



Roj: **STS 3647/2007 - ECLI:ES:TS:2007:3647**

Id Cendoj: **28079120012007100534**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2007**

Nº de Recurso: **807/2005**

Nº de Resolución: **363/2007**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Alicante, Sección Séptima, 26-05-2005,  
STS 3647/2007**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Marzo de dos mil siete.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de Montserrat (en concepto de Acusación Particular), Luis y Verónica , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección VII, por delito de homicidio y robo con violencia, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por las Procuradoras Sra. Sanz Amaro, Sra. Tello Borrell y Sra. Sánchez-Vera Gómez-Trelles; siendo parte recurrida Gustavo y Abelardo , representados por los Procuradores Sr. Ramos Cea y Sr. Carrasco Gómez.

## **I. ANTECEDENTES**

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Elche, instruyó Sumario nº 1/2004, seguido por delito de homicidio y robo con violencia, contra Luis , Gustavo , Verónica , Abelardo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, Sección VII, que con fecha 26 de Mayo de 2005 dictó sentencia que contiene los siguiente HECHOS PROBADOS:

"Como HECHO PROBADOS en la presente causa se declaran los siguientes: Los procesados Luis , Gustavo y Verónica , todos ellos mayores de edad, y sin antecedentes penales, quedaron en la madrugada del 30 al 31 de Julio de 2.003 en que los dos últimos recogerían al primero en su domicilio, desplazándose los tres a la Cafetería Anais de la Ciudad de Elche, donde todos ellos tomaron tres cervezas. Habiendo salido en la conversación el tema de la necesidad de dinero por parte de Luis , Verónica informó a los otros dos procesados que conocía una persona a la que podrían sustraérselo, para lo que se puso en contacto por teléfono, con el fallecido Pedro Antonio , acordando ella con él que iría seguidamente a su domicilio a verlo, a lo que éste accedió, dado que la conocía desde hacía años. Al fin propuesto, los tres procesados, de común acuerdo, y con ánimo de ilícito beneficio, se dirigieron en el vehículo de Gustavo , sobre las 2,45 horas del día 31 de julio de 2003, a la vivienda de Pedro Antonio , sito en la Calle Patricio Ruiz Gómez de Elche, quien la estaba esperando y le abrió la puerta. Verónica previamente había acordado con Luis y Gustavo que les facilitarían la entrada al edificio, sacándoles al rellano de la vivienda de Pedro Antonio , el dinero que encontrara, circunstancia que aprovecharon los dos procesados para introducirse en el interior de aquél. En la entrada de la vivienda, sin que conste la forma en que se produjo el apercebimiento del fallecido de que algo pasaba, estando la puerta de la vivienda cerrada, Pedro Antonio la abrió y salió al rellano, donde Luis y Gustavo le conminaron a entregarles el dinero que tuviera en su poder. Ante su negativa, se inició un forcejeo en el curso del cual Luis



, que portaba una navaja, de más de 10 centímetros de hoja fina y afilada por un solo lado, le causó un corte en el hombro izquierdo, herida que no era mortal, pero sí que le causaba un fuerte derrame de sangre, a la vez que le exigía la entrega del dinero que portaba, en presencia de Gustavo , quien inmediatamente al ver este hecho, bajó por las escaleras, esperando el desenlace de la situación, en su coche que se hallaba en las proximidades, desentendiéndose de lo que después pudiera suceder.- Amilanado por la agresión, Pedro Antonio se prestó a entregar el dinero que tuviera en la vivienda a Luis , para lo que se dirigió al salón, donde tras coger una pequeña caja de madera en que lo tenía guardado, se la tiró a Luis para intentar disuadirle, abalanzándose sobre el mismo para intentar reducirlo, yendo ambos al suelo y forcejeando por la posesión de la navaja, que se le había caído a Luis , éste volvió a recuperarla, consiguiendo Pedro Antonio en la pelea sujetarlo por el cuello por detrás, momento en que Luis , mientras Verónica , en el interior de la vivienda, viendo la escena, le incitaba diciéndole, "pínchale, pínchale", comenzó a dar a Pedro Antonio navajazos hacia atrás, que le entraron en axilas y cavidad abdominal, de las cuales dos, de no haber asistido con una cierta inmediatez, le hubieran causado la muerte en corto periodo de tiempo. Igualmente éste recibió diversas heridas en la cara y en el pabellón auricular. De esta forma Luis se soltó, y ya frente a frente, le propinó una última cuchillada a Pedro Antonio , a la altura del corazón, que le causó la muerte en posteriores escasos minutos. Al ver esta situación, Luis cogió el dinero que estaba esparcido en el suelo, y tras introducirlo en la caja, 1.980 Euros en metálico, se fue con ella, saliendo de la vivienda, y tras subir en el coche de Gustavo que estaba abajo, ambos abandonaron el lugar, dirigiéndose a casa de éste último. En la pelea Luis sufrió varias heridas, causadas al pelear con Pedro Antonio por hacerse con la navaja cuando cayó ésta al suelo. Pedro Antonio seguidamente pudo llegar y entrar a su dormitorio, donde falleció tras la puerta, que con su peso quedó cerrada. En las uñas del fallecido se encontró sangre, en la que se encontró el ADN de Verónica , sin que pueda acreditarse si la sangre era de uno o de otro, ni la forma en que llegó allí su ADN.- Verónica quedó en la vivienda, con ánimo en principio de hacer desaparecer los rastros de lo acaecido, pero apercebida del fallecimiento de Pedro Antonio , igualmente salió de la misma poco después. Tras dirigirse a ver a un vecino de Pedro Antonio al que conocía, Víctor , con ánimo de exculparse, le manifestó que la casa de Pedro Antonio estaba llena de sangre, diciendo que no sabía lo que había pasado, e igualmente le habló de unos encapuchados. El Sr. Víctor fue a recoger al hermano del fallecido, Abelardo , y ambos se dirigieron al domicilio de Pedro Antonio , donde lo encontraron fallecido, dando cuenta a la Policía. Verónica se fue a su casa, donde se cambió seguidamente de ropa.- El día 2 de agosto de 2003, el procesado Abelardo se dirigió al domicilio de Gustavo , sito en la calle José Romero López, donde la esposa de éste le entregó el dinero sustraído y que Abelardo y Luis habían escondido debajo de un armario. Abelardo , con la intención de ocultar pruebas que pudieran relacionar a Gustavo con los hechos anteriormente mencionados, quemó el dinero en la nave industrial donde trabajaba, sita en la calle Manuel Vicente Pastor, tras lo cual se deshizo de las cenizas arrojándolas a un contenedor de basura. Abelardo ha confesado los hechos a las autoridades". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al procesado Gustavo del delito de homicidio de que se le acusa en este procedimiento, en concepto de autor o de cómplice.- Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a los procesados en esta causa, Luis y Verónica , como autores responsables de un delito de homicidio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos a la pena de trece años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de dicha pena de privación de libertad, e indemnizar conjunta y solidariamente a D<sup>a</sup> Montserrat , e hijos, Julia y Natalia , en 150.000 euros, con los intereses legales.- Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a los procesados en esta causa, Luis , Gustavo y Verónica , como autores responsables de un delito de robo con violencia e intimidación en las personas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al procesado en esta causa, Abelardo , como autor responsable de un delito de encubrimiento, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, de confesar a las autoridades la infracción, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- Y se condena a los procesados Luis , y Verónica al pago cada uno de dos séptimas partes de las costas del procedimiento, al procesado Gustavo al pago de la séptima parte de las costas del procedimiento, y al procesado Abelardo al pago de la séptima parte de las costas del procedimiento, incluidas en todos estos supuestos las de la acusación particular, declarando de oficio una séptima parte.- Abonamos a los procesados la totalidad de tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa para el cumplimiento de las expresadas penas de privación de libertad.- Se aprueban los autos de insolvencia y solvencia parcial dictados en este procedimiento". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de Montserrat (en concepto de Acusación Particular), Luis y Verónica , 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 los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Luis formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por el cauce del art. 849.1 de la LECriminal.

SEGUNDO: Por la vía del art. 849.1 LECriminal.

TERCERO: Por la misma vía se invoca la indebida inaplicación del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 y 21.6 C.P .

CUARTO y QUINTO: Por la vía del art. 849.1º LECriminal.

SEXTO: Por la vía del art. 849.1 LECriminal.

La representación de Montserrat (Acusación Particular), formalizó su recurso en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO y SEGUNDO: Por el cauce del art. 849.1 LECriminal.

La representación de Verónica , formalizó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por el cauce del art. 849.1 LECriminal.

SEGUNDO: Por el cauce del art. 849.1 LECriminal.

TERCERO: Por el cauce del art. 849.1 LECriminal.

CUARTO: Por el cauce del art. 849.1 LECriminal.

Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 21 de Marzo de 2007. Por la complejidad del tema objeto de estudio no se dictó sentencia dentro de plazo.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 26 de Mayo de 2005 de la Sección VII de la Audiencia Provincial de Alicante , sede en Elche, condenó a Luis y Verónica , como autores responsables de un delito de homicidio a la pena, a cada uno de ellos de 13 años de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo. Además les condena a otros cinco años de prisión como autores de un delito de robo con violencia.

Asimismo condena a otras personas con menores penas.

Los hechos se refieren al robo planeado y efectuado por Luis , Verónica y Gustavo llevando a cabo en el domicilio de Pedro Antonio , el que resultó fallecido por la agresión que sufrió por parte de Luis y Verónica en la forma y modo descritos en el factum.

Se han formalizado tres recursos de casación. Uno por cada condenado Luis y Verónica y un tercero por la acusación particular ejercitada por Montserrat esposa del fallecido.

Estudiaremos en primer lugar los recursos de los condenados para, posteriormente, pasar al de la acusación particular.

Segundo.- Recurso de Luis .

Aparece formalizado a través de seis motivos.

El primer motivo, por la vía del Quebrantamiento de Forma del art. 850-1 LECriminal denuncia la indebida denegación de la suspensión de la vista para la práctica de la prueba pericial médica a realizar por el Dr. Augusto y que tenía por objeto dictaminar sobre la imputabilidad del recurrente Luis .

La incomparecencia de testigos y peritos, cuya declaración fue declarada pertinente, seguida de la denegación de la suspensión del juicio oral, motivada por dicha incomparecencia, sólo por extensión jurisprudencial cabe dentro de los angostos límites del nº 1 del art. 850 de la LECriminal, no estando de más recordar con la reiterada jurisprudencia emanada de esta Sala que es preciso distinguir entre pertinencia de la prueba testifical, propuesta por cualquiera de las partes y necesidad ineludible de practicar toda ella. Y ello, ya que los términos en que se expresa el citado precepto, indican claramente que ante la incomparecencia de alguno de los testigos y peritos cuya declaración ha sido propuesta en tiempo y forma, la Audiencia de que se trate, podrá



prudencialmente suspender las sesiones del juicio oral para nuevo señalamiento y renovada citación de testigo o testigos ausentes o, por el contrario, sentirse suficientemente informada por el resultado de las pruebas ya practicadas, o por practicar y denegar la suspensión. Si bien esa facultad, siendo discrecional, sin embargo, por la vía elegida por el recurrente, es revisable en vía casacional, donde esa Sala, a la vista de los antecedentes del caso, podrá estimar certera y afinada la decisión denegatoria o, por el contrario, desacertada y susceptible de corrección.

En definitiva, el quebrantamiento que se denuncia, así como la correlativa indefensión desde la perspectiva constitucional del art. 24, sólo existe en relación a la prueba que, además de pertinente, sea necesaria por la aptitud que pudiera tener en orden a alterar o modificar el fallo de la sentencia, y para ello es preciso que el recurrente argumente eficazmente en qué extremos se le ha causado un perjuicio así como la incidencia en el resultado final.

En la sentencia de instancia ya se encuentra resuelta la cuestión con buena doctrina que debe ser ratificada en esta sede casacional.

En el f.jdco. séptimo de la sentencia, penúltimo párrafo y en relación a la postulada concurrencia de la atenuante analógica de grave adicción a sustancias estupefacientes, leemos "...pero aún cuando se base la defensa de Luis en un informe solicitado a un perito de su designación, tras numerosas búsquedas, ni la defensa que propuso la prueba, ni la Sala, han dado con él, con lo que siendo perito de parte, deja bastante que desear ya que ni la propia parte proponente consigue localizarlo, lo que se ha intentado en diversas ocasiones....".

En esta situación, actuó correctamente el Tribunal de instancia ya que no puede indefinidamente paralizar un proceso en espera de localizar a la persona concernida con la prueba de parte de la que nada se sabe.

Por lo demás, y como también se afirma, en el informe del facultativo que en su día debió de emitir el perito, en modo alguno puede servir de fundamento para dar vida a la atenuante que se postula, ya que sólo se dice que el recurrente es consumidor de alcohol los fines de semana y de cocaína de forma ocasional.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo segundo, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente aplicado el delito de homicidio doloso, estimando el recurrente que se estaría en un delito de lesiones en concurso ideal con un delito de homicidio imprudente.

El recurrente olvida e ignora el presupuesto de admisibilidad del cauce casacional utilizado, que no es otro, que aceptando los hechos, estimar que ha existido un error de calificación jurídica. Basta una lectura de los hechos probados para evidenciar que existió de forma clara e indubitada un animus necandi derivado de la acción ejercitada por el recurrente, por lo que se incurre en causa de inadmisión ya que el recurrente no acepta los hechos tal y como están redactados.

En los hechos se narra un primer navajazo de Luis a Pedro Antonio –la víctima que resultaría fallecida con posterioridad– que le afectó en el hombro izquierdo, herida no mortal, ante lo que Pedro Antonio "...amilanado por la agresión se prestó a entregar el dinero...", en ese momento Pedro Antonio le tira a Luis la caja donde guarda el dinero, y seguidamente se le abalanza, y es ese momento donde se produce un forcejeo entre ambos para apoderarse de la navaja (navaja de 10 centímetros de hoja fina y afilada que llevaba Luis), y que Luis recuperó. En ese momento "...consiguiendo Pedro Antonio en la pelea sujetarlo por el cuello por detrás, momento en que Luis, mientras Verónica, en el interior de la vivienda, viendo la escena, le incitaba diciéndole, "pínchale, pínchale", comenzó a dar a Pedro Antonio navajazos hacia atrás, que le entraron en axilas y cavidad abdominal, de las cuales dos, de no haber asistido con una cierta inmediatez, le hubieran causado la muerte en corto periodo de tiempo. Igualmente éste recibió diversas heridas en la cara y en el pabellón auricular. De esta forma Luis se soltó, y ya frente a frente, le propinó una última cuchillada a Pedro Antonio, a la altura del corazón, que le causó la muerte en posteriores escasos minutos....".

Es obvio que la acción última de Luis, (cuando ya están sueltos y de frente y Pedro Antonio gravemente herido), de darle una cuchillada en el corazón a Pedro Antonio, patentiza un animus necandi ya preluado en los navajazos anteriores, dos de los cuales le hubieran causado también la muerte, que convierte en estéril cualquier polémica al respecto.

La sentencia motiva la calificación en los f.jdcos. segundo y tercero.

Procede la desestimación del motivo.



Los motivos tercero, cuarto y quinto, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal postulan la concurrencia de las circunstancias atenuantes de consumo de bebidas alcohólicas y estupefacientes, así como la eximente incompleta de miedo insuperable y la analógica de arrebato y obcecación.

En definitiva se trata de tres circunstancias atenuatorias que dan vida a cada uno a un motivo, lo que permite su estudio conjunto porque los tres incurrir en la misma causa de inadmisión que ya decíamos en relación al motivo segundo.

El recurrente no respeta los hechos probados. En ellos nada se describe que pudiera ser, ni meramente sugerente, de que el recurrente pudiera estar afectado de alguno de esos expedientes atenuatorios.

Antes bien, en el f.jdco. séptimo de la sentencia in extenso, se razona el porqué no concurren ninguna de esas atenuaciones, con buena doctrina y correctas conclusiones desestimatorias de las atenuantes solicitadas, lo que verificamos en este control casacional.

Los tres motivos incurrir en causa de inadmisión que en este momento actúa como causa de desestimación.

Procede la desestimación de los tres motivos conjuntamente estudiados.

El motivo sexto, denuncia vulneración en la motivación de la pena que le ha sido impuesta. Se dice que se le han impuesto las penas por el delito de homicidio y de robo en su mitad superior sin razonamiento alguno que pudiera justificar esa individualización judicial de la pena.

Un examen de la sentencia acredita la inexactitud de la denuncia en la medida que el f.jdco. octavo está específicamente destinado a justificar la concreta fijación de las penas a imponer por los delitos de homicidio y de robo.

En relación al delito de robo se dice en la sentencia que la pena correspondiente a dicho delito "...oscila entre 3 años y 6 meses, y 5 años de prisión, atendiendo la Sección a imponerla en su grado máximo, de 5 años de prisión, porque las circunstancias en que se comete son de extrema gravedad, a saber, planeamiento previo, aprovechar los tres procesados la confianza de la víctima en uno de ellos, Verónica que les abre el portal del edificio, la hora en que acaece, de madrugada, y en la propia vivienda de la víctima, amen de la consecuencia del fin propuesto, el apoderamiento del dinero....".

En relación al delito de homicidio, se dice en la sentencia "...la pena oscila entre 10 y 15 años de prisión, debiendo imponerse la de 13 años a cada uno de los procesados condenados en esta sentencia, porque si bien es cierto que se dan iguales circunstancias que las apreciadas para valorar la pena en el delito de robo, antedichas, a las que nos remitimos, aquí concurre una circunstancia compensatoria a tener en cuenta, para no imponer la pena máxima posible con arreglo a Derecho, que la intención inicial de Verónica y Luis no fue acabar con la vida de Pedro Antonio, cuando planearon la forma de apoderarse de sus bienes, aún cuando luego llegaron al final para conseguir su propósito de obtener el dinero....".

En este control casacional, verificamos que el Tribunal cumplió con el deber de motivar la individualización concreta de la pena impuesta, que como tantas veces hemos dicho constituye un aspecto fundamental del genérico deber de motivación de la ordenación judicial, ya que conocer las razones de la concreta "cantidad" de pena que se le impone al condenado dentro de los márgenes legales es exigencia esencial porque la culpabilidad viene a ser la medida de la pena y ésta, a su vez proporcionada a la gravedad del hecho, de ahí la exigencia de motivación. Por lo demás, el control por posterior Tribunal de la pena impuesta en primera instancia, es uno de los aspectos esenciales del derecho a la doble instancia como se reconoce expresamente en el art. 14-5º del Pacto Internacional.

Pues bien, verificamos que el Tribunal cumplió con su deber de motivación, respondiendo a los estándares de exigencia habituales, y, además, aplicó correctamente la normativa y en concreto el art. 66-6º Cpenal porque este permite recorrer la pena en toda la extensión cuando no concurren circunstancias de atenuación.

Por ello la cita del párrafo 1º de dicho artículo que se dice vulnerado en el motivo que se estudia, no es admisible porque no concurrió ninguna circunstancia de atenuación y por ello la imposición de las penas es la mitad inferior no obligatoria. Faltó el presupuesto que también hubiera exigido la aplicación del art. 66-1º que se cita.

Procede la desestimación del motivo.

Tercero.- Recurso de Verónica .

Aparece formalizado a través de cuatro motivos.

El motivo primero, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente aplicado el art. 138 en relación con el art. 28 a) respecto de la recurrente. En síntesis, se dice en el motivo que la decisión de la sentencia de estimar a Verónica como autora por inducción del delito de homicidio no es correcta en



la medida que la tesis de la creación del dolo de matar por parte de Verónica en la persona de Luis , quien fue materialmente quien asestó las puñaladas mortales a Pedro Antonio , no se deriva de los propios hechos probados porque Luis ya tenía decidida la muerte de Pedro Antonio , de suerte que las frases reflejadas en el factum dichas por Verónica dirigidas a Luis "...pínchale pínchale..." cuando forcejeaban ambos y Luis le estaba dando navajazos, no fueron nada determinantes ni le indujeron a matarlo porque ya, por su propia iniciativa, lo había decidido al menos con dolo eventual porque ya había comenzado a acuchillar a su víctima.

Se estima por el recurrente que se está en la figura conocida por la doctrina como "Omnimodo facturus" es decir, el que comete el delito de todos modos porque ya lo había decidido, de suerte que la pretendida inducción ejercida sobre él por tercera persona resulta irrelevante, porque el delito se habría cometido aún sin ese pretendido comportamiento inductor ejercido por tercera persona.

A esta tesis se dedica con evidente autoridad científica, en sede teórica, los folios 5 a 28 del recurso, y partiendo de la prudencia que debe presidir la equiparación de la conducta del inductor con la del autor material, critica la calificación de la sentencia de estimar a Verónica como autora por inducción en relación al delito de homicidio, continúa alegando que en realidad la subsunción que efectúa el Tribunal no es una inducción al homicidio sino una incitación; que en realidad la inducción sólo estuvo en relación al delito de robo, inicialmente proyectado, pero que en el segundo momento, relativo al ataque contra la vida, difícilmente puede estimarse una inducción ejercida por Verónica en Luis para que matara a Pedro Antonio , ya que éste ya estaba siendo acuchillado por Luis cuando la recurrente le gritó "¡Pínchale, Pínchale!", por lo que difícilmente puede determinarle a hacerlo, por ello se concluye con la afirmación de que no existe relación inductiva o causa a efecto entre las expresiones de Verónica y la acción de Luis . Existía una simultaneidad, y tampoco existió una incitación relevante porque "...el dolo de Luis era obviamente el de proseguir el suceso (acuchillamiento) como efectivamente lo prosiguió en cuanto consiguió recuperar el arma....".

Concluye el motivo con la declaración de que según la doctrina alemana se estaría en lo que se llama la complicidad psíquica, pero ese aporte psíquico debería ser probado y nada aparece en el factum que pudiera ser sugerente a la incidencia que esa incitación pudiera tener en el dolo de Luis , que ya tenía formado "... Luis desde luego no tuvo tiempo ni de permitírseños decirlo así, procesar la información que podría haberse deducido de las palabras "pínchale, pínchale"....".

Ya anunciamos la desestimación del motivo porque la sugerente doctrina del "omnimodus facturus" que llevaría a la impunidad del tercero no es de aplicación al caso de autos dada la relevancia de la actuación de la recurrente en toda la secuencia delictiva.

La sentencia, aborda responsabilidad penal de la recurrente en el f.jdco. tercero y concluye con una doble declaración: a) Verónica es inductora de los hechos acaecidos de principio a fin, o bien b) sería autora por comisión por omisión de acuerdo con el art. 11 del Cpenal como responsable del riesgo por ella creada que luego no ha podido o no ha querido controlar. Bien por una vía o por otra, la recurrente es estimada en la sentencia como autora del delito de homicidio y condenada a la misma pena que el autor material, extremo en el que ya anunciamos alguna reserva que posteriormente desarrollaremos.

Desde el respecto a los hechos probados, presupuesto exigido por el cauce casacional por el que discurre el motivo es preciso analizar las acciones ejecutadas y el protagonismo que en ellas haya podido tener Verónica , a fin de determinar en primer lugar, si incurrió en responsabilidad penal, y posteriormente, su condición o categoría dada la entidad que pudiera haber tenido su aporte para el éxito de la empresa criminal emprendida.

Podemos distinguir cuatro secuencias:

a) La primera de ellas está constituida por la reunión de Luis , Verónica y Gustavo (este último absuelto de homicidio en la sentencia) y la necesidad que tenían de dinero. En esa situación Verónica informó a los otros dos de conocer a una persona ( Pedro Antonio ) a quien podrían sustraerle, y para ello diseñó el plan de ponerse en contacto telefónico con dicha persona, al que conocía previamente, proponiéndole ir a verlo, lo que sería aprovechado por los otros dos para introducirse en el interior de su domicilio y despojarle del dinero que encontrarían.

Esta primera fase se corresponde con la ideación del robo en la que ella adopta el papel principal de diseño del objetivo y modus operandi de actuación para el éxito de la operación. El plan fue aceptado. Se está en una inducción relevante penalmente.

b) La segunda secuencia se corresponde con la ejecución del plan previsto. Tras una llamada telefónica de Verónica a Pedro Antonio –era madrugada, según el factum las 2'45 horas del 31 de Julio– se acercan los tres al inmueble donde habitaba Pedro Antonio , éste estaba esperando a Verónica franqueándole la puerta. El factum no precisa si se trataba de una vivienda unifamiliar o de un piso, aunque parece ser que se trataba de un piso ya que se habló de facilitar la entrada al edificio, y posteriormente, Pedro Antonio la abrió (la puerta



del piso) y salió al rellano, donde Luis y Gustavo le conminaron a entregarles el dinero que tuviera en su poder. En ese momento se produce un forcejeo en el curso del cual Luis sacó una navaja que llevaba (de 10 centímetros de hoja fina y afilada) con la que le causó una lesión en el hombro a Pedro Antonio "herida no mortal pero si le causaba un fuerte derrame de sangre". En esta situación se marcha Gustavo quien se baja del coche, quedando Verónica .

c) La tercera secuencia se inicia con la acción de Pedro Antonio que se aviene a entregar el dinero, se dirige al salón y le lanza a Luis una pequeña caja donde tenía el dinero y seguidamente se le abalanza, en un intento de defender su patrimonio, y tal vez, (en nuestra opinión) trató de aprovechar la sorpresa que pudiera tener Luis al ver que se le lanzaba la caja. Sea como fuese, es lo cierto que se le abalanza Pedro Antonio a Luis , y se inicia un forcejeo entre ambos en el interior de la vivienda, estando presente Verónica . Es en este momento, cuando recuperada la navaja por Luis y tratando Pedro Antonio de sujetarle por la espalda, Luis le da navajazos a Pedro Antonio es el momento en que Verónica "...le incitaba diciéndole, pínchale, pínchale...", en este escenario, dos de cuyos navajazos fueron mortales, finalmente, cuando se soltó Luis y ya estaba de frente a Pedro Antonio , Luis le propinó una cuchillada en el corazón que le causó la muerte a los pocos minutos, tras lo cual Luis cogió el dinero y se marchó.

d) La cuarta secuencia se refiere a que Verónica se quedó en el piso para hacer desaparecer los rastros de lo ocurrido, pero advertida de la muerte de Pedro Antonio avisó a un vecino "...con ánimo de exculpase, le manifestó que la casa de Pedro Antonio estaba llena de sangre, diciendo que no sabía lo que había pasado...".

Como puede observarse del resumen de los hechos, analizados en toda su integridad se observa la relevancia del aporte de Verónica en todas las secuencias analizadas.

Ciertamente en relación al robo, es evidente que en la fase de ideación y planificación actuó como inductora en la medida que creó en la voluntad de Luis y de Gustavo la decisión de llevar a cabo el robo y tal y como lo había diseñado Verónica , ella actuó por decirlo plásticamente, con la persuasión o liderazgo de quien asume todo el protagonismo del diseño de la operación que propone a otros, lo que constituye la esencia de la inducción punible, pero esta no se limitó a determinar la actuación de Luis y Abelardo , sino que para la práctica del plan era imprescindible su aporte en la fase de ejecución concretado en conseguir que Pedro Antonio , sin despertar sospechas, les facilitara el acceso al inmueble y a su piso, lo que así hizo con la llamada efectuada y la cita convenida, por ello, existió una clara progresión en el iter delictivo que la convirtió de inductora punible en cooperadora necesaria en relación al robo, ya que sin su aporte, el robo no se hubiera podido realizar al no poder acceder a la vivienda de Pedro Antonio , al que, por otra parte no consta que conocieran ex ante ni Luis ni Abelardo . Verónica tuvo un efectivo dominio funcional del hecho –más exactamente, un codominio con los otros dos– animados por un mismo proyecto delictivo en el que existían, como ocurre en los casos de coautoría un reparto de acciones, pero todas engarzadas y coordinadas para el éxito de la misión. Estamos pues en un paradigmático caso de conductas convergentes de diversas personas –SSTS 693/2005 de 18 de Mayo ó 1047/2005 de 15 de Septiembre – que se dan en todos los supuestos de autoría plural como se dice en la sentencia nº 251/2004 de 26 de Febrero , con doctrina especialmente al caso de autos, "cada coautor sobre la base de un acuerdo previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene dominio funcional que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho mismo, y conjuntamente con los demás coautores".

Precisamente en la autoría por cooperación necesaria, no todos realizan la integridad de la acción típica, pero ello no obsta a que exista una realización conjunta del hecho porque todos los concertados –en el presente caso los tres condenados por el delito de robo– colaboraron con una actividad objetiva, causal y eficaz dirigida a la consecución del fin conjunto.

Con lo dicho hasta aquí, hay que concluir que en relación al robo, Verónica no actuó como inductora, sino que en virtud de su posterior aporte relevante en la fase de ejecución –aporte objetivo, causal y eficaz, reiteramos– debe ser estimada como autora del robo por cooperación necesaria.

Con ello, rectificamos la condición jurídica de su contribución en referencia a la calificación de inductora que se efectúa en la sentencia y se acepta por la recurrente.

Este cambio de imputación carece de toda relevancia penológica dado el concepto amplio de autor que contiene el art. 28 del Cpenal "...son autores...", "...también serán considerados autores...".

Esta rectificación se efectúa por la Sala como consecuencia de su condición de último intérprete de la legalidad penal ordinaria, sin riesgo de incidir en el principio acusatorio porque ni se alteran los hechos, que son aceptados como es obligado, ni tienen trascendencia punitiva.



Sin embargo, esta condición de cooperación necesaria arroja nueva luz sobre la calidad de su aporte en relación al homicidio, respecto del que la Sala sentenciadora la considera inductora/incitadora, lo que es censurado en el motivo como ya se ha dicho.

Verónica no fue inductora del homicidio sino que actuó en la misma condición que tenía en relación al robo, ya que a pesar de tratarse de secuencias distintas, existió un continuum sin fracturas temporales ni espaciales. Es claro que en el presente caso enjuiciado, la aceptación por parte de Verónica del riesgo de que ocurriera el fallecimiento de Pedro Antonio es algo que no sólo no fue excluido, sino aceptado por ella, al menos vía principio de indiferencia en relación a las consecuencias del robo. Siempre desde el respeto a los hechos probados, existen datos para afirmar que aceptó y consintió las consecuencias que se pudieran derivar de la agresión a la víctima, que recordemos se inició en el rellano con un primer navajazo en el hombro, momento en que –y ésto es relevante para patentizar el actuar activo de Verónica – ella se queda, en tanto se marcha Gustavo (absuelto en la instancia por el delito de homicidio), pero su "quedarse" e introducirse en el piso junto con Luis en el momento en el que se produce el segundo –y mortal– enfrentamiento para Pedro Antonio, no fue algo pasivo e inerte, sino acreditativo de una actividad y de un concierto con la acción de Luis de la que no se puede dudar por dos datos concretos: a) los gritos de "Pínchale, pínchale" que exteriorizan una explícita aceptación activa de la acción que desarrollaba Luis y b) el dato, también recogido en el factum de que aunque no se sepa como, en las uñas del fallecido se encontró el ADN de Verónica.

Estos dos datos por sí solos, permiten afirmar que Verónica no era, no fue una mera espectadora de un hecho ajeno, y no lo era, porque el hecho inicial en el que se produce la agresión –el robo–, fue creado en la voluntad de Luis y Abelardo por Verónica, fue llevado a cabo con su colaboración indispensable, y cuando se produce la agresión exterioriza una común voluntad homicida con la acción que llevaba a cabo Abelardo, y que sólo él la podía efectuar porque sólo había una navaja, por ello su condición de cooperadora necesaria se prolongó en esta secuencia, ya que su presencia, junto con el reforzamiento de la acción de Luis, tenía una clara naturaleza de actitud vigilante y de intervención si fuese preciso, para culminar la acción.

Más aún, concluida la agresión, tras haberse marchado Luis, ella quedó en el piso y al constatar el fallecimiento de Pedro Antonio, va en busca de un vecino, para en una clara estrategia tendente a conseguir la impunidad, suya y de sus compañeros, le dice que "...no sabía lo que había pasado e igualmente le habló de unos encapuchados...".

Es Verónica la que actúa como elemento esencial de continuidad en todas y cada una de las secuencias que comprenden los hechos ocurridos, y en todos actúa con un aporte relevante propio del cooperador necesario.

En conclusión, procede la desestimación del motivo, careciendo de aplicabilidad al caso de autos la sugerente tesis del omnimodo facturatus.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo segundo, por idéntica vía que el anterior denuncia la tesis alternativa –más exactamente, concurrente– de la comisión por omisión en relación a la creación de un riesgo por parte del agente que actuaría en posición de garante, con cita del art. 11 Cpenal.

A lo largo de la argumentación se dice en el motivo que la sentencia de instancia se remite in totum a la sentencia de esta Sala de 20 de Julio de 2001 que se citó en el f.jdco. tercero y se añade que el Tribunal no efectúa la oportuna subsunción jurídica en relación a los hechos enjuiciados sino que se remite directamente a dicha sentencia sin explicitar el proceso de subsunción que permitiera la aplicación de tal doctrina.

Hay que reconocer que no le falta razón al recurrente en el particular aspecto de que la explicitación del proceso de subsunción en virtud del cual Verónica actuaba en posición de garante en virtud del riesgo por ella creado –ideado y participado– en relación al robo, que implicaba también, vista su actuación, todas las incidencias derivadas del robo y en concreto la muerte causada a la víctima no está suficientemente explicitado en la sentencia, no siendo admisible la aplicación de la teoría de la conditio sine qua non cuyo objetivismo es incompatible con el principio de culpabilidad que actúa como verdadera piedra angular de todo nuestro sistema de justicia penal, y que se sintetiza en el principio de que la culpabilidad es fundamento y medida de la punibilidad.

La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la relevancia de la cooperación mediante una conducta puramente omisiva en los delitos de resultado, y ello tanto en relación con la cooperación necesaria como en relación con la complicidad. Todo depende de la cantidad del aporte en relación al final apetecido. En tal doble sentido se pueden citar las sentencias de esta Sala de 27 de Enero de 1995 –en relación a la cooperación necesaria– y más recientemente la STS 213/2007 de 8 de Marzo, o la sentencia 1538/2000 de 9 de Octubre, en relación con la complicidad.



Con las sentencias citadas, podemos decir que los elementos fácticos que permiten la aplicación del art. 11 de suerte que una persona puede ser condenada como autor de un delito de resultado sin tener el mismo, un comportamiento activo, sino que su responsabilidad se nucleó alrededor de un preciso incumplimiento de una obligación de actuar-- quebrantamiento de un deber--, son los siguientes:

- A) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley.
- B) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 C.P . exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación.
- C) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate.
- D) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
- E) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

En este contexto, y en relación a la comisión por omisión en grado de cooperación necesaria, ésta existirá cuando pueda formalizarse un juicio de certeza, más allá de toda duda razonable sobre la eficacia que hubiese tenido la acción omitida por el omitente para evitar el resultado, y el deber de actuar sin la concurrencia de obstáculo o riesgo que pudiera impedirlo.

Pues bien, desde estas reflexiones le fue atribuible a Verónica la creación de la situación de riesgo con la ideación y práctica del robo. Ciertamente es previsible y no excepcional que toda víctima trate de defender su patrimonio de quien ilegítimamente trata de arrebatarlo, por lo que como posibilidad ex ante, pudo admitirse esta posibilidad, pero esto no es lo relevante, lo relevante es que materializado ese riesgo con la agresión de Luis , singularmente después del primer navajazo, en esa situación Verónica prestó su colaboración activa para vencerlo quedándose y animando a Luis , cuando a ella le era exigible una actuación enérgica para en sentido contrario, de impedir la agresión, o al menos de tratar de evitarla máxime porque a ella le es atribuible la puesta en peligro de la vida de Pedro Antonio . Lejos de ello sumó su voluntad a la de Luis en el común proyecto homicida, y obviamente, pudo, sin riesgo, ni otro obstáculo haber actuado de otra forma.

Desde esta perspectiva, la aplicación del art. 11 resulta de una corrección inatacable y con la explicitación efectuada en esta sede casacional, supliendo la omisión advertida en la sentencia sometida al presente control casacional se da respuesta a la queja de la recurrente en relación a la falta de explicitación del proceso de atribución de la responsabilidad vía situación de garante cuando ésta ha creado la situación de riesgo para la vida de Pedro Antonio .

Al actuar así, la Sala ha hecho uso de la doctrina que permite completar la definitiva motivación que puedan ser advertidos en el control casacional, cuando los datos fácticos se encuentran en la propia sentencia, como es el caso SSTs 162/2002 de 5 de Julio, 78/2001 de 16 de Marzo ó 1095/2002 de 10 de Junio, entre otras.

En definitiva, y aún a riesgo de repetirnos, podemos concluir que la acción de una ocasión de riesgo para el bien jurídico, en virtud de una acción u omisión precedente efectuada por el omitente, permite atribuirle vía dolo el resultado causado en virtud de su conducta omisiva cuando: a) el sujeto omitente ha creado la situación de riesgo y b) ese riesgo se materializa pudiendo haberlo evitado en la medida que el daño causado es atribuible al control que de la situación tiene el omitente, por ello, responde del resultado, porque él creó el riesgo, y él pudo evitarlo.

Es claro el deber de actuar que el ordenante le imponía a Verónica cuando a ella le es exclusivamente atribuible la creación de ese riesgo con una acción claramente delictiva como la ideación y ejecución fáctica del precedente robo.

Procede la desestimación del motivo.

El tercer motivo, postula como única posibilidad de encontrar algún vestigio de punibilidad en la acción de Verónica , la complicidad psíquica, que le convertiría en cómplice del delito de homicidio.

Se estima que el Tribunal sentenciador ha sobrevalorado el aporte de Verónica y ha convertido lo que es una complicidad de comisión por comisión en autoría por comisión por omisión.

El motivo debe ser rechazado como consecuencia del rechazo de presente motivo.



El aporte de Verónica fue nuclear no periférico en el continuum delictivo que se inició con la inducción al robo y terminó con el intento de impunidad.

El recurrente trata de segmentar e individualizar acciones que ocurrieron sin fracturas ni temporales ni espaciales y en todas ellas estuvo de forma relevante la recurrente como ya hemos dicho.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo cuarto, se integra por una amalgama heterogénea de denuncias:

Se denuncia la inaplicación de la atenuante analógica 21-6º del Cpenal en relación al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, lo que se anuda a un quebrantamiento de los derechos a la judicial efectiva, juez ordinario predeterminado por la Ley, proceso con todas las garantías y derecho a la doble instancia.

En la medida que en la argumentación sólo se ciñe a las dilaciones que, en su opinión, debiera haber dado lugar a la aplicación de la atenuante analógica 21-6º Cpenal, sólo damos respuesta a esta cuestión.

Su rechazo se impone por varias razones de peso, cada una de ellas con la suficiente consistencia como para provocar su rechazo.

De entrada se trata de una cuestión nueva planteada por primera vez en esta sede casacional, con lo que ya procedería la desestimación de acuerdo con la doctrina de esta Sala sobre cuestiones nuevas en casación. SSTS 393/2003 de 14 de Marzo, 1351/2004 de 18 de Noviembre 21 de Junio de 2005 ó 1288/2006 de 1 de Diciembre. No se trata de un formalismo hueco, sino de evitar la presentación de cuestiones jurídicas sin posibilidad de que el resto de las partes puedan temporáneamente conocerlas y cuestionarlas.

En segundo lugar no se ofrecen ni se denuncian periodos de inactividad procesal achacables al sistema judicial.

En tercer lugar, ex abundancia, no encuentra el Tribunal ninguna dilación relevante desde la perspectiva de la atenuante analógica. Datos relevantes de naturaleza normativa son el de la ocurrencia de los hechos el 31 de Julio de 2003 y dictado de la sentencia en primera instancia de 26 de Mayo de 2005 , se trata de un periodo inferior a dos años en relación a la investigación de unos hechos y con un volumen de casi 700 folios que acreditan una complejidad relevante que llevan inexcusablemente a la conclusión de que se está en los parámetros normales de tramitación de la causa.

En relación a la doble instancia, sólo diremos que hasta la extenuación se ha dicho por el Tribunal Constitucional como por est Sala que el recurso de casación actual, singularmente en su cauce de vulneración de derechos constitucionales, responde a las exigencias del recurso efectivo, que tiene derecho todo condenado en la medida que permite el estudio de la culpabilidad y la pena impuesta de conformidad con lo previsto en el art. 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 13 del Convenio Europeo. En este sentido, citamos la última sentencia del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión: STC 116/2006 de 24 de Abril .

En relación a la instauración de la segunda instancia contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencia Provinciales, dicho recurso está previsto pero no está en vigor, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición Final Segunda de la L.O .19/2003 es preciso la remisión d los proyectos correspondientes a las reformas que se alude, sin que el hecho de que haya transcurrido el plazo previsto sin la remisión de tales proyectos permita estimar una indefensión para la recurrente.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.- Recurso de la Acusación Particular.

Está formalizado a través de dos motivos, ambos por la misma vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal por inaplicación indebida de los arts. 27, 28 y 29 del Cpenal.

En síntesis, se postula la responsabilidad penal por el delito de homicidio, también respecto de Gustavo . La petición es doble, en el primer motivo se postula su condición de autor de dicho delito y en el motivo segundo la de cómplice.

Ambos motivos deben ser rechazados. Desde el respeto de los hechos probados, verificamos que en ellos se dice que Gustavo , tras el primer navajazo que Luis dio a Pedro Antonio en el rellano "....inmediatamente al ver este hecho, bajó por las escaleras esperando el desenlace de la situación....".

Este hecho supone una ruptura en el nexo de causalidad en relación a lo sucedido con posterioridad. Dicho de otra manera, con esa actuación de Abelardo limitó su intención delictiva al robo y no a la agresión contra la víctima, lo que le sitúa extramuros de toda responsabilidad penal, por ello, ambos motivos deben



ser desestimados, además de que incurren en causa de inadmisión en la medida que no respetan los hechos probados en los que nada se encuentra sugerente ni de una autoría ni siquiera de complicidad.

Procede la desestimación del motivo.

Quinto.- En materia de costas, procede la imposición de las correspondientes a todos los recursos formalizados dada su desestimación, y además la pérdida del depósito contituido por la Acusación Particular, al que se dará el destino previsto en el art. 890 LECriminal.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por la representación de Luis , Verónica y Montserrat , esta última en concepto de Acusación Particular, contra la referida sentencia, con imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos y a la acusación particular con pérdida del depósito.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección VII, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Delgado García Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Luis-Román Puerta Luis

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquín Giménez García , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.