

## EDJ 2005/157503

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 20-9-2005, nº 1049/2005, rec. 1209/2004

Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón

Comentada en "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en delitos conexos por medios comisivos violentos"

### Resumen

*Se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de homicidio y de robo con violencia o intimidación. El TS comprueba que la sala de instancia contó con las declaraciones del esposo de la fallecida, de un testigo, de los dos policías nacionales que persiguieron al acusado hasta su detención y la de los vigilantes de seguridad que colaboraron en la misma, prueba testifical que permite conocer toda la secuencia de los hechos y es prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia en orden a la participación del acusado en los hechos denunciados.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Conv. de 4 noviembre 1950. Convenio Europeo para la Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

art.6.2

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.24

Instr. Ratif de 19 diciembre 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

art.14.2

Decl. de 10 diciembre 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos

art.11

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	4
FALLO .....	7

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### HOMICIDIO

##### ACCIÓN Y RESULTADO

Apreciación del homicidio

##### PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

#### ROBO

##### CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS

Apreciación de su existencia

##### PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

#### TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

##### PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Facultades judiciales

Valoración de la prueba

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.6.2 de Conv. de 4 noviembre 1950. Convenio Europeo para la Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

Aplica art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.14.2 de Instr. Ratif de 19 diciembre 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Aplica art.11 de Decl. de 10 diciembre 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Cita art.28 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.5.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.849.1, art.849.2 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

## Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Madrid de 30 septiembre 2004 (J2004/145340)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba ATS Sala 2ª de 29 septiembre 2004 (J2004/163262)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 1 abril 2004 (J2004/31410)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 16 abril 2003 (J2003/35152)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 28 febrero 2003 (J2003/6577)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 7 octubre 2002 (J2002/39436)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 21 mayo 2002 (J2002/27840)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 9 octubre 2001 (J2001/36705)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 20 julio 2001 (J2001/26121)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 28 marzo 2001 (J2001/1439)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 septiembre 2000 (J2000/31869)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 11 septiembre 2000 (J2000/24412)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 26 julio 2000 (J2000/23687)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 julio 2000 (J2000/19124)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 abril 2000 (J2000/9203)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 21 diciembre 1999 (J1999/35876)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 abril 1999 (J1999/8879)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 diciembre 1998 (J1998/26417)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 9 octubre 1998 (J1998/23103)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 julio 1998 (J1998/14256)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 marzo 1998 (J1998/1299)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 28 noviembre 1997 (J1997/10557)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 20 mayo 1997 (J1997/5118)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 4 octubre 1994 (J1994/7927)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 julio 1994 (J1994/5775)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STC Sala 1ª de 14 junio 1993 (J1993/5744)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 30 marzo 1993 (J1993/3144)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 marzo 1993 (J1993/3063)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 21 diciembre 1992 (J1992/12678)

Cita en el mismo sentido sobre TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Facultades judiciales - Valoración de la prueba STS Sala 2ª de 7 abril 1992 (J1992/3419)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 febrero 1992 (J1992/1188)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 febrero 1991 (J1991/1303)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 20 julio 1987 (J1987/131)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 3 julio 1986 (J1986/4660)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 marzo 1986 (J1986/2187)

## Bibliografía

Comentada en "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en delitos conexos por medios comisivos violentos"

Citada en "B2012/18"

En la Villa de Madrid, a veinte de septiembre de dos mil cinco.

En el recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Millán, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, que condenó al acusado, por un delito homicidio y delito de robo con violencia o intimidación; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón

Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Silvino González Moreno.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 11 de Madrid, instruyó Sumario con el número 8 de 2003, contra Millán, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección Primera, con fecha 30 de septiembre de 2004, dictó sentencia EDJ 2004/145340, que contiene los siguientes: Hechos Probados:

Único.- Sobre las 20,10 horas del día 8 de junio de 2003 el acusado Millán en compañía de un menor de edad (juzgado por estos hechos en la jurisdicción de menores) y puestos de común acuerdo, portando al menos uno de ellos una navaja con pleno conocimiento del otro, para el caso de que fuese necesario utilizarla en el curso del apoderamiento que pretendían llevar a cabo, abordaron por la espalda y con la finalidad de despojar de sus pertenencias a la pareja de turistas formada por Fermín de 40 años y Alicia de 32 años madre de cuatro hijos, cuando caminaban por la calle F. de Madrid; mientras uno de ellos rodeó por el cuello al hombre y forcejeó con él, arrebatándole la cámara de vídeo que llevaba colgada al cuello, el otro se dirigió a la mujer y tras forcejear brevemente con ella, le asestó un navajazo, con ánimo de quitarle la vida, que entró por debajo de la parrilla costal y le atravesó el corazón, ocasionándole de modo inmediato e irreversible la muerte; tras el navajazo, le quitó el bolso que ella portaba y ambos salieron huyendo hacia el Paseo C.

Fueron perseguidos por el esposo de la fallecida y por un ciudadano que casualmente pasaba por allí, así como por dos policías pertenecientes al servicio de seguridad del Congreso de los Diputados, alertados por los gritos. El esposo volvió hacia el lugar donde había quedado su esposa y la persecución continuó por parte del ciudadano y los dos policías. El acusado y su compañero se detuvieron unos instantes en el Paseo P. junto a unos arbustos para registrar el bolso, pero al percatarse de que eran perseguidos, dejaron allí el bolso y su contenido y reiniciaron la carrera, todavía con la cámara de vídeo en su poder; los dos agentes continuaron la persecución hasta la Estación A., donde ayudados por dos vigilantes de seguridad, pudieron detener al acusado y a su compañero, quienes se opusieron de forma violenta a su detención y lesionaron a los dos vigilantes llamados Ángel Jesús y Constantino.

En ese momento, el acusado tenía en su poder la cámara de vídeo y en el cacheo se le incautó una navaja.

Tanto la cámara como el bolso fueron entregados al esposo de la fallecida.

No ha quedado probado que ese mismo día, hacia las 17,45 horas el acusado en compañía de otra persona, tras asestar un navajazo a Jon, que se encontraba sentado en un banco de la Plaza de Embajadores, le hubiera arrebatado el teléfono móvil.

Por otra parte, a las 19,30 horas de ese mismo día, en el Paseo P., dos personas abordaron a María Consuelo y José Luis; uno de ellos colocó a María Consuelo una navaja en el cuello, cortó la tira de su mochila y se inició un forcejeo entre ambos en el curso del cual María Consuelo recibió un navajazo en el brazo, sufriendo lesiones de las que tardó en curar 12 días; mientras tanto, el otro agresor tiró al suelo a José Luis y le arrebató unas gafas, un reloj y un bolso. No ha quedado probada la participación del acusado Millán en estos hechos.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallo: Que debemos condenar y condenamos a Millán como autor responsable de un delito de HOMICIDIO a la pena de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante la condena; y como autor de un delito de ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, en ambos casos con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, así como al pago de la mitad de las costas procesales y a que indemnice a los cuatro hijos y al esposo de Alicia en la suma de ciento veinte mil euros a cada uno de ellos.

Dedúzcase testimonio de las actuaciones relativas a las lesiones sufridas por los dos vigilantes de seguridad de la Estación A., por si fueran constitutivas de infracción penal.

Debemos absolver y absolvemos libremente al acusado de los demás delitos por los que estaba acusado, con declaración de oficio de la mitad de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena principal le abonamos el tiempo que ha estado privada de libertad, si no se hubiera aplicado a otra causa.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días.

Se remitirá también testimonio de la misma a la Embajada de Grecia a fin de que pueda ser comunicada a Fermín y para que pueda tener conocimiento de su contenido.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional, por Millán, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes motivos de casación.

Primero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. EDL 1985/8754 por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 CE. EDL 1978/3879

Segundo.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. EDL 1882/1

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día catorce de septiembre de dos mil cinco.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ. EDL 1985/8754 por vulneración del Derecho Fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 CE. EDL 1978/3879

Considera el recurrente vulnerado tal derecho toda vez que la sentencia procede a su condena como autor responsable de un delito de homicidio, sin haberse practicado en el acto del juicio oral un mínimo de actividad probatoria de cargo capaz de enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, y no solamente no se produjo esa actividad probatoria sino que de todo lo instruido no existe un solo dato objetivo del que pudiera inferirse que fue él la persona que asestó la mortal puñalada, existiendo, por el contrario, datos objetivos que indican que no fue el quien acabó con la vida de Alicia, al limitarse a robar violentamente al acompañante de ésta Fermín, y no obstante ello, el recurrente es condenado como autor de un delito de homicidio, cuando ese previo concierto no lo sería para acabar con la vida de nadie, sino para el apoderamiento de lo ajeno. La posterior conducta de su compañero constituye algo que escapa al acusado, que no puede tener el condominio del hecho, ni dominar el acto y ni siquiera puede imaginarse ni representarse tan siquiera la posibilidad de que su acompañante hiciera lo que hizo.

Con carácter previo debemos recordar que el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en nuestro derecho con rango fundamental en el art. 24 CE EDL 1978/3879 , implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (art. 11 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 6.2 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y art. 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), pero tal principio con garantía constitucional es de naturaleza fáctica y comprende los hechos que se consideran delictivos y la presencia e intervención en ellos del acusado, y, una vez probados, la subsunción jurídico o, lo que es lo mismo, su calificación, escapa al campo de la presunción, pues pertenece a la función del Juzgador en el área de la legalidad ordinaria.

Es decir, como precisa la STS. 451/2004 de 1.4 EDJ 2004/31410 , el principio constitucional de presunción de inocencia despliega sus efectos en el ámbito de los hechos, y no en el terreno de los elementos subjetivos del delito, la calificación jurídica o los juicios de inferencia obtenidos por el Tribunal "a quo" en relación a la concurrencia de los factores anímicos del sujeto en lo que concierne a sus sentimientos, proyectos y objetivos que conforman el dolo del tipo penal, cuyo cauce impugnativo es el establecido en la infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. EDL 1882/1

En efecto el alcance de la presunción de inocencia se extiende a los datos objetivos y materiales del comportamiento típico y de la participación tenida en él por el acusado, pero no a los elementos subjetivos del tipo, ya que por su misma naturaleza no pueden percibirse por los sentidos ni ser objeto de prueba en sentido estricto -testifical, documental, etc-, debiendo por ello obtenerse a partir de los datos objetivos y materiales, mediante juicio de inferencia, esto es, a través de la deducción corresponde al cauce casacional del art. 849.1 LECrim. EDL 1882/1 por infracción de Ley, en la medida en que se combate un elemento subjetivo del tipo (Auto TS. 1432/04 de 29.9 EDJ 2004/163262 , STS. 1795/01 de 9.10 EDJ 2001/36705 ). En este sentido la STS. 712/97 de 20.5 EDJ 1997/5118 , recuerda que el ámbito de la presunción de inocencia queda circunscrito a los hechos externos y objetivos subsumibles en el precepto penal, pero nunca al elemento subjetivo de la concreta tipicidad (STC. 195/93 EDJ 1993/5744 ).

Por consiguiente su alegación en el proceso penal queda constreñida comprobar por el Tribunal de casación que el de instancia ha tenido en cuenta prueba de cargo, de contenido suficientemente incriminatorio, obtenida e incorporada al juicio oral con respecto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regula su practica de manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos, con unas circunstancias agravatorias relevantes jurídico- penalmente y la participación o intervención del acusado en los mismos.

También debe el Tribunal verificar que la valoración realizada no se aparte de las reglas de la lógica y no es, por tanto, irracional o arbitraria. Las posibilidades de realizar esa revisión no suponen una autorización para invadir el campo de la valoración de la prueba, extremo que corresponde al Tribunal de instancia, ante el cual se practica y puede por ello realizar un análisis conjunto y completo de toda la practicada. Hemos dicho en STS. 20/2001 de 28.3 EDJ 2001/1439 que "el derecho a la presunción de inocencia, según la doctrina de esta Sala, alcanza solo a la total ausencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales (SSTS. 7.4.92 EDJ 1992/3419 y 21.12.99 EDJ 1999/35876 )". Cuando se trata de prueba testifical, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que corresponde otorgar a cada testigo es tarea atribuida al Tribunal de instancia, en virtud de la inmediación, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo en casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por aquel Tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria. Tiene dicho esta Sala en S. 146/99 que el juicio sobre la prueba practicada en juicio oral es solo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta en la observación por parte del Tribunal de los hechos, en las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y en conocimientos científicos. Por el contrario son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos queda, en principio fuera de la posibilidad de revisión en el marco de la casación (STS. 30.3.93 EDJ 1993/3144 , 7.10.2002 EDJ 2002/39436 ).

En definitiva, la doctrina de esta Sala (STS. 16.4.2003 EDJ 2003/35152 ), en orden a la vulneración de la presunción de inocencia señala que se debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si esta prueba es de contenido incriminatorio, si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es si accedió libremente al juicio oral; si ha sido practicada con regularidad procesal, si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador. Más allá no se extiende nuestro control cuando de la vulneración de presunción de inocencia se trata.

El intento de que esta Sala vendrá a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso (STS. 120/2003 de 28.2 EDJ 2003/6577 ). Por ello el derecho a la presunción de inocencia alcanza solo a la total carencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halle reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las garantías procesales.

Pues bien, en el caso que se analiza la sentencia de instancia EDJ 2004/145340 considera acreditados los hechos que declara probados, tal como razona en el primero de los Fundamentos Jurídicos, por las declaraciones del esposo de la fallecida Fermín del testigo Blas, de los dos policías nacionales que persiguieron al acusado hasta su detención y la de los vigilantes de seguridad que colaboraron en la misma, prueba testifical que permite conocer toda la secuencia de los hechos, desde el comienzo hasta la detención y considerar probado que los hechos los cometieron dos personas, uno de ellos el acusado, y que es prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia en orden a su participación en los hechos denunciados.

Cuestión distinta es que como la sentencia no ha especificado si fue el recurrente el autor material de la puñalada que acabó con la vida de la víctima, si por tal motivo se ha infringido el principio de culpabilidad.

La respuesta debe ser negativa con la consiguiente desestimación definitiva del recurso.

En efecto es cierto que entre los principios fundamentales del Derecho Penal ha sido reconocido sin excepciones el de la responsabilidad personal. De acuerdo con este principio la base de la responsabilidad penal requiere, como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie pueda ser responsable por las acciones de otro. En este sentido se ha sostenido por el Tribunal Constitucional S. 131/87 EDJ 1987/131 que "el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad".

Ahora bien, como recuerda la sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo 884/2002 de 21.5 EDJ 2002/27840 , la coautoría es una figura jurídica que en modo alguna es contraria al principio de culpabilidad, pues aun cuando, de acuerdo con el principio de culpabilidad, ésta es individual, en los casos de coautoría nada excluye la individualidad de la culpabilidad.

Así son reiteradas la sentencias del Tribunal Supremo que considera coautores a los que intervienen en el hecho en base a lo que se denomina "dominio funcional del hecho, pudiéndose citar las de 10.2.92 EDJ 1992/1188 , 5.10.93, 2.7.94 EDJ 1994/5775 , 28.11.97 EDJ 1997/10557 , 27.1.98, y por su claridad la 909/98 de 2.7 EDJ 1998/14256 , cuyo Fundamento Jurídico primero reproducimos literalmente: "El art. 28 del C.P. vigente EDL 1995/16398 nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelinuencia -SS 31/5/85, 13/5/86 entre otras- por la doctrina de esta Sala. Preciso es pues, esclarecer que debemos entender por uno y otro elemento -objetivo y subjetivo- de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12/2/86,24/3/86 EDJ 1986/2187 , 15/7/88, 8/2/91 EDJ 1991/1303 y 4/10/94 EDJ 1994/7927 . Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SSTS. 3/7/86 EDJ 1986/4660 , Y 20/11/81, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, -coautoría adhesiva o incisiva-, y que el mismo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, como ocurre en casos como el presente, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido".

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SS. T.S. 21/12/92 EDJ 1992/12678 Y 28/11/97 EDJ 1997/10557 se afirmó que "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho".

Doctrina definitivamente asentada en las sentencias T.S. 1177/98 de 9.10 EDJ 1998/23103 , 573/99 de 14.4 EDJ 1999/8879 , 1263/00 de 10.7 EDJ 2000/19124 , y 1240/00 de 11.9 EDJ 2000/24412 , que con cita de la SS. TS. 14/12/98 EDJ 1998/26417 , señala que "la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del C. P. 1995 como "realización conjunta del hecho" viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del "acuerdo

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

En este tema la s. T.S. 20-7-2001 EDJ 2001/26121 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP. EDL 1995/16398 no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la s. T.S. 27-9-2000 EDJ 2000/31869, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SS. T.S. 29-3-93 EDJ 1993/3063, 24-3-98 EDJ 1998/1299 Y 26-7-2000 EDJ 2000/23687, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En el caso sometido a nuestro conocimiento del relato fáctico plasmado en la sentencia de instancia EDJ 2004/145340 podemos constatar que el acusado en compañía de un menor, portando al menos uno de ellos una navaja (no olvidemos que en la ulterior detención del recurrente, al ser cacheado se le incautó una navaja), abordaron por la espalda y con la finalidad de despojar de sus pertenencias a una pareja de turistas y mientras uno de ellos rodeó por el cuello al hombre y forcejeó con él, arrebatándole la cámara de vídeo que llevaba colgada al cuello, el otro se dirigió a la mujer y tras forcejear brevemente con ella, le asestó una navajazo con animo de quitarle la vida, que entró por debajo de la parrilla costal y le atravesó el corazón, ocasionándole de modo inmediato e irreversible la muerte. Seguidamente le quitó el bolso que ella portaba y ambos salieron huyendo hacia el Paseo C., deteniéndose el acusado y su compañero en el Paseo P. para registrar el bolso y al percatarse de que eran perseguidos, dejaron allí el bolso y reiniciaron la carrera con el vídeo en su poder hasta la Estación A., donde finalmente fueron detenidos, no obstante su oposición de forma violenta a la detención.

Del anterior relato fáctico podemos deducir que hubo una conjunta actuación en la totalidad del proceso delictivo, con activa participación del recurrente.

Nos hallamos ante un comportamiento conjunto, ante un ataque colectivo en el que el acusado y el menor abordaron a la pareja de turistas con distribución de papeles. El que no se determine en la sentencia si fue Millán el autor material del navajazo mortal, no resulta relevante. Si las acciones de cada partícipe coinciden en general con los de otros, como ocurre en hechos de estas características, el detalle exacto no es un requisito necesario que imponga el principio de culpabilidad. Incluso aunque se admitiera que el arma fue utilizada por el menor, ello no podría excusar la responsabilidad del recurrente en tal uso, porque se trata de un tipo delictivo realizado en coautoría y en tales supuestos basta el conocimiento por uno de los medios de ataque utilizados por el otro (STS. 694/2000 de 24.4 EDJ 2000/9203).

Por ello y aun cuando se admitiera que la herida mortal fue causada por el menor, no debe excluirse la responsabilidad en este hecho de Millán quien portaba también una navaja, teniendo, en todo momento, una actitud activa en el robo violento, con conocimiento cabal de la forma en que se desarrollaban los acontecimientos, no pudiéndose romper el título de imputación, aunque en este caso no realizase acto ejecutivo dirigido a vulnerar la integridad física de la mujer, pues su adhesión expresa al pacto criminal, su presencia física coadyuvando a la consecución de la mecánica comisiva, su actividad agresiva en relación al esposo, no desatendiéndose de lo que allí ocurría e incluso su conducta posterior huyendo con el autor material e intentando repartirse lo sustraído, le convierten en coautor material.

Es, por otro lado, doctrina harto consagrada que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro

de la ilícita finalidad perseguida. Cuando aparece afirmada la unidad de acción, reciproca cooperación y mutuo concurso, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, por quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por Millán, contra sentencia de 30 de septiembre de 2004, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera EDJ 2004/145340, que le condenó como autor de un delito de robo con violencia e intimidación, y un delito de homicidio; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso. Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Siro Francisco García Pérez.- Joaquín Giménez García.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012005101070