



Roj: **STS 3375/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3375**

Id Cendoj: **28079120012021100684**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2021**

Nº de Recurso: **10139/2021**

Nº de Resolución: **693/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 693/2021

Fecha de sentencia: 15/09/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10139/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/09/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: Jas

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10139/2021 P

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 693/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D.^a. Ana María Ferrer García

D.^a. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 15 de septiembre de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10139/2021-P interpuesto por **D. Jose Luis**, representado por la procuradora D^a. Elena Ramírez Gómez, bajo la dirección letrada de D^a. Josefa Ramos Márquez; D. Santiago, representado por la procuradora D^a Elena Ramírez Gómez, bajo la dirección letrada de D^a Josefa Ramos Márquez; D. Carlos Manuel, representado por la procuradora D^a Elena Ramírez Gómez, bajo la dirección letrada de D. Ramón Alemán Ochotorena, y **D. Carlos Miguel**, como acusación particular, representado por el procurador D. José Luis López Soto, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Requena López, contra Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001, sede en Granada, en el Recurso de Apelación nº 20/2020, dimanante del Procedimiento Tribunal del Jurado nº 7/2019, de la Audiencia Provincial de Málaga, por delito de homicidio y tenencia ilícita de armas.

Ha sido parte D. Carlos Manuel, representado por la procuradora D^a Elena Ramírez Gómez, bajo la dirección letrada de D. Ricardo Peinado Ruiz; D. Juan Ramón, representado por la procuradora D^a Elena Ramírez Gómez, bajo la dirección letrada de D^a Josefa Ramos Márquez; y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de la Ley del Jurado nº 7/2019 ante la Audiencia Provincial de Málaga, el 16 de julio de 2020, se dictó sentencia condenatoria a Santiago y Carlos Manuel, como responsables de un delito de asesinato y tenencia ilícita de armas; y condenatoria a Benjamín como responsable de un delito de asesinato; y sentencia absolutoria a Carlos Manuel, Cecilio, Juan Ramón y Jose Luis, de los delitos y hechos que se le imputaban, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Se declaran como tales los hechos que, a continuación, se relacionan conforme al objeto del veredicto deliberado y votado por los miembros del jurado:

En hora no concretada con exactitud de la noche del 02.02.17 Santiago y Dimas mantuvieron una discusión en la BARRIADA000 de Málaga, cuyo motivo no ha quedado acreditado.

Posteriormente, entre las 23'15 horas del día 02.02.17 y las 00'20 horas del día 03.02.17, Santiago, alias "Ganso" y Carlos Manuel, alias "Pelosblancos", con ánimo de arrebatarle la vida a Dimas, armados cada uno de ellos con un arma corta de fuego para cuya posesión carecían de licencia, se dirigieron hacia el Patio de "DIRECCION002" de la BARRIADA000 de Málaga y, al ver pasar a Carlos Miguel a bordo de su vehículo, Ford Escort PI-....-YF, Santiago le dijo que bajase del coche y, dirigiéndose a él, de forma sorpresiva e inesperada, y a sabiendas de que se hallaba desarmado, le disparó a corta distancia, repetida e indiscriminadamente, disparando también Carlos Manuel, impactándole la mayoría de los disparos por la espalda, anulando así cualquier posibilidad de defensa por parte de la víctima, que recibió un total de 10 impactos de bala, que le provocaron múltiples heridas por arma de fuego penetrantes en cavidad torácica, lesión medular, hemitórax, pierna izquierda y herida tangencial en mano derecha, originándole un shock hipovolémico neurológico que le causó la muerte a las 00'50 horas de ese mismo día. Benjamín, conocedor de la decisión adoptada por sus tíos Santiago y Carlos Manuel de acabar con la vida de Dimas, les esperó desarmado, junto a los coches, en el Patio de DIRECCION002 de la BARRIADA000, preparando la huida de éstos, junto a su primo, Juan Ramón quien, sin embargo, desconocía tanto lo que había sucedido esa noche como la decisión de acabar con la vida de Dimas que habían adoptada su padre y su tío.

Santiago presentaba una herida de arma de fuego en la parte anterior del hombro izquierdo de la que fue atendido en el HOSPITAL000 de Málaga hasta donde fue trasladado por su hijo, Juan Ramón, y su sobrino, Benjamín. En el centro sanitario Santiago prestó declaración judicial en fecha 06.02.17, reconociendo su participación en la muerte de Dimas.

Dimas tenía una hija menor de edad, Manuela que, representada por su madre, se ha personado legalmente en autos, reclamando cualquier indemnización que, por la muerte de su padre, le pudiese corresponder.

El padre de Dimas, llamado Carlos Miguel, se ha personado legalmente en autos y reclama asimismo cualquier indemnización que por la muerte de su hijo pudiera corresponderle."

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

" **FALLO**

1.- Que debo condenar y condeno a:

1.A).- Santiago : a) como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato del artículo 139.1 CP, concurriendo la circunstancia atenuante de confesión del artículo 21.4 CP, y la agravante de superioridad del



artículo 22.4 CP, a la pena de prisión de dieciocho años (18-00-00), e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y b) como autor de un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.1.1ª CP, a la pena de prisión de dos años (02-00-00) e inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le condena al pago de las 2/12 partes de las costas.

1.B).- Carlos Manuel : a) como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato del artículo 139.1 CP, concurriendo la agravante de superioridad del artículo 22.4 CP, a la pena de prisión de dieciséis años (16-00-00) e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y b) como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, se le impone la pena de prisión de dos años (02-00-00) e inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le condena al pago de las 2/12 partes de las costas.

1.C).- Jose Luis , como cómplice de un delito de asesinato, se le impone la pena de prisión de siete años y seis meses (07-06-00) e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le condena al pago de las 1/12 partes de las costas.

En concepto de responsabilidad civil, debo condenar y condeno a los acusados Santiago y Carlos Manuel a que, conjunta y solidariamente, indemnicen al padre del fallecido, en la cantidad de 60.000 euros y a la hija del fallecido, Manuela , menor de edad, representada por su madre Julia , en la cantidad de 150.000 euros, en ambos casos más los intereses legales devengados conforme a lo dispuesto en el artículo 576 LEC.

2.- Debo absolver y absuelvo a:

2.A) Carlos Manuel de los delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas por los que venía siendo acusado, con declaración de oficio 2/12 partes de las costas.

2.B) Cecilio de los delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas por los que venía siendo acusado con declaración de oficio 2/12 partes de las costas.

2.C) Juan Ramón de los delitos de asesinato, en concepto de cómplice, y tenencia ilícita de armas por los que venía siendo acusado, con declaración de oficio 2/12 partes de las costas.

2.D) Jose Luis del delito de tenencia ilícita de armas por el que venía siendo acusado con declaración de oficio 1/12 partes de las costas.

3.- Se decreta el decomiso de los efectos intervenidos a los condenados.

4.- Dese a los efectos ilícitos intervenidos su destino legal."

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia anteriormente citada, con fecha 9 de diciembre de 2020, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001 , sede en Granada, dictó sentencia con el siguiente encabezamiento:

" Apelación Tribunal Jurado nº 20/2020

Vistos en audiencia pública y en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente rollo de apelación nº 20/2020 y autos originales de juicio penal seguidos ante el Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Audiencia Provincial de Málaga -Rollo nº 7/2019-, procedentes del Juzgado de Instrucción nº 8 de Málaga -causa núm. 1/2018-, por delitos de asesinato y tenencia ilícita de Armas, contra los acusados Santiago , cuyas circunstancias constan en la sentencia recurrida, representado y defendido, respectivamente, en la instancia por la Procuradora Dª. Elena Ramírez Gómez y por la Letrada Dª. Josefa Ramos Márquez; contra **Jose Luis** , circunstanciado en la sentencia recurrida y con igual representación y defensa que el anterior; contra **Carlos Manuel** , cuyas circunstancias constan en la sentencia recurrida, representado por la Procuradora Dª : Elena Ramírez Gómez y defendido por el Letrado D. Ricardo Peinado Ruiz; contra Carlos Manuel , cuyas circunstancias constan en la sentencia recurrida y con igual representación y defendido por el Letrado D. Ramón Alemán Ochotorena; contra Cecilio , cuyas circunstancias constan en la sentencia recurrida representado por el Procurador D. Miguel Ángel Ortega Ruiz y defendido por la Letrada Dª. Cecilia Pérez Raya; contra Juan Ramón , cuyas circunstancias constan en la sentencia recurrida, representado por la procuradora Dª. Elena Ramírez Gómez y defendido por la Letrada Dª. Josefa Ramos Márquez. Han sido parte el Ministerio Fiscal, como acusaciones particulares Carlos Miguel representado por el Procurador D. José Luis López Soto y asistido del Letrado D. Alejandro Luis Peralta Dumont y Julia , en nombre y representación de su hija menor Manuela , representada por el Procurador D. José Luis Fernández Moreno y asistida del Letrado D. Alejandro Luis Peralta Dumont..."

Con fecha 9 de diciembre de 2020, la Sala anteriormente citada dictó sentencia con el siguiente FALLO:



"Que estimando como estima en parte los recurso interpuestos por los acusados Santiago , Carlos Manuel y Jose Luis , contra la sentencia dictada en fecha 16 de julio de 2020, por la Ilma. Sra. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, en causa seguida por delito de asesinato y tenencia ilícita de armas, debe revocar y revoca la referida sentencia en el siguiente sentido:

Se condena a Santiago , como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio concurriendo la atenuante de confesión y la agravante de abuso de superioridad a la pena de 13 años de prisión, manteniendo el resto de pronunciamiento de la sentencia recurrida respecto a dicho recurrente.

Se condena a Carlos Manuel , como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio concurriendo la agravante de abuso de superioridad a la pena de 12 años 6 meses y un día de prisión, manteniendo el resto de pronunciamiento de la sentencia recurrida respecto a dicho recurrente.

Se condena a Jose Luis como cómplice de un delito de homicidio con abuso de superioridad a la pena de 6 años, 3 meses y un día de prisión, manteniendo el resto de pronunciamiento de la sentencia recurrida respecto a dicho recurrente.

Se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Todo ello sin condena al pago de las costas de este recurso, salvo las causadas a los anteriormente recurrentes y a Carlos Manuel , que se imponen a la acusación particular ejercida por D^a. Julia que actuaba en nombre y representación de su hija menor Manuela ."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de Santiago , Carlos Manuel , Benjamín , y por la acusación particular D. Carlos Miguel , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

A) Jose Luis :

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional.

A) Vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de motivación del veredicto y la sentencia. Vulneración de lo preceptuado en el art. 61.1, apartado d) LOTJ, en relación con el art. 24 CE.

Vulneración del art. 2 LOTJ, por falta de motivación. Al amparo del art. 852 LECr. y del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva, y por la vulneración del art. 9.3 CE; principio de legalidad, el de seguridad jurídica y la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

B) Vulneración del derecho fundamental a ser informado de la acusación y al derecho de la defensa, en relación al hecho 17 del Objeto del Veredicto. Vulneración del principio acusatorio.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECrim.,

- por aplicación indebida del art. 29 CP.

- por aplicación indebida del art. 22.2 CP

- vulneración de la presunción de inocencia

B) Santiago :

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional.

a) Vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de motivación del veredicto y de la sentencia. Vulneración de lo preceptuado en el art. 61.1, apartado d) LOTJ, en relación con el art. 24 CE.

Vulneración por falta de motivación. Vulneración del art. 70.2 LOTJ.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr.

- por aplicación indebida del art. 22.2 CP.

- por inaplicación del art. 20.4 o, en su caso, del art. 21.1 en relación con aquél.

- vulneración de la presunción de inocencia.

C) Carlos Manuel :



Motivo Primero.- Al amparo del art. 849.1 infracción de precepto legal y 852 LECr., por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de motivación de las resoluciones judiciales, recogido en el art. 24 CE, así como del art. 61.1.d) de la LOTJ, por falta de motivación del veredicto que determina su nulidad.

Motivo Segundo.- Al amparo del art. 849.1 infracción de precepto legal y 852 LECr., por infracción de precepto constitucional, por vulneración al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de motivación de las resoluciones judiciales, recogido en su art. 24 CE, y 120 CE, por falta de motivación de la sentencia dictada por la magistrada-presidente.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECr., se denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamada por el art. 24 CE.

Motivo Cuarto.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por vulneración del art. 22.2 CP agravante de abuso de superioridad.

Motivo Quinto.- Por quebrantamiento de forma. Al amparo del art. 851.3 LECr., al no haber resuelto en la sentencia de apelación todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa.

Motivo Sexto.- Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del art. 852 LECr., por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva causante de indefensión ex art. 24.2 y 120 CE por falta de motivación de la resolución dictada en apelación.

Motivo Séptimo.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción del art. 66.6 CP y por quebrantamiento de la norma constitucional en su vertiente de ausencia de la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la resolución judicial art. 120 CE en la misma determinación de la pena.

D) Carlos Miguel :

Motivo Primero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por indebida aplicación de los arts. 138 y 139 CP.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.2, por error en la valoración de la prueba.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de Carlos Manuel se da por instruida de los recursos interpuestos por Santiago , Carlos Manuel y Jose Luis y se adhiere a los mismos, impugna el recurso interpuesto por Carlos Miguel , solicita la inadmisión del mismo, interesando la desestimación del recurso.

La representación procesal de Santiago y Jose Luis se da por instruida del recurso de casación interpuesto por Carlos Miguel , se opone al mismo, y la desestimación de los motivos alegados.

La representación procesal de Santiago y Jose Luis se da por instruida del recurso interpuesto por Carlos Manuel , y se adhiere al mismo.

El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite del recurso, impugnando los motivos del mismo, y subsidiariamente, la desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 5 de mayo de 2021; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 14 de septiembre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Jose Luis

PRIMERO.- 1. El primer motivo se interpone por infracción de precepto constitucional, en concreto por falta de motivación del veredicto, con vulneración de lo preceptuado en el art. 61.1 apartado d) de la LOTJ que exige que el veredicto tendrá que contener una sucinta explicación de las razones de culpabilidad en relación al art. 24.2 CE en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva.

Se denuncia que, en relación al recurrente, el veredicto únicamente se limita a exponer una lista de pruebas, transcribiendo parte de la declaración de las de carácter personal, pero no contiene una sucinta explicación, limitándose a enumerar los medios de prueba.

2. Como hemos dicho en la sentencia 523/2019, de 30 de octubre, con cita expresa de la sentencia 1060/2013, de 23 de septiembre:" es preciso diferenciar entre el deber de motivación que la LOTJ impone al jurado y el



que exige de los Tribunales profesionales. Para el Tribunal del Jurado no es que sea suficiente una sucinta explicación (art. 61.1 d) LOTJ); es que es justamente eso lo que le exige la Ley. Sería incluso "alegal" una exhaustiva motivación. El colegio de legos ha de fundar sus decisiones sucintamente, lo que supone señalar no necesariamente todos los medios de prueba tomados en consideración y detallar todo el itinerario mental recorrido para llegar a la decisión. Ese método expositivo, por otra parte, a veces no sería conciliable con las características de una decisión colegiada. En algunos puntos las razones de unos y otros integrantes del colectivo (nueve) pueden ser parcialmente divergentes (algún miembro del jurado puede haber puesto el acento en una fuente de prueba a la que otro da menos crédito; unos jurados pueden haber despreciado totalmente un dato incriminatorio que, sin embargo, para otro es decisivo...). Basta con que expresen de forma sucinta las pruebas que han determinado su convicción, de manera que posteriormente pueda controlarse la razonabilidad de esas conclusiones y la suficiencia de las pruebas tomadas en consideración. Esa imposibilidad real e inexigibilidad legal de reflejar todos y cada uno de los pasos e ingredientes del proceso mental discursivo valorativo se acentúa en los supuestos de prueba indiciaria plural, interrelacionada y compleja.

En ese segundo nivel -el de la razonabilidad de la valoración y suficiencia de la prueba- el Tribunal de apelación (eludimos ahora el tema, controvertido y con vericuetos, de la labor del Magistrado Presidente completando la motivación), sí que está llamado, al fiscalizar la suficiencia motivadora y la suficiencia probatoria; a comprobar el total de fuentes de prueba manejado por el Jurado y testar la racionalidad y fuerza explicativa de esa sucinta motivación. En casos como el presente en que la prueba es abundante y compleja, repleta de interdependencias y en que se entremezclan pruebas directas con otras muchas indiciarias, esa tarea exigirá exponer el rendimiento de las diferentes fuentes de prueba, de las que el jurado a veces solo ha mencionado alguna -la más significativa posiblemente, pues no se le exige exhaustividad- para comprobar si, en efecto, la certeza plasmada en el veredicto no se aleja de parámetros de racionalidad así como que ha valorado el conjunto de la prueba, sin sesgos y sentando las líneas para refutar hipótesis alternativas con igual nivel de probabilidad. La motivación sucinta del Jurado ha de ser contrastada en ocasiones con un análisis (que no valoración) de todo el material probatorio que constata la concordancia racional de las conclusiones del jurado con la prueba practicada, la congruencia de una y otra, y la suficiencia desde el punto de vista de la presunción de inocencia de ese material probatorio. Entra esa valoración dentro de lo que el motivo de apelación específico previsto en el art. 846 bis c) describe de esta forma: "El recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes: ... e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta".

La locución utilizada en el citado precepto introduce unos matices conceptuales que permiten especular que la presunción de inocencia arrastra un mayor poder fiscalizador en la apelación que en la casación, como ha dicho este Tribunal existe la idea, reforzada por la presencia en el elenco de causales de apelación de otro motivo específico por presunción de inocencia (art. 846 bis) en su apartado c), para explicar como, siendo la motivación fáctica una tarea que lógicamente ha de realizar quien extrajo la conclusión factual -el jurado-, eso no empece a que el Tribunal profesional al revisar la racionalidad y suficiencia de la motivación haya de adentrarse en el análisis íntegro de la prueba ("la prueba practicada en el juicio") y en particular de la enarbolada por el jurado como pilar de su convicción, para comprobar la corrección y razonabilidad de la decisión.

Nótese, igualmente, que la motivación es contextual. No se construye en el vacío. Se parte de un marco constituido por la prueba desplegada y el debate realizado en el que hay cosas indiscutibles o no controvertidas, otras que pueden suponerse, puntos claros y otros menos.... El jurado no ha de citar todas, absolutamente todas las pruebas practicadas y valoradas, ni se le exige que interrelacione íntegramente unas con otras tejiendo una red completa y tupida. En una motivación contextual hay sobrentendidos, evidencias, obviedades... de cuya mención puede prescindirse. La motivación ha de focalizarse en lo controvertido"(vid también entre muchas STS 142/2015, de 27 de febrero).

3. La cuestión plantea también lo fue en el recurso de apelación y resuelta por el TSJ en el FD 3º de la sentencia de instancia, en el que se hace constar que: *"En el presente caso la exposición por el Jurado de las razones de su decisión es suficiente a juicio de la Sala para concluir que el veredicto ha brotado del proceso, y no de ideas preconcebidas, intuiciones o razones ajenas a la prueba efectivamente practicada. Así, una lectura conjunta de los motivos esgrimidos fragmentariamente para cada uno de los puntos del objeto del veredicto permite deducir sin ninguna dificultad, como hemos dicho, que la consideración de que Santiago y Carlos Manuel fueron quienes acabaron con la vida de Carlos Miguel después de dispararle con las armas que portaban e igualmente que Benjamín, conocedor de la decisión adoptada por Santiago y Carlos Manuel, de ir a la busca de la víctima para acabar con su vida, les esperó en la plaza de los BARRIADA000 con el motor arrancado del vehículo, para ayudarles a huir; es la conclusión a que el Jurado llega después de presenciar la declaración de los testigos que han declarado en el juicio sobre la previa discusión entre Santiago y Carlos Miguel las declaraciones de los testigos a los que anteriormente hemos hecho referencia sobre la forma de realizar Santiago y Carlos*



Manuel los disparos y sobre el comportamiento del otro recurrente que los esperaba en el coche arrancado, las pruebas periciales de balística.. Si tales elementos de convicción son o no suficientes para fundar una condena es cuestión que no afecta a la validez del veredicto, y habrán de estudiarse, como así se ha hecho, en el marco de la vulneración o no del derecho a la presunción de inocencia, pero el veredicto está suficientemente motivado."

Como hemos dicho, la motivación del jurado es contextual hay evidencias y obviedades de cuya mención puede prescindirse, en tal sentido debe ser entendida esa necesaria motivación, y en el presente caso el tribunal de apelación entiende que la misma es suficiente -dejando al margen la presunción de inocencia-, puesto que existe una expresa referencia las declaraciones prestadas en el plenario por todos los testigos, vigilantes del HOSPITAL000 , Policías Nacionales NUM000 y NUM001 , Policía Local NUM002 , así como se hace expresa referencia a las declaraciones de Abelardo , Natalia y Nuria .

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- 1. El segundo motivo se basa en vulneración de lo preceptuado en el art. 70.2 de la LOTJ, por falta de motivación de la sentencia por la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado que debe completar el veredicto, así como por el TSJ de Andalucía al resolver el recurso de apelación.

Se afirma en el recurso que la Magistrada Presidenta se ha limitado, exclusivamente, a reproducir lo expresado por el Jurado, pero no realiza su función de complementar dicho veredicto, tomando como punto de vista la sucinta motivación del veredicto, lo que tampoco se lleva a cabo por el TSJ, limitándose a indicar que la sentencia hace un esfuerzo intelectual, pero no razona en que consiste dicho esfuerzo, por lo que entiende que ello implica la nulidad de la sentencia dictada por la Magistrada Presidenta.

2. La sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009, de 17 de Mayo y 1249/2009, de 9 de Diciembre.

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala --SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, pero sólo a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega.

A lo dicho hay que tener en cuenta el recordatorio de que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir, contra la sentencia de 10 octubre 2017 del Tribunal Superior de Justicia, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de dicha sentencia para rechazar tal violación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos, por ello, hemos dicho en STS 856/2014, de 26 diciembre, ante un control de legalidad ya que esta casación descansa sobre esa previa sentencia de apelación (SSTS 151/2014, de 4 marzo, 310/2014 de 27 marzo).

Más extensamente, la STS. 289/2012, de 13.4, señala: "Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, 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 del jurado. 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 del Tribunal del Jurado, 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".

3. La cuestión ya fue planteada en el recurso de apelación y resuelta por el TSJ de Andalucía en los siguientes términos: *" Por lo que se refiere a la motivación de la sentencia, no se le puede reprochar el "exceso narrativo" de transcribir el contenido de las pruebas mencionadas por el Jurado, así como de las conclusiones de los peritos, pues aunque en buena medida ello sería prescindible, bastando con resumir aquello que resultó relevante para la incriminación, no puede decirse que resulte mera reiteración de lo dicho por el Jurado, por cuanto sí se realiza un esfuerzo motivador suficiente respecto de lo que propiamente corresponde al Magistrado Presidente, que consiste en la inferencia de los elementos subjetivos del tipo (animus necandi) y la subsunción en las categorías normativas."*

Al respecto, debemos apuntar que como recordábamos en STS 694/2014, de 20 octubre, en relación a la motivación de las sentencias, "tiene establecido esta Sala que cuando son dictadas en un procedimiento de Jurado no puede exigirse a los ciudadanos que emitan el veredicto con el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que un juez profesional. Por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado solo requiere en el artículo 61.1.d) que conste en el acta de votación la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han admitido o rechazado como probados unos determinados hechos. Con ello se configura la motivación del veredicto, que debe ser lo suficientemente explícita para que el Magistrado-Presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el artículo 70.2 de la Ley, completando aquellos aspectos (SSTS 816/2008, de 2-12; 300/2012, de 3-5; 72/2014, de 29-1; 45/2014, de 7-2; y 454/2014, de 10-6, entre otras).

Y en las mismas sentencias que se acaban de citar también se argumenta que la motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, pues contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que el colegio decisorio ha admitido o rechazado determinados hechos como probados. Pero debe ser desarrollada por el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos. Se trata de una responsabilidad que la Ley impone a quien puede cumplirla, pues el Magistrado-Presidente ha debido asistir atento al juicio y a sus incidencias, ha estimado en el momento procesal correspondiente que existe prueba valorable que impide la disolución anticipada, ha redactado el objeto del veredicto y ha debido impartir al Jurado instrucciones claras sobre su función y la forma de cumplirla adecuadamente. Visto lo cual, debe estar en condiciones de plasmar con el necesario detalle en cada caso cuáles son las pruebas tenidas en cuenta por los jurados y cuál es su contenido incriminatorio, así como, en caso de prueba indiciaria y de elementos subjetivos, cuál es el proceso racional que conduce de forma natural desde unos hechos indiciarios ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, inferibles de aquellos.

En consecuencia, en este caso, como no estamos ante pruebas indiciarias, no es necesaria la explicación de la inferencia a la que hace referencia el recurrente, sino la explicación del contenido incriminatorio de las pruebas tenidas en cuenta por el Jurado, lo que sí es explicado en la sentencia de la Audiencia Provincial, tal y como se analiza en la sentencia recurrida, pues incluso se hace referencia a que existe un exceso narrativo, poniendo el énfasis motivador con respecto a lo que propiamente corresponde al Magistrado Presidente, que consiste en la inferencia de los elementos subjetivos del tipo y la subsunción en las categorías normativas, lo que sí se encuentra extensamente motivado tanto en la primera sentencia, como en la aquí recurrida dictada por el TSJ.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 1. El motivo tercero se basa en vulneración del derecho fundamental a ser informado de la acusación y del derecho de defensa, por infracción del principio acusatorio.

Se alega que con la modificación realizada por el Jurado del Hecho 17 del objeto de veredicto se han introducido unos hechos que alteran sustancialmente los mismos con una agravación de la responsabilidad criminal del acusado Jose Luis , lo que le ha producido una clara indefensión con obvia vulneración del art. 59 de la LOTJ y de la jurisprudencia que lo interpreta.



2. La Ley del Tribunal del Jurado obliga al Magistrado Presidente a que, al redactar el objeto del veredicto, por una parte, separe y numere los hechos alegados por las partes, y de otro lado, le exige que diferencie los hechos contrarios al acusado de aquellos que le sean favorables.

Pese a ello, pueden aparecer dudas sobre los hechos al Jurado, tal y como fueron alegados por las partes y quedaron reflejados en el documento redactado por el Magistrado Presidente, es decir en el escrito que contenga el objeto del veredicto.

Por ello, prevé la Ley la posibilidad que, de no obtenerse la mayoría, algunos de los miembros del Jurado puedan proponer una alternativa al hecho, o a cierto aspecto del mismo, sobre el que se deliberó y es objeto de votación.

En este caso, dispone el artículo 59.2 párrafo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado que redactado de nuevo el correspondiente hecho con las precisiones que se estimen pertinentes por quien propusiera la alternativa, y nuevamente redactado así el párrafo, será sometido a votación hasta obtener la indicada mayoría. Incluso la Ley, presenta la posibilidad de que el Jurado pueda modificar los hechos objeto del veredicto, pudiendo incluirse un párrafo nuevo o no propuesto con dos condiciones que exige el párrafo 2º *in fine* del artículo y Ley citados, que son, que la introducción de un nuevo párrafo en el objeto del veredicto, no puede alterar sustancialmente el hecho, ni tampoco que esa inclusión fáctica pueda determinar una agravación de la responsabilidad atribuida al acusado, así como que en ningún caso pueda dejarse de someter a votación la parte del hecho propuesto por el Magistrado- Presidente. Si el texto, incluyese alguna modificación, este texto debe escribirse en el acta, tal y como fue votado - artículo 60.1-a), párrafo 3º de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado.

3. La propuesta nº 17 del objeto de veredicto llevada a cabo por la Magistrada Presidenta era del siguiente tenor literal: " Jose Luis , conecedor de la decisión adoptada por sus tíos Santiago , Carlos Manuel y Carlos Manuel de acabar con la vida de Dimas , junto a su primo, Juan Ramón , les acompañó desarmado hacia el Patio de " DIRECCION002 " de la BARRIADA000 de Málaga, donde iba a tener lugar el crimen, preparando luego la huida de éstos."

Los miembros del Jurado modificaron el enunciado de la propuesta 17, en el siguiente sentido: " Jose Luis , conecedor de la decisión adoptada, por sus tíos Santiago y Carlos Manuel de acabar con la vida de Dimas , junto a su primo, Juan Ramón , les espero desarmado junto a sus coches en el Patio de " DIRECCION002 " de la BARRIADA000 , donde iba a tener lugar el crimen, preparando la huida de estos".

La citada modificación no supone una agravación en la responsabilidad imputada al acusado, la expresión alteración "sustancial" debe entenderse en este contexto en relación con el derecho de defensa, es decir que el límite de la flexibilidad de los jurados en la redacción del hecho se encuentra en la incorporación de modificaciones fácticas de las que la parte recurrente no pudo defenderse. En el caso actual no existe infracción alguna del principio acusatorio ya que la participación del acusado como cómplice estaba recogida en los escritos de acusación y en la narración de los hechos, reconociendo el propio recurrente que en el escrito de acusación de Carlos Miguel se hace constar que los autores huyeron con la ayuda de Juan Ramón y Jose Luis .

Por tanto, la modificación responde a la versión fáctica aportada por los testigos, y recogida en los escritos de acusación, de la que ha podido discrepar y defenderse. En definitiva, la modificación constituye una precisión que ni agrava la responsabilidad penal del recurrente ni altera los hechos de un modo sustancial, en el sentido en el que debe entenderse este término en el contexto del art 59 " *in fine*" de la LO 5/1995, de 22 de mayo .

Por otro lado, la modificación interesada por el Tribunal del Jurado fue puesta en conocimiento de la Magistrada Presidenta, la cual en comparecencia abierta de ampliación de instrucciones, puso en conocimiento de todas la partes la propuesta de modificación interesada por el Jurado, no manifestando las partes su oposición con la nueva redacción, acordándose posteriormente por parte de la Magistrada Presidenta la citada modificación de los hechos objeto del veredicto, tal y como analiza la sentencia recurrida en el FD 4º.

No se aprecia, en consecuencia, irregularidad alguna, habiéndose mostrado, además, la parte ahora recurrente tácitamente conforme con la modificación apuntada.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 1. El motivo cuarto se formula por infracción de ley, por un lado, del art. 29 del Código Penal, ya que, si bien el TSJ de Andalucía considera que el recurrente es responsable en concepto de cómplice, cuando la conducta descrita en el relato fáctico sería, en su caso, constitutiva de un delito del art. 450 del Código Penal -omisión del deber de impedir delitos-; también del art. 22.2 por aplicar la agravante de abuso de superioridad.



2. Hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuando el recurso de casación se formaliza por la vía del art. 849.1 de las LECrim, las alegaciones del recurrente -hemos dicho en una histórica e incesante jurisprudencia de cita prescindible- han de ajustarse a un ineludible presupuesto metodológico, que no es otro que la aceptación del relato de hechos probados proclamado en la instancia. El incumplimiento de este punto de partida, opera como causa de inadmisión que ahora se convierte en causa de desestimación (cfr. arts. 884.3 y 4 y 885.1 y 2 LECrim).

3. En cuanto al primer extremo denunciado, hay que tener en cuenta que, según el artículo 29 del Código Penal, son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

La doctrina ha entendido generalmente que la complicidad supone una aportación a la ejecución del hecho que, sin ser imprescindible, ha de ser de alguna forma relevante, de manera que suponga un favorecimiento o facilitamiento de la acción o de la producción del resultado. Esta aportación puede ser anterior o simultánea a la ejecución del hecho, pero siempre requiere la iniciación de los actos ejecutivos.

La jurisprudencia de esta Sala ha exigido la concurrencia de varios elementos, objetivos y subjetivos para que pueda apreciarse la existencia de complicidad -entre otras STS 384/2019, de 23 de julio-.

Como elementos objetivos es preciso, en primer lugar, que exista un hecho típico y antijurídico cometido por otro u otros. En este sentido, según la doctrina de la accesoriad limitada, el cómplice responde criminalmente aun cuando el autor quede exento de pena por una causa que excluya su culpabilidad.

En segundo lugar, se exige la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, lo que nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que, sin embargo, deben constituir una aportación relevante para su éxito. De un lado, por lo tanto, han de ser actos no necesarios, y así se habla en algunas sentencias de actos periféricos y de mera accesoriad (STS nº 1216/2002, de 28 de junio); de contribución de carácter secundario o auxiliar (STS nº 1216/2002 y STS nº 2084/2001, de 13 de diciembre); de una participación accidental y no condicionante (STS nº 1456/2001, de 10 de julio); o de carácter accesorio (STS nº 867/2002, de 29 de julio). De otro lado, ha de tratarse de una aportación o participación eficaz (STS nº 1430/2002, de 24 de julio); de un auxilio eficaz (STS nº 1216/2002, de 28 de junio), o de una contribución relevante (STS nº 867/2002, de 29 de julio).

Desde el punto de vista subjetivo, se exigen asimismo dos elementos. De un lado, un doble dolo. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos de un modo consciente a la realización de aquél. En la STS nº 1531/2002, de 27 de septiembre, afirmamos que es suficiente con que el dolo del cooperador sea de carácter eventual respecto del resultado que pueda seguir a la acción voluntaria que ejecuta el autor, a cuyo éxito encamina el cómplice su aportación.

Tal y como decíamos en nuestra sentencia 377/2011, de 12 de mayo: "La distinción entre complicidad y cooperación necesaria no siempre es sencilla. La jurisprudencia ha señalado en alguna ocasión (STS 594/2000, entre otras) que debe apreciarse la cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la " *conditio sine qua non*"), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y la complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario. Otras sentencias entienden más correctamente que la teoría del dominio del hecho no es adecuada para diferenciar ambas figuras, pues en realidad, tal dominio no es característico del cooperador que realiza su aportación en la fase previa a la ejecución, pues desde ese momento el dominio del hecho queda



en manos del autor. Resultando además que el cooperador que realiza su aportación indispensable para la comisión ya en fase de ejecución es en realidad un coautor, precisamente porque tiene el codominio funcional del hecho.

Las otras dos teorías, bienes escasos y *condictio sine qua non*, matizada ésta con referencia al plan del autor en el hecho concreto, vienen en realidad a fijarse en la relevancia de la aportación a los fines de ejecución del hecho, de manera que la cooperación necesaria se apreciará cuando tal aportación alcance tal importancia que excluya su consideración como colaboración secundaria que, en tanto tal, objetivamente, resultaría prescindible. Así, en la STS nº 16/2009 se afirma: "La complicidad se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso".

3.1. Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia afirma en la sentencia recurrida, -FD 6º-, que en el caso enjuiciado los Jurados determinaron con claridad la participación en los hechos de Jose Luis , siendo completada la participación del mismo por la sentencia recurrida al justificar como acreditado el conocimiento por parte del mismo de las pretensiones de Santiago y Carlos Manuel , acompañándolos en uno de los vehículos y esperándolos posteriormente para huir del lugar.

Por otro lado, hace expresa remisión a la sentencia recurrida en apelación, la cual, según el Tribunal, da una clara respuesta a la pretensión del recurrente en orden a la alegada contradicción entre los hechos 17 y 30. Concluye afirmando que de la redacción de los hechos probados no cabe deducir, como pretende su defensa, que la decisión de ayudar en la fuga surgiese con posterioridad a los hechos, sino que más bien evidencia que su presencia en el lugar de los hechos respondía a una intención previa de colaborar en caso de ser necesario, lo que nos lleva a la complicidad, y no al encubrimiento.

3.2. En efecto, estamos de acuerdo con lo argumentado por la Sala, ya que debemos partir del relato de hechos probados en el que se hace constar que " Benjamín , conocedor de la decisión adoptada por sus tíos Santiago y Carlos Manuel de acabar con la vida de Dimas , les esperó desarmado, junto a los coches, en el Patio de DIRECCION002 de la BARRIADA000 , preparando la huida de éstos, junto a su primo, Juan Ramón quien, sin embargo, desconocía tanto lo que había sucedido esa noche como la decisión de acabar con la vida de Dimas que habían adoptada su padre y su tío .", por lo que estamos ante un claro supuesto de complicidad conforme a lo anteriormente analizado.

Como tiene dicho esta Sala, acreditada la participación en los hechos del recurrente, precisamente ante la existencia de esa complicidad en el delito, en su confrontación con el tipo de omisión de impedir determinados delitos, debe prevalecer la responsabilidad penal por la cooperación al hecho delictivo, particularmente por estar incurrido el sujeto agente en la acción delictual, que el art. 450 C.P. precisamente quiere impedir.

En el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos cuya aplicación solicita el recurrente se castiga la genérica insolidaridad de los ciudadanos que, pudiendo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, impedir el delito de otro, no lo hacen conscientemente. En nuestro caso, a diferencia del art. 450 que contempla un delito de omisión, el recurrente Jose Luis , según se desprende del relato fáctico tenía pleno conocimiento del propósito de sus tíos de acabar con la vida de Dimas , a los cuales esperó en la BARRIADA000 con el motor arrancado del coche, para ayudarle a huir.

Por todo ello, los delitos son perfectamente diferenciables, por lo que el art. 450 C.P. no resulta de aplicación.

El motivo no puede prosperar.

4. En cuanto a la agravante de abuso de superioridad se caracteriza, según una doctrina reiterada de esta Sala, por las siguientes notas: la existencia de una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal); esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando esta agravante como una "alevosía menor" o de "segundo grado"; a tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, eso es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito; por último esa superioridad de la que se abusa no ha de ser inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque,



por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así (SSTS 1390/2011, de 27 de noviembre; 93/2012, de 16 de febrero).

En el presente caso concurre una situación de superioridad, por el importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada del medio utilizado para tal agresión, armas de fuego, y de ser dos contra uno, lo cual fluye directamente del relato fáctico.

En consecuencia, si bien el TSJ de Andalucía entiende que no concurre la alevosía apreciada en la sentencia de la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado, sí estima que es de aplicación la agravante de abuso de superioridad ya que los hechos se produjeron mediante la utilización de dos armas. Se produjo, pues, una disminución considerable en las posibilidades de defensa del ofendido. Por lo que hay un plus a favor del agresor en su ejecución criminal que determina la aplicación de la citada agravante.

El motivo no puede prosperar.

QUINTO.- 1. En el quinto motivo se alega vulneración del art. 24.2 de la CE, presunción de inocencia.

El recurrente afirma que las testificales expresadas en la sentencia del TSJ de Andalucía, además, de ejercer acusación particular, son familiares, y, por tanto, es muy posible la existencia de motivos de venganza o cualquier otro de carácter espurio, por lo que, como expresa la jurisprudencia del Tribunal Supremo hay que realizar un examen minucioso de las testificales, lo que no realiza el TSJ de Andalucía, a fin de evitar que las mismas estén basadas en cualquier sentimiento que ponga muy en duda la credibilidad de su contenido.

Denuncia un evidente interés en la causa de los testigos, sin que sea necesario, según el mismo, argumentar más, ya que los testigos están personados como acusación particular, además de que resulta patente las contradicciones habidas en sus distintas declaraciones, sumariales y en la del plenario, haciendo especial referencia al testigo Abelardo, por tanto, es necesario que razone porque no le da credibilidad a la prestada en la instrucción y sí en el plenario, más cuando están personados por medio de profesionales en la presente causa.

2. En cuanto a la naturaleza del recurso de casación en relación a los juicios competencia del Tribunal del Jurado, conforme señala la sentencia de esta Sala Segunda núm. 811/2016, de 28 de octubre, con remisión expresa a las sentencias núm. 660/2000, de 12 de Diciembre, 1126/2003, de 19 de Septiembre; y las más recientes 41/2009, de 20 de Enero, 168/2009, de 12 de Febrero y 717/2009, de 17 de Junio, 85/2012, de 7 de febrero, 136/2012, de 6 de marzo, 903/2012, de 21 de Noviembre, 1027/2012, de 18 de Diciembre, 302/2013, de 27 de Marzo, 721/2013, de 1 de Octubre, y 127/2015, de 3 de marzo, en sus orígenes históricos, la casación no era sino un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la Ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada precisamente por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el artículo 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza.... la seguridad jurídica...". De ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 y también en el Protocolo VII al convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, ratificado por España el 15 de Octubre de 2009, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que, en palabras de la Exposición de Motivos, "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica-.

De lo expuesto deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación o, dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación. Lo que quedó fuera del ámbito de conocimiento de la apelación no puede ser objeto del recurso de casación en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación. De este modo el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación.



En definitiva, el objeto del recurso de casación no está integrado por la sentencia dictada en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediatez, sino por la sentencia dictada por la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia, al resolver -y motivar- la queja sobre la insuficiencia o invalidez de las pruebas, así como sobre la falta de racionalidad con la que aquéllas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

3. El motivo fue alegado en el recurso de apelación y resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en el FD 5º, donde se razona que el Jurado llegó por unanimidad a la conclusión de que el acusado Jose Luis participó en los hechos, en concepto de cómplice, en base a las manifestaciones de los testigos presenciales - Abelardo y Natalia - quienes manifestaron que Jose Luis y Juan Ramón esperaban a los otros en los coches, que se montaron y se fueron también se basan los Jurados en las manifestaciones de Nuria que vio a aquellos acusados bajar y ve los coches arrancados, y en las manifestaciones del policía local que detiene a Jose Luis .

En definitiva, afirma el Tribunal que la prueba de cargo principal consiste en las declaraciones en juicio de dos testigos presenciales, quienes, de manera coherente y creíble para el Jurado, narran lo que vieron, son testimonios no sólo subjetivamente creíbles sino también que el contenido de sus declaraciones se encuentra corroborado con elementos externos que van en la misma dirección.

La Sala se remite a la argumentación de la Magistrada Presidenta llevada a cabo en el fundamento tercero de la sentencia, apuntando que resulta de todo punto fundamental las declaraciones de los testigos señalados, la del testigo protegido nº 1 y las periciales practicadas en el juicio, afirmando que son fundamentales las declaraciones de Abelardo y Natalia , sin que por el Tribunal se aprecien motivos espurios que enturbien su credibilidad.

En consecuencia, el Tribunal de instancia analiza la prueba de cargo y considera que la misma es suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, argumento que compartimos ya que son varias las testificales de cargo y en cuanto a la falta de credibilidad de alguno de ellos por ser familiares de la víctima, debemos apuntar que no ha resultado acreditado ánimo espurio alguno, entendido conforme a reiterada jurisprudencia como venganza, odio personal, resentimiento, sedicente promesa procesal de trato procesal más favorable , etc- , que , impulsando a la acusación de un inocente, permitan tildar el testimonio de falso o espurio, o, al menos , restarle fuerte dosis de verosimilitud o credibilidad, no siendo suficiente el dato apuntado de que los testigos son familia de la víctima, máxime si como ocurre en este caso, el testimonio coincide con otros apoyos probatorios, como hemos visto, para desvirtuar la presunción de inocencia.

El recurso debe ser inadmitido.

Recurso Santiago

SEXTO.- Los motivos primero y segundo se basan en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de falta de motivación del veredicto, con infracción de lo preceptuado en el art. 61.1 apartado d) de la LOTJ, en relación con el art. 24 de la CE, puesto que el veredicto consiste simplemente en un listado de pruebas indiciarias sin motivación alguna, así como del art. 70.2 de la LOTJ, que exige que la Magistrada Presidenta debe complementar el veredicto con explicación o razonamiento de la inferencia necesaria en aras al principio de presunción de inocencia.

Ambos motivos son coincidentes con los planteados por el coacusado Jose Luis y resueltos por este Tribunal en los FD primero y segundo de la presente resolución, a los que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- El motivo tercero se interpone por infracción de ley, con base en el art. 849.1 de la LECrim., por aplicación indebida del art. 22.2 del CP, agravante de abuso de superioridad, en relación a la ausencia de alevosía.

Se denuncia que se ha aplicado indebidamente el artículo 22.2º del Código Penal, al declarar acreditado por parte del TSJ Andalucía la agravante de abuso de superioridad al estimar el motivo en relación a la inexistencia de alevosía, y, para ello, ha procedido a realizar una modificación fáctica de los hechos probados, en el siguiente sentido: 1º. Que Dimas no estaba desarmado, sino que poseía un arma de fuego. 2º.- Que hizo uso del arma, disparando hacía Santiago , sufriendo por ello, una herida de bala en el hombro izquierdo. 3º.- Que solamente iban dos personas, los acusados, armados.

Como hemos dicho el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que el mismo los cuestiona, pues en el relato fáctico no se hace



constar que Carlos Miguel no estuviera desarmado ni que el mismo hiciera uso del arma, disparando hacía Santiago , sufriendo por ello, una herida de bala en el hombro izquierdo, como relata el recurrente.

Lo único que se modifica, como se indica en el FD 5º de la sentencia de instancia es suprimir en el hecho segundo la expresión " *expresión "... y dirigiéndose a él, de forma sorpresiva e inesperada y a sabiendas de que se hallaba desarmado, le disparó..... anulando cualquier posibilidad de defensa por parte de la víctima...*", explicando el Tribunal que en los hechos, conforme a la prueba practicada, habrían participado, al menos, 3 armas distintas, lo que junto a la existencia de una herida de bala propia de revólver, causada en el hombro de Santiago crea una duda de que la víctima no pudiera defenderse.

Lo único que afirma el Tribunal es que el silencio probatorio apuntado ha de beneficiar al reo en relación a la alevosía apreciada por el Jurado, pero que el dato acreditado de que los hechos se produjeran mediante la utilización de dos armas, al menos, justifica la apreciación de una circunstancia de abuso de superioridad, que fue postulada por las acusaciones.

En consecuencia, en los términos analizados en el FD 4º de la presente resolución, procede confirmar la aplicación de la agravante de abuso de superioridad apreciada por el Tribunal de instancia.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- El motivo cuarto se interpone por infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim, por inaplicación del art. 20.4º, o del 21.1 en relación con el anterior.

En el desarrollo del motivo se afirma que la sentencia del TSJ de Andalucía modificó los hechos probados que se expresan en la primera instancia, en el sentido de decretar como probado que Dimas poseía una pistola e hizo fuego contra Santiago , a consecuencia del cual, le produjo una herida en el hombro izquierdo.

También se razona que si bien en los hechos probados, no se expresa la persona que primero utilizó el arma de fuego, si el recurrente junto con el otro acusado condenado en primera instancia, o fue Dimas , o dispararon todos al mismo tiempo, entiende que es lo más razonable que fuese Dimas , al menos no se puede descartar, y que Santiago actuara en función de la acción de disparar del Sr. Dimas , por lo que en atención a la presunción de inocencia, o, el principio *in dubio in reo*, entiende el recurrente que se debe de aplicar o bien la eximente de legítima defensa (igualdad de armas, y, agresión ilegítima) o, al menos, una eximente incompleta, habida cuenta de que el exceso de disparos se pudo producir por el estado de tensión e incluso de miedo, al sentirse atacado, temiendo y ante la creencia de que le iba a arrebatar su vida.

De nuevo, el recurrente no respeta el relato fáctico, recogiendo como hechos probados los que no son tales, ya que en ningún momento se modifican los mismos en el sentido de afirmar como pretende el recurrente que Carlos Miguel poseía una pistola y que hizo fuego con la misma contra Santiago y que a consecuencia de ello le produjo una herida en el hombro izquierdo. El Tribunal solo hace referencia a la posibilidad de que el fallecido en el momento inicial del encuentro portase un arma, a los solos efectos de la eliminación de la alevosía, calificando los hechos como homicidio y no asesinato.

La sentencia de apelación explica en el FD 5º los motivos por los cuales no puede acogerse la existencia de la legítima defensa alegada diciendo que " *también se alega por la defensa del acusado Santiago que en los hechos enjuiciados concurre la circunstancia de legítima defensa argumento que no puede ser aceptado por cuanto que el Jurado al motivar el hecho quinto del objeto del veredicto, manifiesta por unanimidad no haber quedado acreditada la existencia de una previa agresión por parte de la víctima, lo que impide apreciar dicha circunstancia en ninguna de sus formas. AL respecto ha de tenerse en cuenta que, tratándose la legítima defensa de una causa de exoneración o atenuación de la responsabilidad, la carga de la prueba corresponde a la víctima, sin que, a diferencia del hecho delictivo y las circunstancias de agravación, queden cubiertas por la presunción de inocencia*".

En consecuencia, no habiéndose recogido como hecho probado que existió una agresión ilegítima por parte de la víctima, como es sabido requisito imprescindible para poder apreciarla como eximente o atenuante - artículo 20.4- 1º CP-, carece de sentido hablar de legítima defensa, por lo que el motivo carece de fundamento.

Se desestima el motivo.

NOVENO.- 1. El quinto motivo se basa en vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por no ser suficiente la prueba de cargo en relación a este acusado.

Se denuncia en el motivo que la Sentencia dictada en apelación considera que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque hay pruebas directas, concretamente testigos presenciales, Abelardo y Natalia , quienes manifestaron que Jose Luis y Juan Ramón esperaban a los otros en los coches, que se



montaron y se fueron, añadiendo la declaración de Nuria que vio a aquellos acusados bajar y ve a los coches arrancados y en las manifestaciones del policía local que detiene a Jose Luis .

Pero, pone de manifiesto que las testificales citadas en la sentencia del TSJ de Andalucía, además de ejercer acusación particular, son familiares y, por tanto, es muy posible la existencia de motivos de venganza o cualquier otro de carácter espurio, además todos los testigos presenciales o directos manifestaron que Carlos Miguel nunca tuvo un arma en su mano, es decir, que iba desarmado y la sentencia del TSJ de Andalucía ha decretado probado lo contrario que aquel iba armado y que hizo uso de la misma (...). El recurrente recoge las declaraciones de los testigos, queriendo poner de manifiesto que existen contradicciones entre las declaraciones que hicieron ante la policía, en el juzgado y en el juicio.

2. La Sentencia del TSJ aborda el tema de la prueba en el fundamento de derecho quinto donde dice que *"los acusados desde una u otra perspectiva han negado siempre su participación en los hechos. En el presente caso existe prueba directa sobre dicha participación, pues hubo testigos presenciales y, además se ha practicado prueba pericial suficiente para llegar a la conclusión de los recurrentes en los hechos.*

Santiago y Carlos Manuel , según el veredicto del Jurado, son considerados como autores de los disparos efectuados a la víctima; el Jurado se basa para ello en la propia declaración de Santiago en la que sitúa a Carlos Manuel detrás de él como a unos 10 metros, en la declaración de Carlos Manuel quien manifiesta que al ver a Santiago salir hacia arriba el sale a la esquina de Santiago ; en las declaraciones de Abelardo y Natalia , que presenciaron los hechos siendo su testimonio coincidente y ajeno a cualquier sentimiento de venganza, como se relata en la sentencia recurrida con todo detalle, quienes afirman haber visto a ambos acusados disparar con las armas que empuñaban, y finalmente, en la pericial forense quienes manifiestan haber observado dos trayectorias en los disparos que impactan en el cuerpo de la víctima, una de derecha a izquierda y otra de izquierda a derecha, lo que acredita la existencia de dos tipos de disparos como confirmaron los peritos de la Unidad balística de la policía (...).

En definitiva, la prueba de cargo principal consiste en la declaración en juicio de dos testigos presenciales, quienes de manera coherente y creíble para al Jurado, narran lo que vieron, son testimonios no sólo sea subjetivamente creíble (es decir, que el tribunal no aprecie motivaciones espurias y crea que lo que los testigos cuentan sea cierto, y además el contenido de sus declaraciones está corroborado con elementos externos que van en la misma dirección.

En el presente caso, tal y como hace notar la Magistrada Presidente en el fundamento tercero de la sentencia, resulta del todo punto fundamental las declaraciones de los testigos señalados, la del testigo protegido nº NUM003 y las periciales practicadas en el juicio, y decimos que son fundamentales las declaraciones de Abelardo y Natalia porque al tratarse, respecto de este extremo, de testigos directos, y al haber sido creída por el Jurado, tal hecho ha de considerarse probado con prueba directa, por lo que puede adquirir la condición de indicio suficientemente significativo, junto con el resto de circunstancias que se han acreditado".

3. Como hemos analizado en el FD 5º de la presente resolución, el Tribunal de instancia analiza la prueba de cargo y considera que la misma es suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, extremo que compartimos ya que son varias las testificales de cargo, y en cuanto a la falta de credibilidad de alguno de ellos por ser familiares de la víctima, debemos apuntar que no ha resultado acreditado ánimo espurio alguno, que , impulsando a la acusación de un inocente, permitan tildar el testimonio de falso o espurio, y que no resulta suficiente el dato apuntado de que los testigos son familia de la víctima, máxime si como ocurre en este caso, el testimonio coincide con otros apoyos probatorios.

Además, por el recurrente se afirma que todos los testigos presenciales o directos manifestaron que Carlos Miguel nunca tuvo un arma en su mano, es decir, que iba desarmado, lo cual es cierto, no siéndolo en cambio la afirmación de que la sentencia del TSJ de Andalucía ha decretado probado lo contrario que aquel iba armado y que hizo uso de la misma, pues nada de ello se declara acreditado como hemos expuesto en los anteriores fundamentos de derecho.

Por otro lado, las contradicciones que se mencionan en el escrito de apelación, se refieren a aspectos no esenciales de las declaraciones testificales -los lugares donde se encontraban en ese momento, los horarios, si los agresores se fueron andando tranquilamente o no, el número de personas que estaba presente etc-, pero en lo esencial, sobre quienes empuñaban las armas y dispararon contra el fallecido, las mismas resultan totalmente coincidentes.

En consecuencia, el Tribunal de 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 la experiencia y a los conocimientos científicos.

El motivo se desestima.

*Recurso de Carlos Manuel*

DÉCIMO.- Los motivos primero y segundo se formulan por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de falta de motivación del veredicto, con infracción de lo preceptuado en el art. 61.1 apartado d) de la LOTJ, en relación con el art. 24 de la CE, así como del art. 70.2 de la LOTJ, que exige que la Magistrada Presidenta debe complementar el veredicto.

El tema aquí planteado por el recurrente ha sido resuelto en los FD 1º y 2º, a los que nos remitimos para evitar reiteraciones.

Se desestima el motivo.

UNDÉCIMO.- El motivo tercero se basa en infracción del principio de presunción de inocencia, al amparo de los art. 852 de la ley procesal y 5.4 LOPJ.

El motivo es plenamente coincidente con el quinto de los planteados por el recurrente Santiago, y que hemos resuelto en el FD 9º, al que nos remitimos.

El motivo debe decaer.

DUODÉCIMO.- El motivo cuarto se basa en infracción de ley, art. 849.1, en relación al art. 22.2, agravante de abuso de superioridad.

Este motivo coincide con el tercero del recurso formulado por Santiago, y resuelto en el FD 7º, con expresa remisión al FD 4º, que damos por reproducido.

El motivo no puede prosperar.

DÉCIMO TERCERO.- 1. Los motivos quinto y sexto se articulan por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1.3º LECrim, por no haber resuelto la sentencia de apelación todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa, y en íntima conexión con el motivo quinto, en el sexto se alega falta de motivación sobre los mismos de la sentencia de apelación.

Los motivos tienen su fundamento en la petición realizada en el apartado sexto del recurso de apelación, en la aplicación del artículo 846 bis c) apartado b) por infracción de precepto legal, artículo 66.6 CP en la regla de determinación de la pena de una forma razonada y, asimismo, en el artículo 846 bis c) apartado a) por quebrantamiento de la norma constitucional en su vertiente de ausencia de la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la resolución judicial, artículo 120 de la Constitución en la determinación de la pena, es decir, en la individualización de la pena que hizo la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado en relación a la graduación de la misma en su grado máximo, en relación al delito de tenencia ilícita de armas.

Afirma el recurrente que, frente a tal petición, no existe en la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y penal del TSJ de Andalucía resolución expresa, lo que determinó que solicitara en escrito de fecha 14 de diciembre de 2020 complemento de sentencia al amparo del artículo 161 LECrim, siendo así que el propio tribunal concluyó que no proceden las aclaraciones y complementos solicitados, lo que le ha generado indefensión.

2. Respecto a la incongruencia omisiva, hay que recordar que este vicio procesal exige que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, de 25 de julio). En efecto, esta Sala viene afirmando de forma constante (SSTS 603/2007, de 25-6; 54/2009, de 22-1; y 248/2010, de 9-3) que la incongruencia omisiva es atendible en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio. Ese deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejados en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Es cierto que este punto fue articulado en el recurso de apelación, tal como se recoge en los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada, y que no aparece examinado expresamente en dicha sentencia.

Sin embargo, tal y como acertadamente indica el Ministerio Fiscal, también lo es que la parte recurrente presentó un escrito frente a la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación, interesando la aclaración de tal resolución en este punto, siendo contestada en el Auto de fecha 18 de enero de 2021 (fols 92 y ss del Rollo



de Apelación), en los siguientes términos: *"por último se solicita complemento de la sentencia en lo atinente al motivo de apelación en el que se denunciaba infracción de ley en la determinación de la pena por el delito de tenencia ilícita de armas, al considerarse que ello no estaba suficientemente motivado en la sentencia de instancia, y pese a la aplicación, para el acusado Santiago de la atenuante de confesión.*

Siendo cierto que no existen razones expresamente referidas a dicho motivo, también lo es que no existe omisión en el sentido de falta de pronunciamiento sobre pretensión alguna, pues en el fallo de la sentencia se delimita qué motivos son estimados y se confirman el resto de pronunciamientos de la sentencia.

En todo caso, si lo que se solicita es el complemento de la motivación de la sentencia sobre este particular, bastaría con decir que la atenuante de confesión sólo es apreciada para el delito de asesinato (convertido en homicidio con abuso de superioridad), y que las razones dadas en la sentencia de instancia para la imposición de la pena parecen a la Sala suficientes dentro del margen de discrecionalidad que el legislador atribuye al órgano judicial, por lo que no existe infracción de ley. El tipo de arma utilizada (arma de fuego corta, de más peligrosidad por su mayor uso y facilidad de ocultación), su tenencia en la calle, y la voluntad de su utilización con su peor destino o finalidad posibles son razones que determinan que las penas impuestas no puedan calificarse de arbitrarias".

En consecuencia, en el auto aclaratorio se expresan claramente las razones por las que el Tribunal de Apelación considera que la pena de dos años de prisión impuesta por el delito de tenencia ilícita de armas es correcta y no puede ser calificada de arbitraria, dando respuesta a la cuestión que ahora se denuncia -que no ha sido objeto de respuesta por el Tribunal de instancia-, el cual sí ha dado cumplida respuesta a esta cuestión planteada en el recurso, en concreto en el Auto de aclaración de sentencia de fecha 18 de enero de 2021, que forma parte de la misma.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo séptimo se basa según su enunciado en el art. 849.1 de la LECrim, ya que determinados motivos alegados en el recurso de apelación no fueron resueltos: infracción del art. 66.6 del CP; y por quebrantamiento de norma constitucional en su vertiente de ausencia de tutela judicial efectiva por falta de motivación, en base al art. 120 de la CE.

Afirma el recurrente que el hecho de haberse utilizado el arma para matar a una persona, tal como razona la sentencia de la Magistrada Presidenta, es el único razonamiento para imponerla en su grado máximo, y que tal agravación ya está contemplada e implícita en el propio delito de asesinato con alevosía por el que se le penó (sic), por lo que cree que dicha agravación no aparece justificada. Añade que menos justificada está esa imposición de pena a Santiago al que se le apreció la atenuante de confesión.

La queja no puede prosperar, ya que la sentencia que se recurre es la de apelación, no la dictada por la Magistrada Presidenta, y como hemos analizado en el anterior fundamento de derecho, la Sala justifica la extensión de la pena en el tipo de arma de pequeño tamaño, de mayor peligrosidad por su facilidad de ocultación, y la voluntad de su utilización con su peor destino o finalidad posibles, la de matar a una persona. Afirma el recurrente que tal agravación está implícita en el propio delito de "asesinato con alevosía por el que se le penó", obviando que la sentencia de apelación estima parcialmente los recursos de los acusados, excluye la alevosía, y califica los hechos como constitutivos de un delito de homicidio, absolviendo a los acusados del delito de asesinato por el que venían condenados.

A lo anterior debemos añadir que estamos ante dos delitos diferentes, con dos bienes jurídicos distintos, por lo que el motivo no puede prosperar. En efecto su inviabilidad deriva de que la doctrina reiterada de esta Sala -con alguna exclusión muy concreta-, ha sido favorable, incluso a la doble consideración de los subtipos agravados aunque sea la misma arma la que es utilizada de manera próxima en tiempo y espacio (SSTS 568/2009 y 799/2010, así como la más reciente 377/2020, de 8 de julio, entre otras), ya que no existe identidad de hecho entre dos comportamientos, como ocurre en este caso -matar y tenencia ilícita de armas- que atacan a bienes jurídicos diversos porque en ambos sea utilizado un mismo instrumento, sin que la valoración del uso del mismo, subsumiendo los diferentes comportamientos en sendos subtipos, cualificados por el medio usado, implique una doble valoración y, mucho menos si como ocurre en este caso el uso de arma solo se tiene en cuenta para individualizar la pena del delito tenencia ilícita de la misma.

El motivo se desestima.

Recurso de Carlos Miguel

DÉCIMO QUINTO.- 1. El único motivo del recurso se base en error en la valoración de la prueba, porque el Tribunal de Apelación entiende que no concurre alevosía pese a haber sido considerado hecho probado por el Tribunal del Jurado.



Afirma que la víctima recibió la mayor parte de los disparos por la espalda con una distancia de disparo que oscila entre 1,35 metros y 1,54 metros. Entiende el recurrente que el único motivo por el que actuaron de esa forma los condenados fue para asegurar la muerte de la víctima la cual, estando de espaldas, desarmado y tirado en el suelo, no ponía en riesgo de ningún modo a los agresores. No podía ofrecer respuesta alguna.

2. La agravante de abuso de superioridad concurre cuando la defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor (o agresores) que se ve por ello asistido de una mayor facilidad para la comisión del delito y el elemento subjetivo de abuso de superioridad reside simplemente en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad.

Así se ha pronunciado reiterada jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la s. 85/2009, de 6-2, en la que se declara que para que concurra abuso de superioridad es preciso que se dé un importante desequilibrio de fuerzas a favor del agresor; que de él se siga la notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido; que esta situación de asimetría fuera deliberadamente ocasionada o conocida, exista un aprovechamiento de la misma; y en fin, que esa situación de ventaja de la que se abusa no sea inherente al delito (STS 684/2017, de 18-10).

Las sentencias 863/2015, de 30 de diciembre, y 438/2021, de 20 de mayo, destacan que esta agravante precisa de la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) Un requisito objetivo: que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada de cualquier circunstancia. Bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho de que concurren una pluralidad de atacantes (superioridad personal), siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación.

2) Un resultado: que esta superioridad ha de producir una notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la doctrina jurisprudencial viene considerando a esta agravante como una alevosía menor o de segundo grado.

3) Un requisito subjetivo: consistente en que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ellas para más fácil realización del delito. Este elemento subjetivo supone la intencionalidad del abuso prepotente, es decir que la superioridad tiene que haberse buscado de propósito o, al menos, aprovechado, por lo que no concurre la agravante cuando la superioridad no ha sido buscada de propósito ni siquiera aprovechada, sino que simplemente surge en la dinámica comisiva.

4) Un requisito excluyente: que la superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

3. En cuanto a las diferencias de esta agravante con la alevosía, la jurisprudencia de esta Sala (ver SSTs 606/2015 y 24/2016, de 28-1) considera "como elemento esencial para diferenciar la alevosía del abuso de superioridad el hecho de que esta última sea tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante genérica del art. 22.2º del CP. Por eso la jurisprudencia viene considerando a la agravante de abuso de superioridad como una alevosía menor o de segundo grado".

Es cierto que la delimitación entre el espacio propio de la alevosía y el del abuso de superioridad no es categórica o estructural sino gradual o progresiva, de modo que ha de atenderse a criterios cuantitativos y no cualitativos a la hora de diferenciarlos, lo que dificulta el establecimiento de pautas interpretativas claras y generalizables. Pero lo que sucede en el presente caso es que por exigencia de la necesaria congruencia entre lo declarado probado por el Tribunal del Jurado, asumido por el de apelación la ejecución de los hechos por dos personas disminuyó de forma importante las posibilidades de defensa y su calificación jurídica, el abuso de superioridad debe ser mantenido.

4. En el FD 5º de la sentencia apelada se estiman parcialmente los recursos interpuestos por las defensas, argumentando el Tribunal que de *"la prueba pericial no puede extraerse absolutamente ninguna conclusión sobre qué ocurrió en los momentos inmediatamente anteriores a la agresión, ni puede tampoco deducirse que Santiago y Carlos Manuel se aproximasen sigilosamente por detrás para disparar a la víctima estando éste desprevenido. La prueba de examen del lugar y la de autopsia sólo son útiles para reconstruir la secuencia de los disparos, pero no para conocer si la víctima estaba desprevenida, sin que a tal efecto pueda resultar suficiente el que no se advirtieran evidencias de una lucha previa, ni de una lucha posterior a los disparos ."*



Sigue argumentando el Tribunal, que lo que ha quedado probado es que entre Santiago y la víctima, ese mismo día de los hechos, hubo una discusión y que posteriormente, Santiago, Carlos Manuel y Juan Ramón, se trasladaron en busca de la víctima y al llegar a la BARRIADA000, al ver pasar a Carlos Miguel a bordo de su vehículo Ford Escort, Santiago le dijo que se bajase del coche y lejos de marcharse del lugar, accediendo a ello y, según alguna de las declaraciones prestadas por los presentes, le hizo frente levantándose la camiseta, manifestó a Santiago al verle, el arma, que pelearían con las manos.

Finalmente, se afirma por el Tribunal que tiene dudas severas sobre el hecho acreditado, no tenido en cuenta por el Jurado, referente a que Santiago, tuviera una herida de bala en el hombro y que en el informe pericial, ratificado en el juicio, de los Inspectores de la Unidad Central de Balística Forense de Madrid (Números NUM004 y NUM005) manifestaran que en los hechos habrían participado, al menos, 3 armas distintas " *una pistola semiautomática con cañón poligonal que percute las nueve vainas, un revolver que dispara una bala y otra arma, probablemente un revolver modificado, que dispara una bala. La existencia de una herida de bala propia de revólver, causada en el hombro de Santiago crea una duda de que la víctima no pudiera defenderse, sin que la explicación dada por el Jurado para justificar que la víctima estaba desarmada en el momento inicial de los hechos resulte lógicamente convincente, pues el que en algún momento tuviese ambas manos libres no impide en absoluto que en el momento inicial sí portase un arma, como por otra parte se puede inferir con naturalidad por el hecho de que uno de los agresores acabara con una herida de bala frontal en su hombro, provocada con un tipo de arma diferente a las que causaron los impactos de bala en la víctima.*"

La Sala concluye que el silencio probatorio ha de beneficiar al reo por aplicación del principio de presunción de inocencia, que cubre no sólo la participación en los hechos, sino la concurrencia de circunstancias de agravación de las penas, motivo por el que excluye la alevosía modificando el relato fáctico en el sentido de suprimir del hecho segundo, la expresión "... y dirigiéndose a él, de forma sorpresiva e inesperada y a sabiendas de que se hallaba desarmado, le disparó..... anulando cualquier posibilidad de defensa por parte de la víctima..."; así se hace constar en el fundamento de derecho quinto de la resolución recurrida -aunque lo correcto hubiera sido haber llevado a cabo un relato factico modificado al margen de la fundamentación jurídica, extremo sin transcendencia alguna a los efectos analizados porque beneficia el reo-.

Compartimos lo argumentado por la Sala, no obstante lo anterior, tal y como hemos analizado en los anteriores fundamentos de derecho, ha quedado acreditado que los hechos se produjeron mediante la utilización de dos armas, al menos, lo que ya por sí mismo justifica la apreciación de una circunstancia de abuso de superioridad, que también fue postulada por las acusaciones.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, procede imponer a los recurrentes las costas causadas en este recurso.

FALLO

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

1º Declarar no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las representaciones legales de **Jose Luis, Santiago, Carlos Manuel, y Carlos Miguel**, contra Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001, sede en Granada, en el Recurso de Apelación nº 20/2020, dimanante del Procedimiento Tribunal del Jurado nº 7/2019, de la Audiencia Provincial de Málaga.

2º Imponer a los recurrentes las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Comuníquese la presente resolución al Tribunal de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.