.

10.- Cuando el Tribunal "suma" los indicios en su proceso final tras el juicio se llega a hablar de una, denominada, "certeza subjetiva", que lleva a la "convicción judicial", y ésta dimana de un pensamiento lógico y racional, es decir, que no sea ni absurdo, ni caprichoso, ni en definitiva un pensamiento construido por el Juzgador Sentenciador, basado en su propio capricho, o en su propia convicción moral.

11.- La autoría que determina una condena no es "la mejor explicación posible a lo ocurrido". Que sea lógico no determina la condena, sino que la suma de los indicios que se citan permite al Tribunal que, de una forma razonada y explicativa, fijar que los hechos se produjeron de esa manera y no de cualquier otra, porque si hubiera dudas no se podría condenar. No es una sentencia de "sospechas", sino de convicciones respecto a que la suma de indicios determinan y llevan al Tribunal a concluir con seguridad que el delito lo cometió el acusado.

12.- Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos.

13.- El proceso deductivo que debe llevar a cabo el Tribunal ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un *control de la racionalidad del hilo discursivo* mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica.

14.- La inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

15.- Los indicios deben mantener una correlación de forma tal que formen una cadena que vaya conformando el iter para llegar al proceso mental de convicción que se conforma por la suma de los datos y la prueba de cada uno de ellos.

16.- Tanto esta Sala del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional pueden y deben controlar la razonabilidad del discurso explicado por el órgano jurisdiccional que dictó la Sentencia condenatoria basada en la prueba de indicios o prueba indirecta. La puerta procesal que abre este posible control de la razonabilidad del discurso es la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Pero ello no se hace invadiendo la inmediación en la valoración de la prueba, sino por la vía del juicio de racionalidad del discurso recogido por el Tribunal.

Es perfectamente revisable, mediante recurso de casación y mediante demanda de amparo, el "convencimiento judicial". Esto no quiere decir que el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional vayan a revisar las pruebas practicadas ante el órgano sentenciador. Sin embargo, esta Sala del Tribunal Supremo sí que tiene acceso a la Sentencia dictada por el órgano sentenciador, y puede acceder a la motivación plasmada en ella, pudiendo valorar si esta motivación es lógica y racional, o si por el contrario es absurda, ilógica e irracional, y por lo tanto,



podrán pronunciarse sobre si el órgano jurisdiccional sentenciador aplicó o no aplicó correctamente la teoría de la prueba de indicios.

El criterio de revisión de esta Sala es, por consecuencia, sólo respecto a la motivación de la condena por los indicios, y si es absurda, ilógica e irracional, pero sin poder entrar en valoración de prueba y la redacción de un indicio si ello afecta a la valoración de prueba.

17.- El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse:

a.- 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),

b.- Como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa).

Si bien son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

18.- Puede hablarse, así, de *dos tipos de irracionalidad* distintos que merecen tratamiento separado.

a.- *La falta de lógica y la concurrencia de arbitrariedad o absurdo.*

Las deducciones realizadas por el juzgador de instancia no tienen que resultar arbitrarias, incoherentes, descabelladas o absurdas, sino lógicas y razonables según el buen sentido y el recto razonamiento" (STS de 8 de marzo de 1994). Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias" (STS 151/2010, de 22 de febrero). La inferencia es incoherente, absurda y descabellada cuando un indicio se pretende subsumir en una máxima de experiencia en la que no tiene cabida o cuando se emplea una máxima de experiencia que resulta manifiestamente errónea. En definitiva, cuando el hecho presunto "no fluye o se deduce naturalmente de aquellos hechos-base" (STS 19/2009, de 7 de enero).

b.- *La falta de conclusividad.*

Solo cabe estimar que la garantía de la presunción de inocencia debe tenerse por vulnerada únicamente "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (STS 631/2007, de 4 de julio).

19.- La conclusión de una inferencia presuntiva debe considerarse cerrada, fuerte y determinada. "En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaeciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante" (STS 151/2010, de 22 de febrero).

20.- Para que la tesis acusatoria pueda prosperar, consiguiéndose la enervación de la presunción de inocencia, se la debe exigir una "probabilidad prevaeciente" con respecto a aquellas otras hipótesis explicativas de los mismos indicios, entre las que se puede contar la tesis fáctica de descargo.

Estas reglas pueden admitirse en el presente caso, donde el Tribunal ha relacionado las concurrentes antes referenciadas y que se nos presentan como suficientes. Y, así, el TSJ las relaciona, a saber:

"Inútil resulta la alegación de los recurrentes referida a que no existen indicios inculpativos, pues existen, resultan contundentes, como mínimo, nueve indicios interrelacionados que sitúan a los condenados como los autores de la agresión que acaba con la vida de la víctima.

1) La máscara que portaba el asaltante, Don Jeronimo , coincide con una que fue comprada por la acusada, Doña Otilia , para cometer el atraco, evitando así mostrar su rostro y ser reconocido.

2) La complexión física del asaltante coincide con la del Sr. Jeronimo .

3) La presencia de Doña Otilia en varias ocasiones y días distintos en las inmediaciones de la joyería en evidente labores de vigilancia sin que tengan ninguna credibilidad las débiles explicaciones de por qué se encontraba allí y que dio en el plenario.

4) El hallazgo en casa de los acusados de diversas joyas sustraídas que fueron reconocidas por empleados de la joyería (incluso de alguna marca que solo ellos comercializan en la isla).



- 5) La presencia de sangre de la víctima en el vehículo de los acusados. El informe de ADN es demoledor en cuanto a las probabilidades, no existiendo duda alguna de que se trata de ADN del Sr. Simón .
- 6) La presencia de prendas idénticas a las utilizadas por el asaltante en la entrada y registro realizado en su propio domicilio.
- 7) La realización de numerosos ingresos en efectivo en los días siguientes al atraco (siempre en cantidades inferiores a 900 Euros para no levantar sospechas).
- 8) La tenencia, al momento de la entrada y registro, de materiales tales como ganzúas, inhibidores, geolocalizadores, instrucciones de apertura de caja fuerte, ...que denotan que los acusados contaban con material propiamente empleado en atracos.
- 9) Las ventas de joyas (debidamente documentado que se corresponden con las robadas en la joyería Gold Krammer) en establecimientos de "compro oro" llevadas a cabo por la Sra. Otilia .

La abrumadora probanza practicada (se repite que hay nueve elementos probatorios), e incluso aunque -eventualmente- se admitiera la ineficacia de la prueba de análisis de los vestigios de sangre encontrados en el vehículo (por defecto en la cadena de custodia de éste, si bien tal defecto sería nimio pues da igual el medio de transporte del vehículo a las dependencias policiales), quedarían ocho elementos probatorios de cargo, más que suficientes para fundamentar la condena".

Con ello, se aprecia que el TSJ examina el proceso de racionalidad de la valoración de la prueba y la exhaustividad con la que se ha expresado el Tribunal en la relación de los elementos de prueba que concurren y que se entienden como suficientes para enervar la presunción de inocencia, entendiendo que se corresponde la motivación del tribunal y las exigencias con los principios que se requieren para admitir la prueba indiciaria antes expuestos.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 139.1.4 del Código Penal.

Se alega que la calificación correcta no sería la de un delito de asesinato en grado de tentativa sino de un delito de lesiones del artículo 147. nº1º y delito de robo con violencia artículo 242 ambos del Código Penal.

Descarta con rotundidad el Tribunal la existencia de un delito de lesiones, habida cuenta la especial incidencia del recurrente en el dolo de matar perfectamente asumido con tal de conseguir su final propósito de robar los objetos que hubiera en la joyería. El relato descriptivo de los hechos probados así lo evidencia cuando se recoge que:

"... Acudió a la joyería Gold Kraemer, del Centro Comercial Cita, sita en la avenida de Francia, número 71-72, del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, e impulsado por el ánimo de enriquecerse ilícitamente, llevando puesta una máscara de látex que impedía por completo su reconocimiento, accedió al indicado local, en el interior del cual, guiado asimismo por la deliberada intención de causar el máximo daño posible en la integridad física del legítimo titular del señalado local, Simón , de complexión pequeña y que contaba con 66 años de edad en la fecha de los hechos, previendo incluso la posibilidad de acabar con su vida, a fin de lograr su ilícito objetivo, le maniató y le propinó con una violencia y agresividad exacerbada multitud de manotazos, puñetazos, patadas y rodillazos en rostro, cabeza y abdomen, tras lo cual, se apoderó de 130 anillos, 54 pares de pendientes, 38 colgantes, 13 relojes de oro, 60 cadenas de oro y 38 pulseras de oro, propiedad de la mercantil Gold Kraemer S.L., así como de un reloj, marca Rolex, modelo Datejust Presidente de oro y diamantes, de la titularidad de Simón , que éste portaba en su muñeca en el momento de los hechos, incorporando la totalidad de tales joyas a su patrimonio de modo definitivo. De acuerdo con tasación pericial, el importe de las joyas sustraídas a la mercantil referenciada ascendía a 604.236 euros, sin que el valor del reloj de Simón se haya fijado pericialmente".

Y ante ello, el proceso de subsunción de los hechos probados en la condena como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa del artículo 139.1.4º del Código Penal en concurso medial con un delito de robo con violencia lo argumenta el Tribunal de la siguiente manera:

"La voluntad de matar del acusado, en el presente caso, se infiere de manera clara y rotunda de la prueba practicada, fundamentalmente de la grabación de las cámaras de seguridad del interior de la joyería, dado que si bien el acusado rocía con spray una de las cámaras para evitar ser grabado, no se da cuenta de la existencia de otras cámaras que sí recogen lo sucedido y evidencian la violencia, absolutamente innecesaria, que el acusado dirigió al perjudicado durante la comisión del robo, apreciándose en la grabación que lo golpea varias veces, en reiteradas ocasiones, dándole puñetazos, fundamentalmente en la cabeza y en la



cara e incluso le patea, cuando se encuentra en el suelo, resultando éste con las gravísimas lesiones que se recogen en los informes médicos. Concretamente, del TAC que inicialmente se efectúa se desprende; "Un gran foco contusivo temporoparietal derecho con edema perilesional y hematoma subdural laminar asociado sin desplazamiento de línea media ni signos de herniación"; concretándose en el informe médico forense las lesiones sufridas por D. Simón, como consecuencia de la agresión; "Traumatismo craneoencefálico severo, hematoma intraparenquimatoso, hemorragia subdural aguda, fracturas de arcos costales 6 y 7 del lado derecho, heridas e mucosa bucal labio superior derecho" (folios 1343 y 1344). Explicaron las forenses en el Plenario que con dicha agresión su vida se vio comprometida, dado el alcance de la hemorragia cerebral traumática, considerando que existió un riesgo vital para el Sr. Simón, quien igualmente sufrió, como consecuencia de la brutal agresión, la fractura de los arcos costales 6 y 7, detallando como tras una agresión como la sufrida, cualquier persona puede fallecer. Así lo explicó también el hijo de D. Simón en el Plenario, quien explicó que su padre estuvo muy mal y los médicos les decían que era poco probable que viviera.

Debe señalarse, en relación al artículo 139.1.4 del Código Penal, que resulta una figura de reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015, aplicable por lo tanto al supuesto de autos, al haber sucedido los hechos en el mes de abril del año 2016.

De lo expuesto se desprende que la naturaleza de la agravación procede, precisamente, de la consideración de la vida de otra persona como un mero instrumento, de la que se puede prescindir para cometer un delito de robo, lo que supone un desprecio adicional a la vida que conlleva, con arreglo al referido precepto, la agravación de la conducta, de un homicidio a un asesinato, en este caso, claro está, en grado de tentativa.

En definitiva, son los datos objetivos ya analizados los que ponen de manifiesto un dolo directo o al menos eventual, pues necesariamente quien golpea repetidamente a una persona en la cabeza y en la cara, con puñetazos e incluso llegando a patearle, tiene la evidente intención y si no al menos, debe representarse, la inevitable posibilidad de que, con dicha acción, puede causar la muerte sin que exista por lo tanto para este Tribunal, tras la valoración de la prueba practicada, duda alguna de la intención del procesado, quien ejecutó todos los actos precisos para acabar con la vida de D. Simón, acciones cuya finalidad, en este contexto, no podía ser otra que la de acabar con su vida, pues sólo a este fin está dirigida la acción ejecutada y todo ello con la única finalidad de sustraer las joyas del establecimiento, y ello debe suponer la condena del mismo como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa".

El propio TSJ, ante el recurso de apelación formulado en este motivo lo rechaza, de igual modo, con este argumento concluyente:

"El argumento no puede sino ser desechado, debiendo recordarse, de entrada, dos elementos de peso en la calificación de los hechos: que el dolo apreciado por la Sala de instancia lo fue en la modalidad de eventual, es decir, aquella en la que el autor se presenta la posibilidad del efecto dañoso y lo asume; en palabras de la STS 9-6-05, "respecto de la tentativa de homicidio o asesinato, vale tanto el dolo directo como el eventual. La diferencia entre tentativa y consumación no se halla en el elemento subjetivo sino en el objetivo, en cuanto que para la consumación es preciso que se produzca el resultado previsto como elemento del tipo doloso correspondiente".

E, insistiendo igualmente en un aspecto fáctico relevante, debe recordarse que el apelante golpeó repetidamente a la víctima, en el suelo (pateándolo especialmente en la cabeza, zona vital) una vez que ya lo hubo maniatado, es decir, sin riesgo de reacción (remota aún sin maniatar, por lo demás, dada la diferencia de edad y especialmente de complejión física entre ambos).

La motivación de la Sentencia de instancia, en este aspecto, es tan completa y atinada que esta Sala opta por dar por reproducido el extenso razonamiento contenido en el Fundamento Jurídico III, motivación por remisión admisible constitucionalmente ex SSTCo. 146/90".

Pues bien, esta cuestión ha sido tratada ya por esta Sala del Tribunal Supremo de forma clara en la Sentencia 102/2018 de 1 Mar. 2018, Rec. 10578/2017 donde se concreta que:

"No hay incompatibilidad entre el non bis in idem y la fórmula agravatoria elegida por el legislador de 2015 en el art. 139.1.4º CP.

Varias consideraciones fundan esta conclusión:

a) De una parte, la agravación del art. 139.1.4 CP juega también cuando el otro delito no ha llegado a iniciarse. Cuando además de la finalidad, que es lo que determina la cualificación como asesinato, se comete el otro delito es necesario para abarcar el total desvalor de la conducta proceder a la doble punición. A diferencia de lo que sucede con el delito de atentado que sí queda absorbido por el art. 138, el art. 139.1. 4ª no absorbe



los delitos que puedan llegar a cometerse, y que, además, pueden ser delitos graves, menos graves y leves. No sería lógico que quedasen embebidos siempre fuese cual fuese su intensidad equiparando supuestos de gravedad muy diversa.

b) Esta constatación nos lleva a tratar de descubrir cuál es el fundamento de esa agravación. Precisamente la no diferenciación según la entidad del delito buscado o que se trata de encubrir ha permitido sostener a algún acreditado comentarista que la esencia o razón de la innovadora agravación se encuentra en que revela una intolerable banalización de la vida y del propio ser humano, convertido en mero instrumento del que puede prescindirse, para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra el delito ya cometido. Desde esa filosofía resultaría correcto asimilar todos los delitos ocultados o facilitados con la muerte sin distinguir según su gravedad: adquiere sentido no circunscribir el asesinato al propósito de cometer u ocultar un delito grave.

Si situamos ahí la razón de la agravación se cohonestan bien ésta con el castigo por separado del delito cometido. La ratio de la agravación no es la comisión de otro delito, sino la consideración del móvil que lleva a acabar con la vida de otra persona. Ese móvil determina al legislador a establecer un reproche superior, independiente de la sanción que pueda merecer ese otro delito que podría ser grave, menos grave, o leve. Siempre se penará aparte del asesinato.

Quien priva dolosamente de la vida a otro simplemente porque es obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto y casi siempre menor realiza una conducta más reprochable.

Se ha catalogado a este asesinato como "homicidio *criminis causae*". Abarcaría tres especies: a) el homicidio que se realiza "por no haber logrado el fin propuesto al intentar el (otro) delito"; b) el que se lleva a cabo "para reparar, facilitar, consumir o para asegurar" los resultados de otro delito, y c) el que se comete con el objetivo de "procurar la impunidad para sí o para otro" o con el fin de "ocultar otro delito".

No estamos ante un delito complejo, -un delito de homicidio y otro delito en conexión- como ha llegado a sugerir alguien. No. El delito fin puede no haber llegado a ser cometido operando también la agravación. Es la finalidad, que se considera especialmente abyecta, la que cualifica el asesinato.

Esta modalidad de asesinato entra en concurso de delitos, no de normas del art. 8 CP, con el delito que se favorece (en principio se tratará de un concurso medial) o que se oculta (modalidad de concurso real). El delito fin o el encubierto no quedan absorbidos por el asesinato. Han de ser penados con independencia del mismo abrazados por la correspondiente figura concursal.

La expresión "facilitar la comisión de otro delito" es más amplia que la empleada en el concurso medial del art. 77 ("medio necesario").

Parece incluir supuestos en que el asesinato se comete para preparar o asegurar la comisión de otro delito, aunque no sea estrictamente necesario o ineludible. De ese modo parece abrir la puerta a la posible existencia, junto al concurso medial como supuesto más frecuente, de un concurso real cuando la muerte no sea necesaria para facilitar el segundo delito.

Quien mata para robar incurre en el delito de asesinato del art. 139. 1.4ª. De no probarse la finalidad de robo nos hallaríamos ante un homicidio. Si, además, llega a cometer o desplegar otros actos de ejecución del robo, el asesinato irá en concurso medial con el robo -consumado o en tentativa-. Si, al margen del asesinato, no se despliegan otros actos de ejecución del robo, tan solo se castigará por asesinato, aunque sin olvidar que el hecho de dar muerte para robar al atacado ya es un acto de ejecución del robo. Pero cabe imaginar algún caso en que el robo ulterior este desligado de la agresión".

Pues bien, en este caso concreto esta sala estimó el recurso del Ministerio Fiscal para considerar al autor como responsable de un delito de asesinato de los arts. 139.1.1ª y 4ª del Código Penal en concurso medial (art. 77.3 CP) con un delito de robo con violencia de los arts. 242.1 y 2 del mismo Cuerpo Legal.

También en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 203/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10572/2017 se recoge que:

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

Y llegamos a esa conclusión aun prescindiendo del componente meramente subjetivo o intencional, analizando la unidad del hecho no en el orden teleológico individual, sino en el aspecto ontológico del ser y su causalidad



efectiva, como ha propugnado la jurisprudencia de esta Sala (entre otras STS SSTS 147/2009, 12 de febrero o 35/2012 de 1 de febrero).

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

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

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

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

La conclusión a la que llega esta Sala en estos casos es que la nueva redacción de esa modalidad agravatoria contenida en el art. 139.1.4º CP conlleva que quien mata para robar incurre en el delito de asesinato del art. 139. 1.4ª. De no probarse la finalidad de robo nos hallaríamos ante un homicidio. Si, además, llega a cometer o desplegar otros actos de ejecución del robo, el asesinato irá en concurso medial con el robo -consumado o en tentativa-. Esta es la tesis mantenida por esta Sala interpretativa de la adición incluida en el art. 139.1.4º CP en concordancia con el propio espíritu del legislador que lo prevé para supuestos como el actual en donde ante una decisión de cometer un delito de robo, y al mismo tiempo de acabar con la vida de la víctima en cualquier escenario por si se resistiera al robo, o no prestare colaboración, el legislador ha querido incluir una fórmula agravatoria que por esta misma circunstancia de la intención asumida con dolo directo o eventual de acabar con la vida de una persona cuando se vaya a cometer un delito de robo, que es el supuesto habitual en el que se quería aplicar esta fórmula agravatoria.

En consecuencia, esta cuarta circunstancia caracterizadora del asesinato ha sido introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Nos encontramos ante dos figuras que la doctrina ha denominado como "asesinato medial" (aquél que se comete para facilitar la comisión de otro delito) y "asesinato encubridor" (el cometido para evitar el descubrimiento de otros delitos). Esta modalidad del asesinato se ha catalogado también como "homicidio criminis causae".

Debe rechazarse la tesis del recurrente que aboga por rebajar los hechos a la categoría de lesiones de forma subsidiaria a los anteriores motivos, y ello no puede aceptarse, en tanto en cuanto la redacción de los hechos probados es clara en orden a aceptar la existencia de la muerte, en la medida en que se emplea con brutal agresividad y queda constatada por la pericial que se pudo haber acabado con la vida de la víctima. No se trató simplemente de un robo con violencia, sino que la agresividad desplegada por el recurrente fue de tal intensidad que se asumía conscientemente que con ese modus operandi de ataque la muerte era perfectamente asumible, pero ello no hizo cesar en su conducta al recurrente, sino que iba ya con esta idea predeterminada de emplear la mayor violencia posible con tal de conseguir su objetivo final. Con ello, la intención es de inferencia en base a la prueba practicada, ya que así se describe en los hechos probados al fijar que *guiado asimismo por la deliberada intención de causar el máximo daño posible en la integridad física del legítimo titular del señalado local, Simón, de compleción pequeña y que contaba con 66 años de edad en la fecha de los hechos, previendo incluso la posibilidad de acabar con su vida, a fin de lograr su ilícito objetivo.* Así, no solo el informe forense que evidencia la intención asumida de causar la muerte, al menos, a título de dolo eventual, sino la propia visualización de las imágenes grabadas y la contundencia empleada en la forma de ejecución del delito.

Sobre este "animus" hemos señalado, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo 287/2019 de 30 May. 2019, Rec. 10725/2018 que:

"Hemos dicho en numerosas resoluciones, que es necesario investigar, generalmente mediante prueba inferencial, a falta de una confesión de intencionalidad patente del acusado, acerca de la existencia de "animus necandi" o "animus laedendi" que presida su actuar. Para ello, la doctrina de esta Sala ha elaborado una abundante doctrina jurisprudencial, a base de elementos externos de donde deducir tal "animus".

Y en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 12/2019 de 17 Ene. 2019, Rec. 10383/2018 hemos fijado que:

"Respecto al ánimo de matar en el delito de asesinato resulta evidente que resulta lógico entender que no se puede materializar ni exigir prueba de la intención que no sea la que surge de la inferencia racional del elemento subjetivo intelectual del "animus" de una persona.



...Por ello, la determinación del ánimo homicida constituye uno de los problemas más clásicos del derecho penal, habiendo elaborado esta Sala una serie de criterios complementarios, no excluyentes para en cada caso, en un juicio individualizado riguroso, se puede estimar concurrente o por el contrario, "el animus laedendi o vulnerandi", en una labor inductiva, pues se trata de que el Tribunal pueda recrear, ex post facti, la intención que albergara el agente hacia la víctima, juicio de intenciones que por su propia naturaleza subjetiva solo puede alcanzarlo por vía indirecta, a través de una inferencia inductiva que debe estar suficientemente razonada.

En efecto, debemos recordar que en este sentido el elemento subjetivo de la voluntad del agente, substrato espiritual de la culpabilidad, ha de jugar un papel decisivo al respecto llevando a la estimación, como factor primordial, del elemento psicológico por encima del meramente fáctico, deducido naturalmente, de una serie de datos empíricos, muchos de ellos de raigambre material o física, de los que habría que descubrir el ánimo del culpable y ello a pesar de su relatividad y de advertencia de las dificultades derivadas de la circunstancia de la igualdad objetiva y equivalencia del bien jurídico vulnerado en las lesiones consumadas y el homicidio que no trascendió en su ejecución de la forma imperfecta.

Las hipótesis de disociación entre el elemento culpabilístico y el resultado objetivamente producido, dolo de matar, por un lado, y mera originación de lesiones, por otro, ha de resolverse llegando a la determinación de si realmente hubo dolo de matar, dolo definido en alguna de sus formas, aún el meramente eventual -que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad en que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido-, o la intención del individuo no fue más lejos del "animus laedendi o vulnerandi", sin representación de eventuales consecuencias letales.

El delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntad en su acción dirigida hacia la meta propuesta de acabar con la vida de una persona, dolo de matar que, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho y que según reiterada jurisprudencia (ss. 4.5.94, 29.11.95, 23.3.99, 11.11.2002, 3.10.2003, 21.11.2003, 9.2.2004, 11.3.2004), podemos señalar como criterios de inferencia:

- 1) Las relaciones que ligan al autor y la víctima, "también están las circunstancias personales de toda índole, familiares, económicas, profesionales, sentimientos y pasionales" (STS. 17.1.94).
- 2) La personalidad del agresor, "decidida personalidad del agente y el agredido" (STS. 12.3.87).
- 3) Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento.
- 4) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda, "palabras que acompañaron a la agresión (STS. 3.12.90) y del agente causante tras la perpetración de la acción criminal.
- 5) Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar, "medios e instrumentos empleados en la agresión" (STS. 21.2.87).
- 6) Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos letal, "las modalidades de ataque, el ímpetu del mismo y las regiones contra las que se dirige, no todas ellas ostentan la misma fuerza de convicción, y así la naturaleza del arma y la zona anatómica sobre la que se ejercita la acción tienen al igual que la potencialidad del resultado letal un valor de primer grado" (STS. 13.2.93).

Pero si bien la mayoría de la jurisprudencia esta circunstancia de las zonas de las heridas coinciden en considerarlo el argumento más concluyente del ánimo que mueve al agresor, "las zonas sobre las que se produce la incisión ponían en riesgo la vida de la víctima y revelaban un ímpetu homicida más allá del simple propósito de causar lesiones" (STS. 9.6.93) no son extrañas otras de signo contrario, "el hecho de que las heridas fuesen susceptibles de causar la muerte no quiere decir que nos encontramos ante un inequívoco e indiscutible "ánimo de matar" (ss. 13.6.92 y 30.11.93).

g) Insistencia y reiteración de los actos atacantes, "duración, número y violencia de los golpes" (ss. 6.11.92, 13.2.93), continuación del acometimiento hasta la propia vía pública (s. 28.3.95); pero que es matizado por la misma jurisprudencia en el sentido de poderse inferir la existencia de ánimo de matar en el caso de herida poco profunda, pero como recuerdan las ss. 14.7.88 y 30.6.94, cuando el autor realiza un comportamiento que por si mismo es idóneo para producir el resultado, no cabe sino delito de homicidio frustrado.

h) Conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desatendiéndose del alcance de sus actos, alejándose del lugar, persuadido de la gravedad y transcendencia de los mismos (s. 4.6.92).

Estos criterios que "ad exemplum" se describen no constituyen un sistema cerrado o "numerus clausus", sino que se ponderan entre sí para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se contrastan con menos elementos que puedan ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad impetuosa de sus actos".

Pero en el caso sometido a nuestra revisión casacional la concurrencia de su intención homicida aparece correctamente razonada por el Tribunal de instancia, como se ha explicitado anteriormente. Quedó clara la intención de matar aun con dolo eventual. La relación del relato de hechos es descriptiva para poder asumir esa intención de matar para conseguir el robo sea como fuera. Asumió que si debía acabar con la vida de la víctima para conseguirlo lo iba a hacer, y su respuesta agresiva expuesta en ese relato merece el reproche penal realizado por el Tribunal de instancia y validado por el TSJ.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Otilia

OCTAVO.- 1.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la ley de enjuiciamiento criminal, así como del art. 5.4 de la ley orgánica del poder judicial, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución.

Cuestiona la recurrente las pruebas indiciarias que se han reseñado anteriormente en el fundamento jurídico nº 5. Y, así, se añade en los hechos probados que:

"... La máscara de látex que llevaba el acusado durante la comisión de los hechos había resultado previamente adquirida por la pareja del acusado, la acusada Otilia, nacional española, mayor de edad, titular del DNI número NUM001 y con antecedentes penales susceptibles de cancelación; el día 12 de febrero del año 2016, en la mercantil Greyland Film. Otilia, impulsada por idéntico ánimo que el acusado, de incrementar su patrimonio de modo ilícito, y puesta de común acuerdo con aquél, además de dicha acción, también llevó a cabo labores de vigilancia y reconocimiento del lugar donde se encontraba ubicada la meritada joyería, los días: 30 y 31 de marzo del año 2016, y 4, 5, 6 e incluso el mismo día de los hechos, el 7 de abril de ese mismo año, acudiendo al lugar con el vehículo de su propiedad, Renault Megane, matrícula LWB .

Asimismo, en hora indeterminada del día 11 de abril del año 2016, la procesada Otilia, a pesar de tener pleno conocimiento del origen ilícito, acudió al establecimiento Esther Liria Naranjo Almeida, sita en la calle Sagasta, número 13, local 2, del término municipal de Las Palmas de Gran Canaria (Las Palmas) y procedió a la venta de dos de las joyas antes referenciadas por un importe de 2.240 euros. De igual manera, en hora indeterminada del día 9 de mayo del año 2016, la procesada Otilia, acudió al establecimiento El Oro, de la titularidad de la mercantil Alperfan Joyerías, S.L., y sito en la calle Juan Rejón, número 77, bajo, del término municipal de Las Palmas de Gran Canaria, y vendió una cadena y una pulsera también de las sustraídas de la joyería, a cambio de la cantidad de 1.999 euros. Todas las joyas indicadas resultaron recuperadas gracias a la labor de las fuerzas actuantes".

El Tribunal de instancia ha realizado, como antes hemos expuesto, una relación de indicios concurrentes que determinan la autoría de los recurrentes y en los que afecta a la alegada presunción de inocencia de la recurrente señalar que se recoge que:

"1.- Grabación de cámaras de otros comercios:

Se desprende de lo actuado y, en concreto, de las grabaciones de las cámaras de seguridad de los comercios situados en las inmediaciones de la joyerías que una misma mujer acude al Centro Comercial, en los días previos a los hechos, que tienen lugar el 7 de abril, y se mantiene en las inmediaciones de la joyería.

Concretamente, de la cámara de seguridad del Cajero del Banco Santander se desprende que los días 30 y 31 de marzo y 4, 5 y 7 de abril, dicha mujer se mantiene en las inmediaciones, resultando que siempre acude en horario similar, entre las 22 y las 22:30 horas, que coincide con el horario de cierre de la joyería y con la hora en la que finalmente suceden los hechos. Pero es que además, del visionado de las cámaras de seguridad de los establecimientos comerciales cercanos, al día de los hechos, se puede observar que el vehículo de la acusada, Renault Megane de color gris, circula una y otra vez por la Avenida de Francia, vehículo que también se observa en los días anteriores. No negó la acusada su presencia en dicho Centro Comercial, resulta en efecto identificada en el fotograma obrante al folio 76, si bien manifestó que los días 30 y 31 de marzo y 4, 5 y 6 de abril había estado en ese y en otros centros comerciales buscando un local para una peluquería, si bien finalmente no había llegado a hablar con ninguno de los dueños de los referidos locales.

2.- Hallazgo en el vehículo de Otilia de sangres de la víctima.



Además de resultar ubicada la acusada y su vehículo en el lugar de los hechos, resulta acreditado, con la prueba practicada, que en el referido vehículo se halló sangre del perjudicado, D. Simón , tal y como se desprende del acta de entrada y registro, en la que se incauta el vehículo en cuestión, de la diligencia de inspección ocular y, finalmente del análisis de ADN, diligencias todas ellas que fueron ratificadas por sus autores en el plenario.

...

3.- Acordada la entrada y registro en el domicilio de los acusados, se incautó el vehículo Renault Megane, matrícula LWB , obrando en autos el informe pericial de inspección ocular, ratificado en el plenario por sus autores, Agentes con n.º NUM004 y NUM005 , informe en el que se detalla cómo, tras proceder a una primera inspección ocular con luz natural, con la finalidad de evidenciar posible vestigios de índole biológica da ésta resultado negativo pero posteriormente, tras la aplicación de los reactivos químicos Luminol y Test de Adler, resultaron positivos, recogándose vestigios para su remisión al Laboratorio de Biología-ADN de la Comisaría General de Policía Científica, donde, tras efectuar los correspondientes análisis, se llegó a la siguiente conclusión en relación al vestigio número 3, hallado en la moqueta del suelo del vehículo, debajo del cinturón de seguridad derecho; "En los restos biológicos de la muestra dubitada, recogida en el vehículo Renault Megane LWB : hisopo moqueta suelo derecho: Se ha obtenido un perfil genético, perteneciente a un varón, que coincide con el perfil genético obtenido en la muestra indubitada de la víctima Simón ".

Dicho informe, obrante a los folios 1431 y siguientes, tras ser ratificado por un segundo perito, fue igualmente ratificado por sus autoras en el Plenario, tanto por la Inspectora de Policía n.º NUM009 como por la Titulada Superior en Actividades Técnicas y Profesionales con carné profesional n.º NUM010 . Informaron que llegaron a la conclusión de que dicha muestra dubitada coincidía con la muestra indubitada de la víctima, desarrollando, en cuanto a dicha coincidencia que ello significa que es ocho trillones de veces más probable que el perfil genético obtenido en las muestras referidas presente los alelos descritos si procede de la víctima que si procede de cualquier otra persona cualquiera de la población española escogida al azar y no relacionada genéticamente.

4.- Adquisición de Otilia de máscara de latex usada por el recurrente.

En cuarto lugar, también como indicio que debe ser valorado por la Sala, debemos referirnos a la circunstancia de constar que la acusada adquirió, el 19 de febrero de 2016, una máscara de latex a través de una página web de la empresa Greiland Films, con sede en la República Checa, obrando al folio 78 de la causa la factura de compra. Admitió la acusada dicha compra, si bien explicó que dicha máscara la quería para carnavales, y que la usó en dichas fiestas y luego la tiró, coincidiendo, en cualquier caso, el tipo de máscara, con la que se observa que lleva el autor de los hechos, tal y como se detalla en el atestado, al buscar en la página web de la empresa la máscara adquirida, Alexander Big.

5.- Objetos incautados en el domicilio de los acusados coincidente con los usados en el robo.

Como quinto indicio debemos hacer referencia a los objetos incautados en el domicilio de los acusados, alguno de ellos relacionado con la indumentaria que vestía el autor de los hechos y otros con los efectos sustraídos de la joyería.

Así, en primer lugar se aprehende en el interior del domicilio, tal y como se refleja en el acta de entrada y registro, tanto una camisa de cuadros como tres gafas de color negro Real 3D, coincidiendo ambas con la indumentaria del autor de los hechos, tal y como se ha podido apreciar en el visionado de la grabación de las cámaras de seguridad y, con más detalle, en los fotogramas extraídos en el atestado, obrante a los folios 232 y 233 de la causa.

Se halló, además, en el interior del domicilio, una tablet en la que figura la fotografía del reloj Rolex, propiedad de D. Simón , que le fue sustraído el día de los hechos, explicando al respecto los acusados que hacía poco que tenían la tablet, que se la había vendido Pedro y que desconocían la procedencia de la foto. Finalmente, se incautó en el domicilio una cadena de oro de la empresa italiana OMS cuya sustracción fue denunciada tras el atraco y así la identificaron tanto el hijo de D. Simón como la empleada de la joyería, Da Luisa , (folio 343) manifestando ambos que se trata de una marca italiana, que se comercia en exclusiva en la isla por la Joyería Golden Kraemer.

6.- Venta de joyas por Otilia de las que fueron objeto del robo.

Finalmente, consta igualmente acreditado que la acusada, Dª Otilia vendió joyas, el 9 de mayo de 2016, en un establecimiento de la calle Juan Rejón, concretamente dos cadenas, (folio 369), y si bien mantuvo en el Plenario que eran de su propiedad, concretamente regalos de antiguos novios, no acreditó dicho extremo en forma alguna, sin embargo, lo cierto es que tanto el Lote 102, a su nombre, vendido en el establecimiento compraventa de oro denominado Esther Liria Naranjo Ortega, como el Lote 121, una cadena y una pulsera



ventas en el establecimiento comercial Alperfan Joyerías S.L. son identificados por D. Adriano , al folio 319 de la causa, sin ningún género de dudas, como parte de la mercancía sustraída de la joyería, dándose la circunstancia, ya apuntada con anterioridad, de tratarse de dos cadenas y una pulsera de la marca OMS, comercializada en exclusiva por la joyería Gold Kraemer, constando en el listado de objetos sustraídos un total de 60 cadenas de oro y 38 pulseras de oro.

Dichos indicios sitúan, en primer lugar, a la acusada Da Otilia , en las inmediaciones de la joyería, en las horas de cierre, coincidiendo así con la hora en la que tenían planeado llevar a cabo el asalto, en los días previos a los hechos, sin que hayan resultado mínimamente corroboradas sus alegaciones, en cuanto a su intención de arrendar un local en el Centro Comercial, pudiendo apreciar no solo su presencia sino también la de su vehículo, estacionado en las inmediaciones del Centro Comercial en dichas fechas, resultando además que ésta adquiere una máscara de látex idéntica a la utilizada en el robo, sin tampoco acreditar en forma alguna que usó la misma en Carnavales, como ha venido manteniendo, y resultando igualmente acreditado que después del robo procedió a la venta de varias joyas procedentes del mismo, habiendo sido éstas perfectamente identificadas por el hijo del perjudicado y por empleadas de la joya, limitándose la acusada a mantener que se trató de regalos de antiguos novios, sin practicarse tampoco prueba alguna al respecto.

7.- Situada la acusada y su vehículo en el lugar de los hechos, se da la circunstancia de contar con imágenes del autor de los hechos, tanto en el interior como en el exterior de la joyería, resultando las características físicas coincidentes con las del acusado, marido de la acusada, una persona alta y de complexión muy fuerte.

8.- Resulta además que en el vehículo propiedad de Da Otilia viajó el autor de los hechos, toda vez que, como ya se ha analizado, se halló sangre del perjudicado en la moqueta del vehículo, en el lado derecho, sin que se haya podido ofrecer explicación alguna por los acusados sobre dicho particular. Además, acordada la entrada y registro en la vivienda de los acusados, se encuentra tanto una camisa como unas gafas idénticas a las utilizadas en la comisión de los hechos, además de más material como, resultando también halladas joyas procedentes del robo y resultando finalmente relevante los elevados ingresos en efectivo que el acusado lleva a cabo en el Banco, en fechas posteriores a los hechos, sin acreditar tampoco, de forma mínimamente creíble, la procedencia de dichas sumas.

9.- Por otro lado, la circunstancia de que no aparecieran restos de ADN de la víctima en la referida camisa no se considera relevante, de las imágenes no se desprende que la sangre salpicara al acusado, sino que, probablemente, éste la pisó y como consecuencia de ello fue hallada sangre de la víctima en la moqueta del vehículo de su esposa, quien, como también se desprende de las grabaciones, también estaba en el Centro Comercial, la noche de los hechos, el 7 de abril de 2016".

Con ello, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y ha valorado la declaración exculpatoria del recurrente.

Las alegaciones exculpatorias de la recurrente respecto a que la grabación de las cámaras detectando su presencia no es relevante porque había otros motivos por los que aparecía en las mismas, que no hay pruebas de que las joyas no fueran de su propiedad, que únicamente compró una máscara de carnavales y acudió varias veces al mismo Centro Comercial, sin que tenga que ver con lo actuado el resto de alegaciones, en tanto en cuanto la argumentación del Tribunal en torno a la concurrencia de la prueba indiciaria y su correcta correlación, pluralidad y detalle de las mismas determina la admisibilidad de su contenido valorativo que ha sido llevado a cabo por el TSJ en su sentencia validando la admisión de la prueba indiciaria en torno a la clara intervención de la recurrente en los hechos declarados probados.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 2.- Por infracción de ley.

Se denuncia la errónea consideración de la acusada como autora de un delito de robo con violencia y estimando que en todo caso la calificación solo podría alcanzar su participación como cómplice.

Sobre la consideración de autoría de la recurrente señala el Tribunal de instancia que:

"De dicho delito de robo con violencia se considera también autora a la acusada Da Otilia , excediendo su participación de la mera complicidad, considerando que la misma debe ser considerada como autora del robo.

a.- Consta su participación, tanto el día de los hechos, donde también se observa en las cámaras de seguridad del interior del Centro Comercial como accede a las 22:16 al mismo y sale a las 22:18, accediendo minutos después el acusado como en los días anteriores y posteriores a dicha comisión.



b.- También consta que fue en su vehículo se trasladó el acusado después de los hechos, lo que se infiere de los restos biológicos del perjudicado, hallados en el interior del mismo.

c.- Llevó además a cabo importantes labores de vigilancia en los días anteriores a los hechos, controlando el local a la hora del cierre de la joyería y fue ella la encargada de adquirir la máscara de látex con la que se llevó a cabo el robo.

d.- Por todo ello procede su condena como autora, no únicamente cómplice, del robo en cuestión, en cuanto que se trató de un plan común que ejecutaron entre ambos.

e.- Dicha coautoría requiere no sólo el acuerdo previo inicial o sobrevenido, compartido y asumido por los integrantes del grupo, sino también la ejecución por éstos de actos incluidos en el núcleo de la conducta típica, es decir un reparto de tareas principales en ejecución del plan común, aunque no realicen la acción material que ocasionó, en el presente caso, las lesiones de la víctima o el apoderamiento del dinero.

f.- Ninguna duda cabe de la existencia de ese acuerdo inicial para sustraer las joyas, prueba de ello es la vigilancia llevada a cabo por la acusada y, constando que la acusada no ejecutó materialmente el robo, sí habría resultado causalmente relevante la participación de la misma para la contribución al éxito del resultado delictivo".

El Tribunal consideró que la intervención de la recurrente no fue meramente accidental o accesorio, sino que fue principal. No se trató de una mera "colaboración accidental o accesorio", sino una participación que se convirtió en decisiva para la ejecución del delito, como consta en la argumentación del Tribunal y en los hechos probados en lo que afecta a la decisiva participación de la recurrente en la organización del delito, ya que sus actos de participación no tienen una presencia colaborativa de accesoriedad, sino de carácter decisivo en la ejecución del delito.

Se han descrito actos de *participación relevantes* en la ejecución comisiva, ya que organiza el acceso o entrada y cuando hacerlo pasando esa información, llevó a cabo labores de vigilancia y reconocimiento del lugar donde se encontraba ubicada la meritada joyería, adquiere la máscara de látex que llevaba el acusado durante la comisión de los hechos, procedió a la venta de dos de las joyas sustraídas, y vendió una cadena y una pulsera también de las sustraídas de la joyería.

Y es relevante el proceso de validación de la valoración de la prueba que lleva a cabo el TSJ en este punto también, al señalar que:

"En su caso, la coautoría de la apelante es clara, al contar con dominio del hecho y, como replica la acusación privada en su atinado escrito impugnatorio, su participación resultó necesaria y fundamental para que su pareja, el Sr. Jeronimo, pudiera hacerse con el botín. Constan sus labores de vigilancia (recuérdese, días antes y el mismo día del asalto). Consta grabación en la que se observa cómo el día del asalto la Sra. Otilia accede al centro comercial a las 22:16 y lo abandona a las 22:18, dos minutos después y, tras esto, aparece el Sr. Jeronimo, o sea, que se trataba de un plan orquestado en el que cada uno cumplía su cometido, cada uno igual de importante que el otro. Actuaron coordinados, conociendo en todo momento lo que el otro debía hacer y, por ende, teniendo disponibilidad sobre el acto.

En definitiva, resulta Jurisprudencia consolidada aquélla en la que el coautor lo será si ha ejercido una función esencial en la realización del delito. Será una aportación esencial y el sujeto dispondrá del dominio del hecho cuando, además de poder interrumpirlo, su función sea de tal entidad que constituya un presupuesto para el éxito del plan (que sin ese aporte fracasaría). Así la doctrina jurisprudencial diferencia la coautoría de la cooperación o participación por el carácter subordinado o no del partícipe a la acción del autor.

No cabe duda que esa "función esencial" que se exige como requisito es en este caso la vigilancia del objetivo para conocer sus rutinas. Tampoco se puede negar que la acusada "tenía dominio del hecho" y pudiendo interrumpirlo o abortarlo optó por continuar con su perpetración.

Su función fue de especial entidad, continuada, ininterrumpida y prolongada en el tiempo: desde su génesis (compra de máscara), pasando por la coordinada realización de sus labores de vigilancia, hasta su desenlace (perpetración del delito, incluso con hallazgo de sangre en su vehículo) y posterior lucro mediante la venta de joyas sustraídas ilícitamente".

Pues bien, siendo condenada la recurrente como autora hay que señalar que sobre la autoría en hechos que supongan dominio del hecho como en el presente caso hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo 241/2019 de 9 May. 2019, Rec. 10455/2018 que:

"Debemos hacernos la pregunta acerca de ¿Cómo explicar la coautoría y la extensión de responsabilidad a los participantes?



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

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

2. Elemento objetivo de la coautoría: Se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal.

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

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

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

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

a) Que son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico.

b) Que en la agresión en grupo, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el co-dominio funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima y, además, la iniciativa de cualquiera de ellos podrá determinar el cese de la agresión.

c) Que el elemento subjetivo de la coautoría, acuerdo de voluntades, puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica; es decir, en el caso de que concurren más de una persona en la ejecución del hecho, el concierto entre ellos puede surgir de manera tácita e incluso de forma adhesiva, cuando alguno suma su comportamiento a lo ya realizado por otro. En estos casos ese vínculo de solidaridad hace igualmente responsables a cada uno de los intervinientes del fin propuesto, siempre que tengan el co-dominio del acto, pudiendo decidir que se ejecute o no.

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

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

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

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

La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea



atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SS. T.S. 21/12/92 Y 28/11/97 se afirmó que "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho".

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

Sentencia T.S. 11/9/00, que con cita de la SS. TS. 14/12/98, señala que "la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del C. P. 1995 como "realización conjunta del hecho" viene a superar las objeciones



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

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

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

8.- Autoría directa en ejecución compartida.

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

9.- Diferencia de coautoría de la cooperación.

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

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

La coautoría aparece caracterizada:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12.- La imputación recíproca.



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

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

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

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

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

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

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

14.- El acuerdo es previo o simultáneo.

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

15.- La teoría de las desviaciones previsibles.

Se cita en las SSTs. 434/2008 de 20.6, 1278/2011 de 29.11, 1320/2011 de 9.12, al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que "el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya "a priori" todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales", pues el partícipe no ejecutor material del acto



homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el "iter" del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

16.- El vínculo de solidaridad.

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

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

Y sobre la complicidad que se reclama hay que considerar que el art. 28 del Código Penal determina que no solamente son autores (autor directo) quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento, sino que también serán considerados autores (indirectos):

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo, y
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Ahora bien, para diferenciar las distintas formas de participación en el delito con la autoría directa es preciso puntualizar cuál es el criterio de esta Sala en este sentido. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo 1338/2000, de 24 de julio, se declara que la participación en el hecho delictivo es preciso definirla con detalle, a saber:

a) Autoría directa (art. 28.1 CP). Se diferencia claramente de la cooperación necesaria en que es autor aquel que realiza el tipo previsto en la norma como propio.

b) Inductor [art. 28.1 a) CP]. La influencia en otras personas para que éstas lleven a cabo los actos de ejecución del delito. Se trata de una actuación subjetiva en la voluntad de otros en virtud de lo cual la ejecución se lleva a cabo por éstos pero por la decisiva intervención -esto es lo importante- del inductor.

c) Cooperador necesario [art. 28.1 b) CP]. La Jurisprudencia del TS ha señalado al respecto que "la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse, diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material, de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo", refiriéndose a las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría en sentido estricto de la cooperación, la de la conditio sine qua non, la del "dominio del hecho", o la de las "aportaciones necesarias para el resultado", resultando desde luego todas ellas complementarias.

d) Cómplices (art. 29 CP). Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. El cooperador, sea necesario o cómplice, participa en el hecho típico realizado por otro. Por lo que hace a la participación a título de cómplice, se habla de una participación de segundo grado, que implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente, fundamental y esencial que va embebida en la autoría (STS de 6 de noviembre de 1996 y las recogidas en la misma).

e) La coautoría implica la realización conjunta, entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente, no jugando con ello el principio de la accesoriedad de la participación.

La coautoría, como señala la sentencia del TS de 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000, aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo.

Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, subordinado o no, del partícipe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que



será co-dominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

Aplicando el estudio de la coautoría habrá que concluir que mediante la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, recogido por esta Sala en numerosas sentencias desde las de 12 de febrero de 1986, 8 de febrero de 1991 y 4 de octubre de 1994, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque las respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico -en el caso del homicidio el acto de matar siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho-, de suerte que sea éste, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

Teorías para diferenciar la autoría de la complicidad

Si bien es sencillo definir la autoría y la cooperación en su grado de necesidad que llevan una misma respuesta penal, no es, a veces, tan sencillo hacerlo respecto de la complicidad por el grado de participación que han tenido los cómplices.

Nótese que mientras que al autor directo y al cooperador necesario, como al inductor, se les incluye en la responsabilidad penal como autores del art. 61 CP, la pena aplicada a los cómplices en el art. 63 supone una rebaja al establecer la aplicación de la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para los autores del mismo delito.

Pues bien, tiene declarado el Tribunal Supremo que (entre otras, sentencia 123/2001, de 5 de febrero) en el examen de la participación delictiva se han señalado los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad. Son las tres teorías que se indican: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión.

Además, las sentencias del TS de 26 de febrero de 1993 y 27 de enero de 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad.

1.- En primer lugar, se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas.

De la aplicación de la teoría del dominio del hecho se sigue, como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho.

Con ello, en el cómplice no habría forma de extender la teoría del dominio del hecho, por cuanto no tendría facultad interruptiva del acontecimiento que finalmente se produce, siendo una tesis de aplicación, tan sólo, a los autores en cualquiera de las dos modalidades antes descritas de autor y cooperador necesario.

Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal que, por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito. Como señalan las resoluciones citadas, nuestra doctrina jurisprudencial viene conjugando estos criterios, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva. Sin embargo, una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho.

Diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria

Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho.

En esa decisión conjunta o común aparecen conectados los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho. Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La doctrina jurisprudencial de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Ésta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar. La teoría de la participación en sentido estricto -excluida la autoría- se materializa en dos



posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito.

Esta Sala viene declarando (cfr. sentencia de 11 de junio de 1999) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesoria o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario.

La complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias caracterizadoras de la cooperación necesaria exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de octubre de 2006).

En efecto, respecto de la complicidad, en cuanto al elemento objetivo, la jurisprudencia ha destacado frente a la cooperación necesaria que si bien es una participación periférica, accidental y no condicionante o necesaria, de carácter secundario, subalterno, o inferior (SS 17 de enero de 1995, 12 de mayo de 1998), supone, en todo caso, una ayuda relevante, útil, y operativa para la realización del delito (STS 1 de abril de 1997), dotada de eficacia objetiva (STS 30 de enero de 1995) para los planes y actos del ejecutor material (SSTS 12 de julio de 1995 y 16 de marzo de 1998) y para la obtención del resultado delictivo propuesto por los autores, aunque no prestada mediante actos ejecutivos (STS 24 de octubre de 1991).

Hechas estas precisiones, la recurrente lleva a cabo actos ya descritos en los que se determina su relevancia en la consecución del hecho final, como ha declarado probado el Tribunal y ha llevado a cabo su proceso valorativo ratificado por el TSJ.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 3.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la ley de enjuiciamiento criminal, así como del art. 5.4 de la ley orgánica del poder judicial, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

Se ha analizado la existencia de prueba suficiente en el fundamento jurídico nº 8, donde ya se ha planteado la presunción de inocencia, y al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 4.- Por error en la apreciación de la prueba.

Se plantea como motivo el error en la valoración de la prueba que solo tiene cabida por la vía del art. 849.2 LECRIM y no como se ha traído en el recurso de casación, volviendo a plantear las dudas acerca del proceso valorativo, cuando ya se ha llevado a cabo éste en primera instancia por el Tribunal, conforme se ha descrito en el fundamento jurídico nº 8, y lo ha verificado el TSJ en su sentencia, conforme ya hemos explicitado en la presente resolución, con lo que no tiene cabida acudir a una revisión valorativa en sede casacional tal y como se formula. Se ha tratado, además, de la cadena de custodia en el fundamento jurídico nº 4, con lo que no tiene cabida reevaluar los extremos que se citan en el motivo.

El motivo se desestima.

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

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados Jeronimo y Otilia , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 3 de junio de 2019, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por indicados acusados contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, de fecha 16 de enero de 2019. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca



Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ