

**Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 123/2023 de 23 Feb. 2023, Rec. 1578/2021**

Ponente: Marchena Gómez, Manuel.

Nº de Sentencia: 123/2023

Nº de Recurso: 1578/2021

Jurisdicción: PENAL

**Diario LA LEY**, Nº 10265, Sección La Sentencia del día, 12 de Abril de 2023, **LA LEY**

ECLI: *ES:TS:2023:663*

No es cómplice de homicidio quien se encuentra en el momento en que el autor dispara a la víctima y no participa en los hechos

Cabecera

HOMICIDIO. En grado de tentativa. COMPLICIDAD. Absolución en segunda sentencia del único condenado recurrente en concepto de cómplice por ausencia de bases fácticas sobre las que tiene que construirse dicha forma de participación. Solo consta que el condenado estaba en el lugar de los hechos al momento de la comisión en compañía del autor material. No basta con conocer y querer el delito, sino que hay que contribuir al mismo. El mero conocimiento y la pasividad ante ello, excepto en los concretos supuestos de responsabilidad derivada de una específica posición de garante legalmente prevista, no alcanza a constituir una forma de participación típica en esa comisión. El sujeto ha de llevar a cabo, en todo caso, actos de verdadera entidad y eficacia en relación con la ejecución del delito por el autor principal.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP Valladolid que condena por delito de homicidio intentado, y absuelve al recurrente que fue condenado como cómplice.

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 123/2023**

Fecha de sentencia: 23/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1578/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1578/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 123/2023**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 23 de febrero de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Desiderio**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª de fecha 21 de enero de 2021 (LA LEY 15761/2021) en el Rollo de Sala nº. 4/2017, que le condenó por un delito de homicidio en grado de tentativa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por el procurador D. Fernando Lozano Moreno, bajo la dirección letrada de D. Francisco Jesús Gómez Llorente.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de instrucción nº. 1 de Medina del Campo instruyó sumario (procedimiento ordinario) nº 1/2017 contra D. Desiderio y otros, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª, que con fecha 21 de enero de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "A los exclusivos efectos de la presente resolución, en atención a la prueba practicada sustancialmente en el Juicio Oral, efectuado los días 3 y 4-12-2.018, así se declaran los siguientes:

Alrededor de la 1,15 hora del 6-9-2.013 se encontraban en una atracción de coches de choque, ubicada en el recinto ferial de la localidad de DIRECCION000, por un lado, los menores Fausto (nacido el NUM000-2.000) y Fernando (" Florentino"), aproximadamente de once años a dicha fecha.

Por otro, los acusados Desiderio (nacido el NUM001-1.993) y Hipolito (nacido el NUM002-1.995), mayores de edad, sin antecedentes penales, habiendo sido privado Hipolito de libertad provisional por la presente causa los días 10 y 11-9-2.013, insolvente el primero de los acusados y solvente parcial el segundo, estando aquejada esta persona de una "... *hipoacusia severa, por pérdida neurosensorial de*

*oído y discapacidad expresiva derivada de la anterior...*", consecuentemente precisando la necesidad de llevar audífono, lo cual propició una resolución de la Gerencia de Servicios Sociales de esta ciudad fechada el 20-5-2.013, que reconoció a esta persona una discapacidad total del 40 %, 35% derivado de su hipoacusia severa y el 5% restante de la discapacidad expresiva, que padece consecuencia de la anterior.

Las personas referidas en ambos grupos, al tiempo de los actos que a continuación se describirán, residían en la localidad de DIRECCION000, siendo los integrantes del segundo grupo y hoy acusados hijos de Marcos (en situación de busca, detención y presentación, por auto fechado el 11-9-2.013 del Juzgado de Medina del Campo 1), primo carnal este de la madre ( Antonia) de los del primer grupo, a pesar de lo cual la relación existente entre ambas familias era de recíproca "indiferencia", sin que obste a ello que todas esas personas se conocieran entre sí.

Alrededor de la 1,30 hora, cuando Fausto, " Florentino" y el acusado Hipolito estaban montados cada uno en un coche de choque, mientras que el también acusado Desiderio se encontraba igualmente en dicha atracción, pero sin participar directamente en ella, se produjo una discusión verbal entre ellos, a causa de que los dos primeros menores chocaban insistentemente sus coches contra el que conducía aludido acusado Hipolito, por lo que este se dirigió a ellos recriminándoles su actitud.

Acabado el tiempo programado derivado de la concreta ficha, después de insultos y vías de hecho entre mencionadas tres personas, Fausto se dirigió hacia su padre, Teodosio (nacido el NUM003-1.979), el cual se encontraba en las inmediaciones del lugar, pidiéndole que le dejara la cachaba que este portaba, para una vez con ella dirigirse Fausto hacia el acusado Hipolito y golpearle con dicho objeto. Inmediatamente después Teodosio (padre de Fausto) pegó un puñetazo a Hipolito, consecuencia del cual este perdió el audífono.

A causa de lo anterior, el acusado Desiderio fue en auxilio de su hermano Hipolito, siendo también aquel golpeado por Fausto con la cachaba. En la agresión a los hoy acusados igualmente contribuyó el adulto Fernando (padre de " Florentino", nacido el NUM004-1.976), llegando incluso mencionado adulto Teodosio, padre de Fausto y hermano del anterior, a lanzar un golpe con una navaja que portaba en dirección al acusado Hipolito, la cual impactó en el costado de este, siendo posteriormente separadas ambas partes por personas allí congregadas. Marchándose del lugar y en dirección a su domicilio, sito en la CALLE000 NUM005 de la localidad de DIRECCION000, el matrimonio formado por Fernando y Antonia, en compañía de sus hijos Nuria (o Baldomero, de 12 años), referido Fernando (de 11), Sagrario (de 7), Bernabe (de 6) y (Oconer de 5).

Consecuencia de las agresiones sufridas por el acusado Hipolito, presentó una "... herida cortante en zona lumbar derecha. Traumatismo orbitario derecho con herida contusa en ceja derecha...", invirtiendo en su curación 10 días no impeditivos. Mientras que el también acusado Desiderio presentó "...erosiones diversas en extremidades, contusión en cuero cabelludo, contusión lumbar...", precisando para su curación de 8 días no impeditivos. No consta acreditado que Fausto (nacido el NUM000-2.000) y Fernando (con edad aproximada de 11 años) sufrieran lesión alguna, consecuencia de agresiones por parte de los acusados, por lo que no han sido objeto de acusación en el presente procedimiento.

Se reitera, que a los exclusivos efectos de las pruebas practicadas en el Juicio y de la presente resolución, una vez que Marcos tuvo conocimiento de las agresiones y heridas de las que habían sido objeto sus hijos, con instrumentos tales como una cachaba y navaja, también que a ellas contribuyeron las participaciones directas de dos personas adultas, los hermanos Fernando (padre de " Florentino") y Teodosio (padre de Fausto), influido por todo ello se proveyó de una escopeta de caza del calibre 16, cargada con dos cartuchos de perdigones del tipo 10, cada uno de los cuales contiene alrededor de 140, decidiendo acudir al domicilio de Fernando, siendo acompañado de su hijo y acusado Desiderio. Sin que conste acreditado que el también acusado, Hipolito, acompañara a los anteriores.

Al llegar sobre la 1,30 horas a las inmediaciones de dicha vivienda el acusado Desiderio y la persona a la que acompañaba, coincidió con que Fernando y su esposa Antonia ya se encontraban en el interior de la vivienda, pero al escuchar estos el insistente sonar del claxon de un vehículo bajaron al patio interior del inmueble y se asomaron al exterior, observando la presencia de una persona a la que no afecta la presente resolución portando una escopeta, encontrándose a su lado el acusado Desiderio, por lo que ante los gritos proferidos por la persona así armada, en el sentido de "...hijos de puta, salid si tenéis cojones, salid que os voy a matar...", Fernando salió al exterior de su inmueble seguido de Antonia, efectuándose muy poco después un primer disparo al aire con dicha escopeta de caza, para instantes después efectuarse un segundo disparo dirigido a Fernando, encontrándose a una distancia aproximada de 6,5 metros de este, en un ángulo del 35 % al 45 % hacia la derecha de la posición en que se encontraba el destinatario del disparo y en el sentido de las agujas de reloj, cuando esta persona se encontraba próxima a la puerta de acceso de referido portón metálico, marchándose a continuación del lugar el acusado y su acompañante en un turismo, sin que posteriormente se haya conseguido localizar la escopeta de caza con la que se efectuaron los dos disparos.

Derivado del impacto del segundo disparo en el cuerpo de Fernando, fue que este sufrió un "... neumotórax derecho. Múltiples impactos de perdigones en tórax y abdomen de localización subcutánea, uno en índice derecho, uno en espacio mucoso de rinofaringe, otro en hendidura esfenoidea derecha y

*tres en hendidura esfeno maxilar izquierda. Estallido ojo izquierdo. Atrofia nervio óptico derecho...*", lesiones que precisaron para su curación, además de una primera asistencia médica, de tratamiento quirúrgico consistente en *"... sutura escleral y corneal ojo izquierdo, retirada de cuerpo extraño intraconeal, precisando de antibióticos, corticoides intravenosos y tópicos..."*, lesiones que precisaron para su curación de 10 días de estancia hospitalaria y de otros 123 días impeditivos.

Fernando presenta como secuelas una ceguera total y permanente sin posibilidad de recuperación, permaneciendo alojados en su cuerpo *"... 6 perdigones en el tejido celular subcutáneo de su tórax y abdomen, 1 en índice derecho, 1 en rinofaringe y 3 en hendidura esfeno maxilar izquierda..."*, como un perjuicio estético importante, a causa de la pérdida de volumen y opacidad de su ojo izquierdo.

Consecuencia de lo anterior fue que por el Juzgado de procedencia se incoaran el 11-9-2.013 sus Previas 1.260/13 y en la misma fecha se emitiera otro auto, que acordó la busca, detención y presentación de Marcos. En el transcurso de las labores instructoras declararon en diferentes conceptos personas que estuvieron involucradas, directa o indirectamente, en los actos que venimos expresando, como también otras en concepto de testigos.

Un escrito Fiscal de 25-6-2.015 interesó el sobreseimiento provisional de la causa, al entender que de lo actuado se estaría ante un delito de lesiones en la persona de Fernando, cuyo presunto autor, Marcos, se encontraba en busca y captura, petición que propició la emisión de un auto fechado el 2-7-2.015 del Juzgado de procedencia, a través del cual se acordó el archivo provisional de las actuaciones.

Un nuevo escrito Fiscal fechado el 14-12-2.016, considerando que los actos precedentemente descritos pudieran ser constitutivos de un delito de lesiones del art. 149 CP (LA LEY 3996/1995) o de homicidio/asesinato, interesó se incoara sumario respecto a aludido Marcos y sus dos hijos ahora acusados, como la acomodación de las actuaciones a este nuevo procedimiento, por lo que se reabrieron las actuaciones y por auto de 11-1-2.017 se incoó sumario.

Seguidas que fueron las actuaciones por su adecuado cauce procedimental, en su transcurso se declararon prescritas las lesiones sufridas por los hoy acusados, a través de un auto fechado el 30-11-2.017 de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial. Recayendo auto de sobreseimiento de esta Sala fechado el 2-4-2.018 respecto a Marcos, a instancias del Fiscal, así como en relación con el hermano del anterior, Luis Miguel, también a instancias del Fiscal, por auto igualmente de esta Sala de 16-5-2.018. Habiéndose señalado para la correspondiente Vista de juicio oral los días 3 y 4-12-2.018.

Consecuencia de los actos que se vienen describiendo se originaron gastos al SACYL cifrados en 4.484,71 €, más otros por importe de 1.027,27 € (total: 5.511,98 €), fruto de las atenciones hospitalarias y médicas dispensadas a Fernando, consecuencia de las lesiones por él sufridas." (sic)

**SEGUNDO.-** La Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª, dictó sentencia nº 11/2021 (LA LEY 15761/2021) con el tenor literal siguiente: " FALLAMOS Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Hipolito del delito de asesinato en grado de tentativa por el que venía acusado en la presente causa, declarándose de oficio 1/3 de las costas procesales causadas.

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Desiderio del delito de asesinato en grado de tentativa por el que venía acusado en la presente causa, declarándose de oficio 1/3 de las costas procesales causadas.

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Desiderio, como cómplice criminalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, ya definido, concurriendo la agravante genérica de abuso de superioridad, como la atenuante analógica de arrebató y la ordinaria de dilaciones indebidas, a la pena de TRES AÑOS DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, 1/3 de las costas procesales causadas, como la prohibición de aproximarse al domicilio o lugar de trabajo de Fernando en un radio de 500 metros, o comunicarse con esta persona por cualquier medio o procedimiento durante el plazo de 10 años, desde que la presente resolución adquiera firmeza.

Por vía de responsabilidad civil, el condenado Desiderio indemnizará a Fernando en la suma de 526.557,1 €, consecuencia de las lesiones sufridas por este (800 € + 7.380 €), secuelas (251.861,8 €), perjuicio estético importante (46.515,3 €), daños complementarios (70.000 €) e incapacidad permanente absoluta (150.000 €), cantidad que generará el correspondiente interés legal.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E. Criminal.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."" (sic)

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, e infracción de precepto constitucional por la representación del acusado D. Desiderio, 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.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del art. 5. 4º de la L.O.P.J (LA LEY 1694/1985) al entender vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E. (LA LEY 2500/1978)

Segundo.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim. (LA LEY 1/1882) al entender indebidamente aplicado el art. 138 del C.P. (LA LEY 3996/1995), en relación con los arts. 16 y 29 del mismo texto.

Tercero.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim. (LA LEY 1/1882) al entender indebidamente aplicado el art. 22. 2 del C.P. (LA LEY 3996/1995)

Cuarto.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim. (LA LEY 1/1882) al entender indebidamente aplicado el art. 21.3 del C.P. (LA LEY 3996/1995), así como el art. 21.6 también del C.P. (LA LEY 3996/1995)

Quinto.- Por infracción de ley del art. 849.1 e la LECrim. (LA LEY 1/1882) por aplicación indebida del art. 21.6 del C.P. (LA LEY 3996/1995)

**QUINTO.** - Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 11 de junio de 2021, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 9 de enero de 2023 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 22 de febrero de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**1.-** La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, en la sentencia núm. 11/2021 (LA LEY 15761/2021), 21 de enero, condenó al acusado Desiderio como cómplice criminalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, concurriendo la agravante genérica de abuso de superioridad, la atenuante analógica de arrebató y la ordinaria de dilaciones indebidas, a la pena de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, 1/3 de las costas procesales causadas, así como a la prohibición de aproximarse al domicilio

o lugar de trabajo de Fernando en un radio de 500 metros, o comunicarse con esta persona por cualquier medio o procedimiento durante el plazo de 10 años.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por el condenado. Se formulan cinco motivos. La Sala ya anticipa que la estimación del primero de ellos arrastrará la anulación de la sentencia y consiguiente absolución del recurrente. Se hace innecesario el examen de los motivos formalizados por infracción de ley, en los que se denuncia la infracción de los arts. 138 (LA LEY 3996/1995), 16 y 29 del CP -segundo motivo-; indebida aplicación de la agravante de abuso de superioridad -tercer motivo-; y error en la aplicación de las atenuantes de arrebató u obcecación del art. 21.3 del CP (LA LEY 3996/1995) -cuarto motivo- y dilaciones indebidas del art. 21.6 -quinto motivo-.

**2.** La primera de las quejas denuncia, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) y 852 de la LECrim (LA LEY 1/1882), vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. (LA LEY 2500/1978)

A juicio de la defensa, no existen pruebas que permitan sostener no ya la complicidad del ahora recurrente, sino su misma presencia en el lugar de los hechos. Con minuciosa cita de la jurisprudencia de esta Sala, se razona que la resolución recurrida da por probada "...una participación de Desiderio en los hechos, pero no se dice en que consiste tal participación, no se indica cual es la conducta concreta de mi representado, la mera de estar presente, que no lo estaba, en los mismos, y se dice que el agente efectúa una actuación secundaria, accesoria, auxiliar o periférica, pero ¿cuál ha sido esa conducta, en que ha consistido? Se dice que la conducta está dotada de cierta relevancia o eficacia, pero no se dice en que ha consistido tal conducta y cuál es esa cierta relevancia o eficacia en los hechos, y concluye diciendo que para que haya complicidad se precisa un concierto previo o por adhesión, pero ¿cuándo se ha acreditado el concierto previo o la adhesión? ¿en qué momento concreto consta tal adhesión o concierto previo si no consta ni siquiera que ninguno de los dos acusados avisara a su padre? (...) para rematar indicando que debe existir un elemento intencional caracterizado por la voluntad del cómplice de participar con un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar. No hay más que leer los párrafos inmediatamente anteriores para comprobar como en los mismos no hay la más mínima referencia a estos requisitos en la persona de Desiderio, que como venimos diciendo, nunca ha quedado acreditado que estuviera por encontrarse herido, pero que de ser cierto, de admitir que estaba allí, no consta actuación alguna de tipo auxiliar o secundario que coadyuvara a la actuación de su padre, ni siquiera el mero carácter intimidatorio por el hecho de estar allí, ya que a Fernando se acerca solamente Marcos, nadie más, por lo que tal y como dice la sentencia...".

Tiene razón el recurrente.

**2.1.-** La resolución que es ahora objeto de este recurso fue dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, a raíz de nuestra sentencia núm. 672/2020, 10 de diciembre (LA LEY 188445/2020), que dio respuesta al recurso de casación núm. 723/2019, promovido por el actual recurrente. Entonces entendimos infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su dimensión del derecho a una resolución motivada y razonable. Acordamos "... la nulidad de la condena del recurrente, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar la sentencia con el fin de que se redacte otra en la que se suplan las omisiones de motivación que se han venido reseñando en el cuerpo de esta resolución, así como los errores materiales en relación a los nombres de las personas que participaron en los hechos -el padre de los acusados, y el nombre del acusado absuelto-, que son puestos de relieve por el recurrente".

El Tribunal *a quo* ha dictado una nueva resolución en la que, es cierto, el esfuerzo de motivación se hace visible respecto de la primera de las resoluciones. Procede ahora decidir si en esa renovada motivación tienen cabida los elementos fácticos que definen la complicidad en un delito de homicidio.

Conviene recordar que el relato de hechos probados, tras describir un primer incidente que se desarrolla en una atracción ferial entre tres jóvenes usuarios de los "coches de choque", da cuenta de cómo el recurrente acompañaba a su padre -no enjuiciado al hallarse en rebeldía- en el momento en el que Fernando fue tiroteado y sufrió las graves lesiones que determinaron la incoación de la presente causa. Y lo hace en los siguientes términos, matizando que la referencia a la intervención del procesado rebelde ha de entenderse a los solos efectos de delimitar el hecho objeto de enjuiciamiento:

*"... una vez que Marcos tuvo conocimiento de las agresiones y heridas de las que habían sido objeto sus hijos, con instrumentos tales como una cachaba y navaja, también que a ellas contribuyeron las participaciones directas de dos personas adultas, los hermanos Fernando (padre de " Florentino") y Teodosio (padre de Fausto), influido por todo ello se proveyó de una escopeta de caza del calibre 16, cargada con dos cartuchos de perdigones del tipo 10, cada uno de los cuales contiene alrededor de 140, decidiendo acudir al domicilio de Fernando, siendo acompañado de su hijo y acusado Desiderio. Sin que conste acreditado que el también acusado, Hipolito, acompañara a los anteriores.*

*Al llegar sobre la 1,30 horas a las inmediaciones de dicha vivienda el acusado Desiderio y la persona a la que acompañaba, coincidió con que Fernando y su esposa Antonia ya se encontraban en el interior de la vivienda, pero al escuchar estos el insistente sonar del claxon de un vehículo bajaron al patio interior del inmueble y se asomaron al exterior, observando la presencia de una persona a la que no afecta la presente resolución portando*

*una escopeta, encontrándose a su lado el acusado Desiderio, por lo que ante los gritos proferidos por la persona así armada, en el sentido de "...hijos de puta, salid si tenéis cojones, salid que os voy a matar...", Fernando salió al exterior de su inmueble seguido de Antonia, efectuándose muy poco después un primer disparo al aire con dicha escopeta de caza, para instantes después efectuarse un segundo disparo dirigido a Fernando, encontrándose a una distancia aproximada de 6,5 metros de este, en un ángulo del 35 % al 45 % hacia la derecha de la posición en que se encontraba el destinatario del disparo y en el sentido de las agujas de reloj, cuando esta persona se encontraba próxima a la puerta de acceso de referido portón metálico, marchándose a continuación del lugar el acusado y su acompañante en un turismo, sin que posteriormente se haya conseguido localizar la escopeta de caza con la que se efectuaron los dos disparos.*

*Derivado del impacto del segundo disparo en el cuerpo de Fernando, fue que este sufrió un "... neumotórax derecho. Múltiples impactos de perdigones en tórax y abdomen de localización subcutánea, uno en índice derecho, uno en espacio mucoso de rinofaringe, otro en hendidura esfeno maxilar izquierda y tres en hendidura esfeno maxilar izquierda. Estallido ojo izquierdo. Atrofia nervio óptico derecho...", lesiones que precisaron para su curación, además de una primera asistencia médica, de tratamiento quirúrgico consistente en "... sutura escleral y corneal ojo izquierdo, retirada de cuerpo extraño intraconal, precisando de antibióticos, corticoides intravenosos y tópicos...", lesiones que precisaron para su curación de 10 días de estancia hospitalaria y de otros 123 días impeditivos.*

*Fernando presenta como secuelas una ceguera total y permanente sin posibilidad de recuperación, permaneciendo alojados en su cuerpo "... 6 perdigones en el tejido celular subcutáneo de su tórax y abdomen, 1 en índice derecho, 1 en rinofaringe y 3 en hendidura esfeno maxilar izquierda...", como un perjuicio estético importante, a causa de la pérdida de volumen y opacidad de su ojo izquierdo".*

Como puede apreciarse, el juicio histórico da por probada la presencia del recurrente en el lugar de los hechos. A esa conclusión llega a partir del testimonio de la víctima, que pudo presenciar quién acompañaba a su agresor y de las declaraciones testimoniales ofrecidas por Antonia y Baldomero, esposa e hija, respectivamente, de la víctima.

La defensa cuestiona la solidez probatoria de esa presencia. Considera que las dudas que llevaron al Tribunal *a quo* a descartar y absolver a un hermano del procesado e hijo del autor de los disparos

deberían haberse también proyectado sobre el ahora recurrente. Se aduce que las mismas contradicciones observadas en los testigos tendrían que generar un efecto exoneratorio.

La Sala no puede identificarse con ese razonamiento. Y es que el juicio inferencial que lleva a los Jueces de instancia a proclamar la presencia de Desiderio en el lugar de los hechos no puede ser atacado con el exclusivo respaldo de las supuestas contradicciones entre los testigos que declaran en la instancia. Como hemos afirmado en numerosas resoluciones, la credibilidad de los testigos no puede formar parte del contenido de la queja casacional (cfr. SSTS 204/2022, 8 de marzo (LA LEY 46366/2022); 490/2020, 1 de octubre (LA LEY 128007/2020); 302/2020, 12 de junio (LA LEY 52294/2020); 421/2014, 26 de mayo (LA LEY 64305/2014); 390/2014, 13 de mayo (LA LEY 65652/2014); 547/2011, 3 de junio, 1095/2003, 25 de junio y 235/2005, 24 de febrero (LA LEY 44415/2005), entre otras muchas).

Sin embargo, sí tiene razón la defensa cuando lamenta la ausencia de las bases fácticas sobre las que tiene que construirse la complicidad como forma de participación de Desiderio.

Interesa destacar que la condena impuesta al recurrente como cómplice del delito de homicidio intentado tiene como apoyo fáctico una frase: "...siendo acompañado de su hijo y acusado Desiderio". Esa presencia en el lugar en el que se producen los disparos ejecutados por su padre es la que da pie a la Audiencia Provincial para entender que se han colmado las exigencias fácticas asociadas a la complicidad como forma de cooperación en una tentativa de homicidio.

Ya en la fundamentación jurídica, los Jueces de instancia señalan que "... en el transcurso de los actos que se describen en este párrafo, el acusado Desiderio se mantuvo en todo momento al lado de la persona que portaba la escopeta". El argumento nuclear de respaldo a esa conclusión se basa en la siguiente idea: "... hemos adelantado que la participación del acusado Desiderio en los hechos es en grado de complicidad. Se trata esta de una participación accidental, en la que el agente efectúa una actuación secundaria, accesoria, auxiliar o periférica, respecto a la realizada por parte del agente principal, consecuentemente, la actuación de aquel no resulta imprescindible para la realización del resultado, aunque sí está dotada de una cierta relevancia y eficacia, pues de lo contrario su contribución sería impune. Por tanto, para que concurra complicidad, se precisa de un concierto previo o por adhesión; de conciencia del acto proyectado; de un elemento intencional, caracterizado por la voluntad del cómplice de participar, contribuyendo a la consecución de un acto conocidamente ilícito; por último, de la aportación por el cómplice de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización de un empeño común".

Como puede observarse, es la presencia en el lugar de los hechos lo que ha determinado la condena de Desiderio. La Audiencia ha estimado que ese "estar ahí" es suficiente para sentar las bases fácticas de la complicidad.

No es eso lo que sostiene la jurisprudencia de esta Sala. En distintos precedentes hemos dicho que no basta con conocer y querer el delito, sino que hay que contribuir al mismo. El mero conocimiento de la comisión del delito y la pasividad ante ello, excepto en los concretos supuestos de responsabilidad derivada de la ocupación de una específica posición de garante, legalmente prevista, no alcanza a constituir una forma de participación típica en esa comisión, por lo que el sujeto ha de llevar a cabo, en todo caso, actos de verdadera entidad y eficacia en relación con la ejecución del delito por el autor principal. (...) De concebirse la complicidad con tal amplitud que cualquier actividad, por irrelevante que fuere, siempre que se lleve a cabo por quien conoce la perpetración del delito, resultase identificable con esta forma de participación punible, acabaríamos encontrándonos no sólo con una indeseable hipertrofia de la categoría y con el incumplimiento del principio de legalidad, por ampliación indebida de los términos del precepto penal que la define, sino, lo que es más, con la pérdida de la referencia del verdadero fundamento punitivo de la figura del cómplice, que no es otro que el expuesto por la denominada "*doctrina del favorecimiento*", que encuentra justificación a esta forma de participación y a su castigo en el incremento del riesgo, la intensidad y mayor peligro de lesión del bien jurídico protegido por la norma penal tipificadora de la infracción, que la ayuda accesoria del cómplice añade a la conducta llevada a cabo por el autor principal. Es por ello por lo que se hace preciso y resulta indispensable, en todo caso, analizar en qué forma la conducta atribuida al sujeto "*cooperó*" realmente a la ejecución del delito, con eficacia aún de mero favorecimiento y vinculación de causalidad con la agresión antijurídica realizada por el autor (cfr. SSTS 797/2010, 16 de septiembre (LA LEY 161999/2010) y 185/2005, 21 de febrero (LA LEY 1379/2005).

En apoyo de la suficiencia fáctica de ese acto de acompañamiento, la Audiencia Provincial invoca una jurisprudencia de esta Sala en la que se habría relativizado la importancia de que el cómplice ejecute un acto de apoyo no indispensable para la acción desplegada por el autor material: "...viniendo a admitirse por la jurisprudencia del TS la complicidad canalizada a través de medios meramente psíquicos (entre otras, STS de 13-11-1.992); o a través de la presencia pasiva del cómplice en la fase ejecutiva, pues así se favorecería la sensación de inseguridad de la víctima (entre otras, STS de 18-11-2.008); como también a partir de una complicidad omisiva, condicionada a que el cómplice se hallase en posición de garante, respecto al bien jurídico frente al que omitió actuar (entre otras, STS de 26-12-2.009). De la mixtura de estas tres posibilidades participó en concepto de cómplice el acusado Desiderio, pero

resultando más ajustada a la prueba practicada la segunda de las referidas, esto es, a través de su presencia pasiva en la fase genuinamente ejecutiva".

Sin embargo, la lectura detenida de las dos primeras sentencias que se citan como cobertura -la tercera no ha podido ser identificada con esa referencia en la base de datos- pone de manifiesto que en los supuestos contemplados en cada una de ellas no se condena, desde luego, por la simple presencia en el momento en el que el hecho se ejecuta por el autor material.

a) La STS 13 de noviembre de 1992 contempla el supuesto de la esposa de un condenado como autor de sendos delitos de falsedad y estafa que fue considerada cómplice. Su condena no se fundamentó en el simple hecho de haber acompañado a su marido al notario en el momento del otorgamiento de las escrituras que sirvieron para perpetrar el delito, sino por el relevante dato de que era conocedora de la revocación del poder notarial que le había sido otorgado y que, de forma engañosa, le permitió efectuar la enajenación de los bienes que fueron defraudados a su titular. Además, después de consumada la compraventa referida, en colaboración con su marido, realizó una serie de actos de inversión de ese dinero en una parte importante, llegando a comprar y vender pagarés del Tesoro y a adquirir un turismo y un piso.

b) La referencia a la sentencia 18 de noviembre de 2008 lo es a la STS 790/2008 (LA LEY 184769/2008). En ella tampoco se condena como cómplice a quien se limitó a "estar allí". En el apartado 4º del FJ 1º se razona en los siguientes términos: "*... los actos realizados por Romualdo, según el factum, se limitaron a la simple vigilancia exterior, pero en un contexto en que el lugar de los hechos estaba conscientemente elegido, situado al fondo de una zona de garajes, en donde se halla el autor del hecho y en dicho acceso se coloca el coche de éste, impidiendo que la puerta metálica se cerrara, y todo ello a una hora en que no era fácil distinguir o identificar a las personas (19,30 o 20 horas del mes de octubre: hechos probados), cuando estaba oscureciendo, circunstancias todas que hacían poco posible la presencia episódica u ocasional de transeúntes.*

Aun así esta ayuda, reforzadora y garantizadora de la acción principal, claramente accesoria o secundaria, puede calificarse de útil pero no imprescindible, y como dice el fiscal carente del dominio del hecho, por cuanto el cómplice nunca tuvo el poder de hacer cesar el iter criminis o de interrumpir la lesión del bien jurídico".

**2.2.-** En definitiva, la proclamación como hecho probado de que Desiderio acompañó a su padre en el momento en el que éste disparaba con una escopeta a Fernando y la motivación con la que se pretende construir la complicidad del recurrente, vulneran el canon constitucional exigido por el derecho a la tutela

judicial efectiva en su dimensión de derecho a una resolución razonablemente motivada que, en este caso, además, menoscaba el derecho a la presunción de inocencia.

Fue Marcos, padre de Desiderio quien -como se expresa en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida- "...profirió expresiones tales como "...hijos de puta, salid si tenéis cojones, salid que os voy a matar...". No fue el recurrente quien portaba la escopeta que permitió al agresor disparar dos tiros. Su intervención se limitó a estar allí, acompañando a su padre, sin contacto con el arma de fuego, sin proferir las expresiones amenazantes que llevaron a la víctima a abrir la puerta de su domicilio y, en definitiva, sin realizar ningún acto de apoyo -necesario o no necesario- para asegurar o facilitar la ejecución. La complicidad no puede construirse con la simple referencia locativa que proporciona la conclusión probatoria de que el recurrente se hallaba en el lugar de los hechos. Y a eso es a lo que se limita la resolución combatida: "...en el transcurso de los actos que se describen en este párrafo, el acusado Desiderio se mantuvo en todo momento al lado de la persona que portaba la escopeta".

Conviene tener presente -decíamos en las SSTs 222/2020, 22 de mayo (LA LEY 47611/2020), con cita de la STC 9/2011, 28 de febrero (LA LEY 4426/2011)- que la "*cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las sentencias impugnadas no es una cuestión que atañe sólo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE (LA LEY 2500/1978))*", sino que afecta "*principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE (LA LEY 2500/1978))*". Este Tribunal ha reiterado que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo inculpativo" ( STC 245/2007, 10 de diciembre (LA LEY 185354/2007), FJ 5). Desde esta perspectiva, resulta necesario comprobar si las resoluciones impugnadas no sólo satisfacen el grado mínimo de motivación exigido en general para la tutela judicial, sino también el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia, que conforme a nuestra doctrina es superior al primero "*dado que está precisamente en juego aquel derecho y, en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando, como es ahora el caso, la condena lo sea a penas de prisión (SSTC 209/2002, de 11 de noviembre (LA LEY 278/2003), FJ 3 ;169/2004, de 6 de octubre (LA LEY 2120/2004), FJ 6 ; y143/2005, de 6 de junio (LA LEY 13264/2005), FJ 4)*". El canon de análisis no se conforma ya con la mera cognoscibilidad de la ratio decidendi de la decisión judicial, sino que exige '*una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica*' (SSTC 5/2000, de 17 de enero (LA LEY 3415/2000), FJ 2 ;249/2000, de 30 de octubre (LA LEY 11792/2000), FJ 3 ;209/2002, de 11 de noviembre (LA LEY 278/2003), FFJJ 3 y 4; 143/2005, de 6 de junio (LA LEY 13264/2005), FJ 4)" (STC 245/2007, 10 de diciembre (LA LEY 185354/2007), FJ 5)".

Por consiguiente, la Sala estima vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE (LA LEY 2500/1978)) y a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE (LA LEY 2500/1978)) del recurrente, siendo procedente su absolución.

**3.-** Conforme al art. 901 de la LECrim (LA LEY 1/1882), procede la declaración de oficio de las costas procesales

## FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de **D. Desiderio** contra la sentencia núm. 11/2021, 21 de enero, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid (LA LEY 15761/2021), en causa seguida contra el mismo por un delito homicidio en tentativa, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando 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.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián D. Leopoldo Puente Segura

RECURSO CASACION núm.: 1578/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal****Segunda Sentencia**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 23 de febrero de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1578/2021, contra la sentencia nº 11/2021 de fecha 21 de enero de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, en el Procedimiento Sumario Ordinario nº 4/2017 (LA LEY 15761/2021). Dicha resolución ha sido casada y anulada por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados que la compusieron, proceden a dictar segunda Sentencia con arreglo a los siguientes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO .-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO .-** Por las razones expuestas en el FJ 2º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del primero de los motivos entablados.

**FALLO**

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

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a D. Desiderio.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

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.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián D. Leopoldo Puente Segura