



Roj: **STS 3822/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3822**

Id Cendoj: **28079120012022100815**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2022**

Nº de Recurso: **10094/2022**

Nº de Resolución: **824/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 3570/2021,**
STS 3822/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 824/2022

Fecha de sentencia: 19/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10094/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 18/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10094/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 824/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 19 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados Dña. Daniela y de D. Armando, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 26 de noviembre de 2021, que desestimó íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación de la acusada Daniela y estimó íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación de la Acusación Particular Erasmo y Marina y desestimó íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación de Armando, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Segunda, del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, de fecha 17 de junio de 2021, que condenó a los citados acusados por un delito de asesinato y de tenencia ilícita de armas, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados, respectivamente, por la Procuradora Dña. Aurora Palacios Agueria y bajo la dirección Letrada de D. Sergio Herrero Álvarez y por el Procurador D. Benigno González González y bajo la dirección Letrada de D. José Manuel Fernández González, y los recurridos Acusación Particular Dña. Marina y D. Erasmo representados por la Procuradora Dña. Sandra Ardura González y bajo la dirección Letrada de D. Ángel Luis Bernal del Castillo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Segunda, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Langreo bajo el nº 550/2017 de Ley de Jurado, se dictó sentencia con fecha 17 de junio de 2021 que contiene los siguientes Hechos Probados:

" Rafael y Daniela mantenían una relación de pareja que se inició en 2007, solo interrumpida durante 2012, y convivían en el domicilio sito en la CALLE000 NUM000, de La Felguera. A partir del verano de 2017 Daniela, de manera progresiva y tras ganarse su confianza, transmitió a Armando, con quien mantenía una relación, la necesidad de acabar con la vida de Rafael. Daniela planificó con Armando cómo acabar con la vida de Rafael, para lo cual estudiaron sus hábitos y rutinas. El 12 de noviembre de 2017 Daniela se desplazó con Armando a La Felguera para conocer el lugar y las posibilidades de llevar a cabo su plan. Asimismo, Daniela facilitó a Armando datos como los relativos al vehículo de Rafael, su garaje, el lugar donde aparcaba, y los días y horas en los que Rafael salía de casa, y le facilitó también la llave del garaje. A las 13:10 horas del 6 de diciembre de 2017 Rafael comunicó a Daniela que iba a salir de casa a lavar el coche. A las 13:17 horas Daniela telefonó a Armando, que se encontraba en Morcín, y le transmitió esta información. Armando se desplazó desde Morcín a La Felguera, se apostó en las cercanías del garaje en el que Rafael guardaba su vehículo y esperó su llegada, con propósito de acabar con su vida, lo que no pudo llevar a cabo porque Rafael no apareció. El 7 de diciembre de 2017, después de que a las 13:24 horas Rafael comunicara a Daniela que saldría de casa para ver a un amigo que vivía en Carbayín, Daniela trasladó de inmediato esta información a Armando. Armando se desplazó desde Oviedo a La Felguera y, a las 16:28 horas, se apostó cerca del garaje de Rafael a esperar su llegada. Cuando Rafael llegó, sobre las 18:07 horas, y entró en el garaje, Armando entró andando justo detrás y, después de que Rafael aparcara y saliera del vehículo, se le acercó y distrajo su atención diciéndole que le había dado un golpe a su coche unos días antes. Rafael se agachó y Armando sacó la pistola y le disparó tres veces a corta distancia, causando su muerte inmediata por destrucción de centros encefálicos vitales. El ataque fue sorpresivo e inesperado, sin que Rafael pudiera preverlo ni adoptar ninguna precaución ni defensa. Armando empleó una pistola semiautomática del calibre 9 mm, que compró en lugar y fecha desconocidos. La decisión de adquirir la pistola fue de ambos acusados. Tanto Armando como Daniela carecían de licencia de armas. Armando padecía un trastorno obsesivo compulsivo y de adicción a la persona de Daniela por limerencia, combinado con un perfil de rasgos de personalidad dependiente, lo que, sumado a lo que le contaba Daniela, mermó sus facultades volitivas y su percepción de la realidad. Con anterioridad a la celebración del juicio Armando puso los bienes inmuebles de que era propietario a disposición de Marina y Erasmo, madre y hermano del fallecido, autorizando que se vendan directamente por los mismos o que se les transmita la propiedad para que dispongan de ellos como mejor les parezca. En la fecha de su fallecimiento Rafael tenía treinta y un años. Sus familiares más próximos eran su madre, Marina, y su hermano mellizo, Erasmo. No tenía ninguna relación con su padre, Herminio, desde hacía veinticinco años. El 8 de julio de 2011 el Juzgado de lo Penal de Langreo había dictado sentencia de conformidad, firme el mismo día, en la que condenaba a Rafael como autor de un delito continuado de amenazas. En esta sentencia se declaró probado que Rafael manifestaba a Daniela, con la finalidad de evitar que mantuviera amistades, que como saliera con sus amigas la iba a sacar de los pelos, o que la iba a atropellar, y le insistía para que quedase con él en el

Hospital diciéndole en caso contrario que iba a pedir el alta voluntaria e iría a buscarla y la traería arrastrándola por los pelos, y asimismo que entre el 3 y el 31 de enero de 2010 envió a Daniela treinta mensajes SMS, varios de los cuales decían "voy a quedar contigo pero para romperte la cara", "te voy a meter un palizón", "no te quiero pegar pero me parece que es la única forma de que me obedezcas", "voy a acabar contigo", "te voy a romper la cara, zorra" y "te voy a matar". Asimismo, en la época inmediatamente anterior a la muerte de Rafael, este alternó, en las conversaciones de WhatsApp que mantuvo con Daniela los días 26 y 27 de octubre y 6 de noviembre de 2017, expresiones cariñosas con reproches subidos de tono, insultos y amenazas".

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

"Que de acuerdo con el VEREDICTO DEL JURADO CONDENÓ 1) a Armando, a) como autor de un delito de asesinato ya definido, con la concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio y la circunstancia atenuante de disminución de los efectos del daño, a las penas de ONCE AÑOS, DOS MESES Y VEINTINUEVE DÍAS de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena b) como autor de un delito de tenencia ilícita de armas ya definido, con la concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio, a las penas de ONCE MESES de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena 2) a Daniela, a) como autora de un delito de asesinato ya definido, con la concurrencia de circunstancia mixta de parentesco como agravante, a las penas de VEINTIÚN AÑOS de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena b) como autora de un delito de tenencia ilícita de armas ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de UN AÑO de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y asimismo CONDENÓ a Armando y Daniela a pagar, conjunta y solidariamente, CIENTO MIL EUROS (100.000 euros) a Marina y CUARENTA MIL EUROS (40.000 euros) a Erasmo, con los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Impongo a Armando y Daniela el pago, por mitad, de las costas causadas en esta instancia, con inclusión de las devengadas por las acusaciones particulares. A los condenados les será de abono el tiempo en que permanezcan privados de libertad por esta causa. Únase a esta resolución el acta del Jurado y notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que podrá ser interpuesto dentro del plazo de los DIEZ DÍAS siguientes a la última notificación".

Contra dicha resolución se interpuso recursos de apelación por las representaciones de los acusados Daniela y Armando, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias con fecha 26 de noviembre de 2021, cuya Parte Dispositiva es la siguiente:

"1º.- Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Aurora Palacios Agüería, en nombre y representación de Daniela, confirmando la sentencia apelada en lo que a ella concierne, con imposición a la apelante de las costas de este recurso; 2º.- Estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Sandra Ardura González, en nombre y representación de D. Erasmo Y Dª Marina, Y EL SUPEDITADO DEL MINISTERIO FISCAL, y en consecuencia condenamos a Armando, como autor penalmente responsable de un delito de asesinato, concurriendo la atenuante analógica de trastorno mental a la pena de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; revocando en este extremo la sentencia apelada y confirmando en todo lo demás. Sin hacer expresa imposición de las costas de este recurso; 3º.- Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Benigno González González, en nombre y representación de Armando, con imposición de las costas causadas por este recurso al apelante. Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días contados desde el siguiente de la última notificación y por los trámites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Con fecha 27 de diciembre de 2021 se dictó Auto de complemento de sentencia de la dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, citada anteriormente, que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"Procede complementar la Sentencia referida, condenando a Armando, por el delito de tenencia ilícita de armas, concurriendo la atenuante analógica de trastorno mental, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo. MODO IMPUGNACIÓN: Contra el presente Auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados. Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpen desde que se solicitó su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, en su caso, y, en todo caso comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de la presente".

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

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

Primero.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conexión con el artículo 24.2 de la Constitución.

Segundo.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conexión con el artículo 24.2 de la Constitución.

Tercero.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conexión con los artículos 18.1, 18.4 y 24.2 de la Constitución.

Cuarto.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conexión con el artículo 24.2 de la Constitución.

Quinto.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conexión con los artículos 18.1 y 14 de la Constitución.

Sexto.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conexión con los artículos 24.2 y 9.3 de la Constitución, y en relación también con lo establecido en el artículo 849.2 de la LECR.

Séptimo.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal.

Octavo.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por falta de adecuada aplicación de las reglas del apartado 1 del artículo 66 del Código Penal.

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

Primero.- Al amparo del art. 852 LECr., así como del art. 5.4 LOPJ, por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, 24.2, 9.3 y 120.3 CE, como consecuencia de la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad por insuficiente, arbitraria y contradictoria motivación de la sentencia recurrida, lo que genera indefensión a esta representación por inaplicación indebida de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio y aplicación indebida de la atenuante analógica del art. 21.7 en relación con el art. 20.1 CP y jurisprudencia de aplicación a este motivo.

Segundo.- Al amparo del art. 852 LECr., así como del art. 5.4 LOPJ, por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, 24.2, 9.3 y 120.3 CE, como consecuencia de la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad por insuficiente, arbitraria y contradictoria motivación de la sentencia recurrida, lo que genera indefensión a esta representación por inaplicación indebida de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP o subsidiariamente analógica en relación al art. 21.7º CP) y jurisprudencia de aplicación a este motivo.

Tercero.- Al amparo del art. 852 LECr., así como del art. 5.4 LOPJ, por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, 24.2, 9.3 y 120.3 CE, como consecuencia de la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad por insuficiente, arbitraria y contradictoria motivación de la sentencia recurrida, lo que genera indefensión a esta representación por inaplicación indebida de la atenuante analógica de confesión del art. 21.7 en relación con el art. 21.4 CP y jurisprudencia de aplicación a este motivo.

Cuarto.- Al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción de Ley, por inaplicación indebida del art. 21.1º en relación con el art. 20.1 del C.Penal (trastorno mental transitorio), y doctrina jurisprudencial. Al amparo del art. 849.1º LECr. por infracción de Ley, por inaplicación indebida del art. 68 CP.

Quinto.- Al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción de Ley, por inaplicación indebida del art. 21.5º (reparación del daño) o subsidiariamente en relación al art. 21.7º CP y doctrina jurisprudencial.

Sexto.- Al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción de Ley, por inaplicación indebida del art. 21.7º en relación con el art. 21.4º del C.Penal (atenuante de confesión), y doctrina jurisprudencial.

Séptimo.- Por infracción de ley y doctrina jurisprudencial, al amparo del número 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender esta parte que ha existido error en la apreciación de la prueba, lo que se evidencia con documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del Tribunal, sin que ello resulte contradicho por otros elementos probatorios.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular que solicitó también su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para celebración de vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para celebración de vista para el día 18 de octubre de 2022, con la presencia del Letrado recurrente D. Sergio Herrero Álvarez en defensa de la acusada Dña. Daniela, quien solicita la casación de la sentencia recurrida por los motivos expuestos en su escrito de formalización, centrando su informe sobre la cuestión del motivo tercero del recurso; del también Letrado recurrente D. José Manuel Fernández González en defensa del acusado D. Armando, que ciñe su informe en apoyo del motivo tercero del recurso de la Sra. Daniela, y con la también presencia del Letrado recurrido D. Ángel Luis Bernal del Castillo en defensa de la Acusación Particular Dña. Marina y D. Erasmo quien se opone a la estimación del recurso presentado por Dña. Daniela, e informa oponiéndose al motivo tercero del recurso y solicita la desestimación de los recursos de casación, y con la presencia del Ministerio Fiscal quien informa en oposición a los argumentos jurisprudenciales invocados en el acto de la vista por el Letrado de la recurrente Sra. Daniela, solicitando la ratificación de su informe y desestimación del recurso y confirmación de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación los interpuestos por Daniela y Armando contra la sentencia del TSJ de Asturias 54/2021, de 26 de Noviembre de 2021.

RECURSO DE Daniela

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conexión con el artículo 24.2 de la Constitución.

Efectúa la recurrente un extenso y detallado alegato acerca de la inexistencia de prueba que sostiene respecto a que no hay corroboración objetiva de la versión de Armando, que, por otro lado, mantiene que es inconsistente y no asentada en un sólido alegato de persistencia a lo largo de todo el proceso hasta la fase de juicio oral con versiones que no pueden conllevar la condena de la recurrente respecto a su implicación en el asesinato. Además, afirma la ausencia de corroboración de la versión dada por éste y asumida por el Tribunal.

No obstante, frente a las alegaciones de la recurrente acerca de la carencia de corroboración objetiva de la versión de Armando finalmente asumida hay que tener en cuenta que la conclusión condenatoria de la recurrente fue admitida por el jurado y plasmada en la sentencia, ante la suficiencia del veredicto entregado por el jurado por el Magistrado-Presidente en su sentencia. Pero, es más, hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial en Tribunal del Jurado, recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

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

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

apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia 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.

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

Pues bien, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y ha valorado tanto la declaración exculpatoria del recurrente como el resto de pruebas tenidas en cuenta por el jurado para el dictado de la condena.

Pero la circunstancia de que el Tribunal de instancia se decante en su proceso de valoración de prueba por la conclusión condenatoria en base a las pruebas que expresa en la sentencia y que han sido examinadas por el TSJ, en el juicio de análisis de la racionalidad de la valoración probatoria no quiere decir en modo alguno que suponga una traba o un ataque o vulneración de la presunción de inocencia, sino que entra en el proceso de valoración del Tribunal, que presidido por la inmediación opta por las pruebas que le llevan a su convicción en su proceso valorativo. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo es llevado a cabo por el TSJ ante el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal de instancia, debiendo analizarse en la casación si ese proceso del Tribunal que conoce de la apelación es adecuado, correcto y suficiente en el análisis del llevado a cabo por el órgano judicial ante el que se practicó la prueba.

Por ello, hay que señalar que no solamente se ha contado con la versión del coimputado en este caso, sino que el tribunal del jurado ha expresado en la sentencia una rica y suficiente prueba tenida en cuenta para enervar la presunción de inocencia, estimándola también suficiente el TSJ en su análisis del mismo motivo sustentado en sede de apelación.

Hay que señalar que el Tribunal del jurado fijó como hechos probados en cuanto a lo que en este punto nos afecta que:

" Rafael y Daniela mantenían una relación de pareja que se inició en 2007, solo interrumpida durante 2012, y convivían en el domicilio sito en la CALLE000 NUM000 , de La Felguera.

A partir del verano de 2017 Daniela , de manera progresiva y tras ganarse su confianza, transmitió a Armando , con quien mantenía una relación, la necesidad de acabar con la vida de Rafael . Daniela planificó con Armando cómo acabar con la vida de Rafael , para lo cual estudiaron sus hábitos y rutinas. El 12 de noviembre de 2017 Daniela se desplazó con Armando a La Felguera para conocer el lugar y las posibilidades de llevar a cabo su plan. Asimismo, Daniela facilitó a Armando datos como los relativos al vehículo de Rafael , su garaje, el lugar donde aparcaba y los días y horas en los que Rafael salía de casa, y le facilitó también la llave del garaje.

A las 13:10 horas del 6 de diciembre de 2017 Rafael comunicó a Daniela que iba a salir de casa a lavar el coche. A las 13:17 horas Daniela telefoneó a Armando , que se encontraba en Morcín, y le transmitió esta información. Armando se desplazó desde Morcín a La Felguera, se apostó en las cercanías del garaje en el que Rafael guardaba su vehículo y esperó su llegada, con propósito de acabar con su vida, lo que no pudo llevar a cabo porque Rafael no apareció.

El 7 de diciembre de 2017, después de que a las 13:24 horas Rafael comunicara a Daniela que saldría de casa para ver a un amigo que vivía en Carbayín, Daniela trasladó de inmediato esta información a Armando. Armando se desplazó desde Oviedo a La Felguera y, a las 16:28 horas, se apostó cerca del garaje de Rafael a esperar su llegada. Cuando Rafael llegó, sobre las 18:07 horas, y entró en el garaje, Armando entró andando justo detrás y, después de que Rafael aparcara y saliera del vehículo, se le acercó y distrajo su atención diciéndole que le había dado un golpe a su coche unos días antes. Rafael se agachó y Armando sacó la pistola y le disparó tres veces a corta distancia, causando su muerte inmediata por destrucción de centros encefálicos vitales. El ataque fue sorpresivo e inesperado, sin que Rafael pudiera preverlo ni adoptar ninguna precaución ni defensa.

Armando empleó una pistola semiautomática del calibre 9 mm, que compró en lugar y fecha desconocidos. La decisión de adquirir la pistola fue de ambos acusados. Tanto Armando como Daniela carecían de licencia de armas"

Los hechos probados relatan un diseño preparado por ambos y en clara concertación de ideas y objetivos en una configuración del crimen decidida por ambos con los roles perfectamente distribuidos y que han llevado a la convicción del Tribunal acerca de la responsabilidad existente.

El planteamiento de la queja de la recurrente acerca del valor otorgado a la declaración del coimputado Armando no tiene sustento ni viabilidad por la propia autoinculpación de Armando, y por el tiempo, aunque tardío en que ello se llevó a cabo, contando cómo se preparó todo, lo que se corrobora con la abundante prueba periférica que permite construir el arquetipo de cómo lo prepararon los condenados y su ejecución final.

Y en cuanto a la prueba concurrente para llegar a esa convicción señala el TSJ en el FD nº 4 de la sentencia al analizar este motivo en la apelación que:

"Según el acta extendida al efecto, para alcanzar este veredicto el Jurado ha atendido, como elementos de convicción:

- 1.- El reconocimiento de hechos efectuado por Armando,
- 2.- La testifical del inspector del Cuerpo Nacional de Policía con TIP nº NUM001,
- 3.- La reproducción de la reconstrucción infográfica elaborada por la Sección de Tecnología de la Imagen-Infografía Forense de la Policía Científica,
- 4.- Los datos de geolocalización aportados por las compañías telefónicas,
- 5.- El tráfico de llamadas y mensajes de WhatsApp entre los acusados,
- 6.- La reproducción de las grabaciones de determinadas conversaciones telefónicas obtenidas con autorización judicial,
- 7.- La de los archivos de vídeo grabados por las cámaras del hall y uno de los pasillos del hotel Ilunion de Madrid el 16 de junio de 2018,
- 8.- La testifical de Adriano, en relación con las cartas manuscritas que Daniela remitió a dicho testigo,
- 9.- La pericial balística a cargo de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía con TIP nº NUM002 y NUM003 y
- 10.- La pericial psicológica de Anibal y Carla".

Por ello, frente al alegato de la recurrente de que la sola declaración del coimputado no es válida para enervar la presunción de inocencia es cierto que esta Sala así lo ha manifestado de forma reiterada para evitar que por la sola declaración de un coimputado se pueda entender que existe base suficiente para el dictado de la condena. Pero no es esta la mecánica seguida por el Jurado para llegar a este proceso conclusivo de entender la responsabilidad penal de la recurrente en el asesinato de su pareja, o la corroboración de esta conclusividad por el TSJ. En modo alguno.

Cierto es que sobre la declaración del coimputado hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo 283/2021 de 29 Mar. 2021, Rec. 2289/2019 que:

"Con respecto al valor de la declaración de los coimputados, basta con recordar la doctrina del Tribunal Constitucional que reconoce la aptitud de convertirse en prueba de cargo la declaración del coimputado, máxime si coincide con otros apoyos probatorios y siempre que se constate la existencia de dos requisitos uno positivo y otro negativo.

El requisito positivo viene exigido por la exigencia de adición a las declaraciones del coimputado, de algún otro dato que corrobore su contenido, y este plus es de tal necesidad, pues sin él no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva

constitucional que demanda la presunción de inocencia. Doctrina que eleva la condición de esas otras evidencias a la naturaleza de presupuesto, en relación con la inicial posición jurisprudencial que ponía el acento exclusivamente en la inexistencia de intereses bastardos en lo declarado por el imputado, es decir, en el requisito negativo - Sentencia del Tribunal Supremo 877/1996, de 21 de noviembre-, bien que ya se apuntase la improcedencia de fundamentar la condena "*sic et simpliciter*" en la mera acusación del coimputado.

A partir de la doctrina del Tribunal Constitucional, esos otros apoyos o datos, no son "*ex abundantia*" sino presupuesto necesario positivo para la consideración del testimonio del coimputado como prueba de cargo. El requisito negativo está constituido por la ausencia de móviles o motivos que induzcan a deducir que el coimputado haya efectuado la heteroincrimación guiado por móviles de odio personal, obediencia a tercera persona, soborno, venganza o resentimiento, o bien por móviles tendentes a buscar la propia exculpación mediante la incriminación del otro. En definitiva, se trata de constatar que no concurre ninguna tacha ni sombra en el testimonio dado, que pueda afectar a la credibilidad del mismo, ya que en definitiva, se está ante un problema de credibilidad y por ello esta cuestión debe ser examinada escrupulosamente por el Tribunal de instancia.

Por ello, en términos de las SSTC 153/1997 y 49/1998, la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia como prueba de cargo cuando siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otra prueba. El tradicional criterio de la ausencia de intereses espurios en la incriminación se complementa en la moderna jurisprudencia por la corroboración externa de la declaración inculpativa.

Y es que tal testimonio impropio, tan analizado por la dogmática científica italiana bajo la rúbrica de "*chiamata di correo*" o testimonio del coimputado, puede cuando menos estimarse como constitutivo de esa mínima actividad probatoria de cargo que, por existente, no puede revisarse casacionalmente, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) no exista en la causa motivo alguno que conduzca a deducir, aunque fuere indiciariamente, que el coimputado haya prestado su declaración guiado por móviles de odio personal, obediencia a una tercera persona, o a través de una sedicente promesa de trato procesal más favorable, etc.; b) que la declaración inculpativa no se haya prestado con ánimo de auto-exculpación; c) que existan corroboraciones.

En consecuencia, el criterio de la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada en fase casacional, sino mínima, o mejor suficiente; y que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

De modo que los rasgos que la definen son:

- a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;
- b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia;
- c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;
- d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y
- e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

Y con la STS 507/2010, de 21 de mayo, debemos declarar que las corroboraciones son esos datos o elementos externos que sin suponer una aditiva prueba complementaria, refuerzan las manifestaciones del declarante, de modo que le otorgan verosimilitud y credibilidad."

Veamos, pues, lo que expresa al respecto el TSJ.

Pruebas de corroboración periférica tenidas en cuenta por el TSJ.

"No se ajusta, pues, a la realidad que la única prueba de cargo sean las declaraciones del coacusado Armando, sin corroboración alguna, tal y como afirma la defensa de la apelante, por lo que tal constatación sería suficiente para la desestimación del motivo.

Pero es que además la sentencia en un alarde de motivación que supera los estándares mínimos exigidos continua exponiendo:

a.- Testifical del Agente policía TIP nº NUM001 : (La apuesta por el móvil pasional descartando el ajuste de cuentas como alternativa al móvil).

"Sin duda, reviste particular relevancia la testifical del inspector del Cuerpo Nacional de Policía con TIP nº NUM001 , que prolijamente detalló los datos obtenidos a lo largo de una exhaustiva investigación, que se encomendó a la Unidad Central de Delitos Violentos y comenzó, inicialmente bajo la dirección de la inspectora con TIP nº NUM004 , el 19 de marzo de 2018.

El inspector ratificó en su testifical lo que previamente había manifestado esta última, referente a que, aunque inicialmente se siguieron dos líneas de investigación, una en la que se contemplaba un móvil pasional y otra que explicaría la muerte de Rafael como resultado de un ajuste de cuentas, en julio de 2018 se abandonó esta última en favor del mayor peso que presentaba la otra, y cómo las conclusiones que alcanzaron por esta vía terminaron siendo coincidentes con lo que posteriormente confesó Armando , quien también aportó datos nuevos, como los referentes al viaje que ambos acusados hicieron a La Felguera el 12 de noviembre de 2017 o el argumento empleado por él para acceder a la cochera en la que tuvieron lugar los hechos.

Expuso también el agente cómo la primera línea de investigación, la del ajuste de cuentas, se siguió porque la sugirió la propia Daniela , pareja de Rafael ; cómo al cruzar las comunicaciones entre los teléfonos de las personas investigadas y los datos que proporcionaban las antenas del lugar del crimen, comprobaron cómo un interlocutor de Daniela , el hoy acusado Armando , se posicionaba el 7 de diciembre de 2017 en la antena ubicada en las inmediaciones del garaje; cómo, tras recibirle declaración como testigo y advertir contradicciones, solicitaron el histórico de comunicaciones de su teléfono, para ver si su presencia en ese lugar era casual o habitual, y constataron que no solo el día 7, en la franja escasa en que Rafael había salido de casa, Armando había estado en La Felguera, sino que también la víspera había hecho el mismo viaje; y cómo había, asimismo, una secuencia de comunicaciones y desplazamientos entre Daniela y Armando .

b.- Datos de geolocalización de móviles.

Es singularmente relevante que, siempre a tenor de lo que declaró el testigo y de los datos de geolocalización que facilitaron las compañías telefónicas Movistar y Vodafone, puede constatarse cómo el 12 de noviembre de 2017, menos de un mes antes de la muerte de Rafael , los acusados se habían desplazado juntos desde Oviedo a La Felguera, hasta las inmediaciones de la cochera en la que Rafael guardaba su vehículo, y que ese era el único viaje que habían hecho juntos entre ambas localidades, corroborando así lo que declara Armando acerca de que conocía la cochera porque Daniela se la había enseñado en un viaje que habían hecho unas semanas antes.

c.- Contenido de mensajes.

Asimismo, la información que por los mismos medios se obtuvo de la actividad de los acusados los días 6 y 7 de diciembre de 2017 es sumamente ilustrativa, y fue gráficamente visible para los jurados por medio de la infografía con que el testigo acompañó su declaración:

- así, y por lo que hace al primero de esos dos días, consta que a las 13.10 horas Rafael remitió a Daniela un mensaje de WhatsApp en el que le decía que iba a lavar su coche; una inmediata comunicación de Daniela a Armando , a quien llamó a las 13.17; la ruta que, sin solución de continuidad, emprendió Armando desde Morcín hasta La Felguera; el hecho de que a las 14.15 horas Rafael seguía fuera de casa (extremo que se ha podido constatar porque, a esa hora, un conocido del anterior dueño del coche que ese día conducía Rafael sacó una fotografía al vehículo, fotografía que, sin solución de continuidad, remitió a ese anterior propietario); el que Armando siguiera, a las 14.25 horas, en las inmediaciones de la cochera y que diez minutos después telefonara a Rafael utilizando un segundo terminal, distinto del que utilizaba habitualmente, sin que la víctima llegara a contestar a esa llamada; y, finalmente, que el acusado marchó del lugar, pero, en lugar de regresar a Morcín, se desplazó hasta Oviedo, a la zona en que se ubica la panadería de Daniela .

- y por lo que respecta al 7 de diciembre, explicó el testigo, siempre con el apoyo de los datos objetivos que facilitan la información suministrada por las empresas de telecomunicaciones, que a las 13.24 Rafael remite a Daniela un mensaje de WhatsApp diciéndole que iba a salir a ver a un amigo ("el de allá arriba"); que los datos de geoposicionamiento ubican a Armando y Daniela en ese momento en la panadería y muestran cómo, desde allí, Armando vuelve a desplazarse por carretera a la Felguera, hasta situarse de nuevo en las inmediaciones del garaje; que a las 16.37 Daniela se comunica con Rafael diciéndole que está preocupada por él, sin que hubiera motivo aparente para ello; que Rafael le contesta diciéndole "ahora bajo", lo que permite a la acusada saber que la víctima estaba en disposición de salir; que a las 18.07 Rafael pasa por el hotel San Pedro y entra en el garaje; que a las 18.12 Armando abandona La Felguera y se desplaza a Oviedo, donde a las 18.42 llama a Daniela ; que a las 18.59 los terminales de Armando y Daniela muestran que ambos se reúnen en las inmediaciones de la panadería; que a partir de ese momento Daniela inicia una secuencia de mensajes

al teléfono de Rafael diciéndole que dónde está y que la tiene preocupada; y que la propia Daniela se desplaza con su empleada Amelia a La Felguera, con la excusa de que tiene que acompañarla a por una Thermomix, y estaciona enfrente del garaje en el que sabe que su pareja guarda su vehículo, sin que la presencia de vehículos de policía estacionados en las inmediaciones del mismo le lleve, a pesar de esa aparente preocupación por su pareja, a mostrar interés alguna por esa circunstancia.

También expuso el inspector que descubrieron que Armando disponía de ese segundo terminal móvil a que se ha hecho referencia, cuyo histórico de comunicaciones mostraba que había sido adquirido en octubre de 2017 y cuyo titular formal no era el acusado, sino una mujer de avanzada edad, cliente suya del taxi, llamada Belinda. Y relató también cómo recibieron declaración a esa mujer, al día siguiente de que hubiera declarado Armando, y que lo que inicialmente les contó Belinda era una historia que coincidía con lo que les había relatado Armando (que Belinda lo había acompañado el 7 de diciembre a Langreo y a la panadería), pero que no tenía ni pies ni cabeza, y que finalmente la mujer les reconoció a los agentes que estaba mintiendo y que lo que ocurría era que Armando se había puesto en contacto con ella para decirle lo que tenía que declarar en comisaría. Y, en este punto, añadió el inspector que lo significativo fue que, horas después de que Belinda terminase de declarar, Daniela hizo lo propio y, desconociendo lo que aquella había terminado por relatar, hizo suya esa falsa coartada, falsedad que el histórico de teléfonos de Belinda permitió, definitivamente, corroborar.

En fin, el inspector aportó múltiples datos, igualmente constatables y verificables por medio de la documental que se ha incorporado a la causa y que ha examinado el Jurado: la 12 realidad de los viajes que, tras la muerte de Rafael, hicieron juntos Daniela y Armando a una casa rural de Toledo y un hotel de Madrid, corroborados por la testifical de la propietaria del primer establecimiento y por la reproducción de las grabaciones de las cámaras de seguridad del segundo, viajes que hicieron a pesar de que, simultáneamente, negaban a su entorno y a los agentes que mantuvieran una relación; el hallazgo, en las diligencias de entrada y registro practicadas en el domicilio de la CALLE001 en el que convivían los acusados y en la panadería de Daniela, de determinados efectos, de entre los que destacan el teléfono móvil de la marca Huawei que utilizaba Daniela antes del crimen y que esta había dicho a los agentes que había perdido, la factura del teléfono iPhone que sustituyó al Huawei, y que mostraba que había sido comprado por Armando cinco días después de la muerte de Rafael, o una llave que, tras el estudio de su dentado, resultó corresponderse con el de la llave de la cochera en la que Rafael guardaba su coche; o las conversaciones que Daniela tenía con un tercero, el testigo Jesus Miguel (Torero), reveladoras no solo de la relación de tipo sentimental o sexual, sino del hecho de que la acusada ocultara a este tal Jesus Miguel que tenía una relación de pareja con Rafael.

De todo ello resulta que, en presencia de las dos opuestas versiones que han dado los acusados, la de Armando (que reconoció los hechos de que se le acusaba y, simultáneamente, describió la participación de Daniela en los mismos, relatando cómo, en el proceso previo al de la ejecución material del asesinato, Daniela primero le hizo ver como necesaria la muerte de Rafael y, conseguido este propósito, participó con él en la planificación y preparación del crimen) se ve íntegramente corroborada por un abrumador conjunto de datos objetivos recopilados a lo largo de una exhaustiva investigación, en tanto que la de Daniela (a tenor de la cual ella no habría sabido nada de la intención de Armando de matar a Rafael, su conocimiento de los hechos habría sido posterior al crimen y su participación, en definitiva, se habría reducido a la de mera encubridora) no solo carece de respaldo alguno, sino que se ve contradicha por aquellos datos. Que los jurados hayan optado por otorgar pleno crédito a la versión de aquel, y por negar toda verosimilitud a la de esta, se presenta así como consecuencia inevitable de un impecable razonamiento lógico".

En definitiva, las declaraciones inculpatorias del coacusado Armando se vieron refrendadas por otras múltiples pruebas que las corroboran. El Jurado las consideró y motivó su decisión de culpabilidad de la apelante de haber participado en la muerte de Rafael, por unanimidad, en el resultado de las mismas, otorgando, por ello, mayor credibilidad a la versión de Armando, que obtuvo el refrendo de las demás probanzas, que a la de la apelante Daniela, que "carece de respaldo alguno" y "se ve contradicha por aquellos datos".

Con ello, vemos que las conclusiones reflejadas por el TSJ en la sentencia son suficientes y evidentes para descartar la alegada insuficiencia de prueba sostenida por la recurrente, o la referencia a que no se sostiene la versión inculpatoria de Armando hacia ella.

Sin embargo, hay que entender que, pese a los datos expuestos por la recurrente en su recurso, existe un basamento suficiente como para considerar lógica y aplicable la conclusividad alcanzada a las máximas de experiencia que el contexto global de la prueba concurrente se ajusta a la realidad de lo sucedido y la autoría del crimen por los finalmente condenados. No existe una exposición de Armando espuria o dirigida a inculpar a la recurrente, sino consistente en contar lo que ocurrió, ya que su relato se ajusta al resto de la prueba coincidente con lo que explica en cuanto al plan diseñado entre ellos para acabar con la vida de la víctima.

Existe una coparticipación solidaria de ambos condenados en el crimen y una prolija y detallada investigación policial que dio como resultado averiguar cómo y por quién se había perpetrado el crimen mediante el concierto de voluntades de ambos condenados y la ejecución final de los disparos por Armando .

La declaración de Armando es autoinculpatoria. Reconoce los hechos e inculpa a la recurrente porque de la prueba practicada que corrobora la inculpación del coimputado se desprende que así es como ocurrieron los hechos. No hay alegato espurio, no existe beneficio personal del coimputado, sino el objetivo de contar la verdad de lo ocurrido y que se corrobora con la prueba ya reflejada y admitida por el jurado y validado el proceso racional de conclusividad por el TSJ.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conexión con el artículo 24.2 de la Constitución.

Se plantea la queja por la recurrente de la vulneración de la presunción de inocencia respecto al delito de tenencia ilícita de armas.

No obstante, hay que recordar que consideró probado el tribunal que Armando empleó una pistola semiautomática del calibre 9 mm, que compró en lugar y fecha desconocidos. La decisión de adquirir la pistola fue de ambos acusados. Tanto Armando como Daniela carecían de licencia de armas. Existía concierto de voluntades en cómo llevar a efecto el crimen y esa decisión conjunta les hace corresponsables del uso del arma.

Como bien recuerda el tribunal, este es un delito de propia mano, que comete aquel que goza de la posesión del arma, pero a veces esta puede pertenecer a distintas personas o, en último caso, estar a disposición de varios con indistinta utilización, supuestos en los que extiende sus efectos, en concepto de tenencia compartida, a todos aquellos que, conociendo su existencia en la dinámica delictiva, la tuvieron indistintamente a su libre disposición

Señala al respecto el TSJ en la sentencia en su FD nº 5º que:

"El Jurado, también por unanimidad, encontró a la apelante culpable de poseer un arma de fuego careciendo de la licencia necesaria (2B del apartado II del Veredicto). Consecuencia de haber declarado probado las proposiciones 4.A y 4.B del objeto del veredicto. Se refleja en los hechos probados de la sentencia al afirmar que: " Armando empleó una pistola semiautomática del calibre 9 mm, que compró en lugar y fecha desconocidos. La decisión de adquirir la pistola fue de ambos acusados. Tanto Armando como Daniela carecían de licencia de armas."

Dado que el desarrollo del motivo contiene argumentos similares al anterior, pues afirma que la única prueba de cargo es la valoración de las declaraciones " de un coacusado contra otro" y la necesidad de corroboración mediante pruebas que objetivamente permitan comprobar la realidad de lo atribuido, nos remitimos íntegramente a lo anteriormente dicho y, en todo caso a lo razonado en el FD Cuarto de la sentencia apelada, que damos aquí por reproducido, limitándonos a transcribir la parte final del mismo, que es del siguiente tenor: "Este es un delito de propia mano, que comete aquel que goza de la posesión del arma, pero a veces esta puede pertenecer a distintas personas o, en último caso, estar a disposición de varios con indistinta utilización, supuestos en los que extiende sus efectos, en concepto de tenencia compartida, a todos aquellos que, conociendo su existencia en la dinámica delictiva, la tuvieron indistintamente a su libre disposición (así, sentencia del Tribunal Supremo 250/2020, de 27 de mayo).

Así ocurre en el presente caso, en el que el Jurado, tras estimar acreditado que los acusados planificaron conjuntamente cómo acabar con la vida de la víctima, declararon específicamente probado que la pistola semiautomática del calibre 9 mm que empleó Armando , adquirida en lugar y fecha desconocidos, y para la que ninguno de ellos contaba con la preceptiva licencia, fue comprada por decisión de ambos".

En efecto, al igual que en el motivo anterior se decanta el TSJ por corroborar la conclusión dada por el jurado respecto a la coautoría de la recurrente en el plan preconcebido de ambos de la consecución del arma sin poseer autorización para ello para ejecutar el crimen. Y se trata de responsabilidad compartida. No hay razón para admitir el reconocimiento de la misma por Armando a no ser por ajustarse ello a la verdad que fue admitida por el jurado en una estructura racional y lógica de lo ocurrido que se sustenta en la prueba practicada desde la investigación policial llevada a cabo y que concluyó en la responsabilidad de los condenados por el cúmulo de pruebas concurrentes y en cuyo diseño formaba parte integrante la adquisición del arma por ambos para ejecutar el crimen, como así resultó finalmente.

Tanto respecto del motivo anterior como del presente es preciso apelar a la tesis de la coparticipación de ambos que se sustenta sobre la teoría del dominio del hecho y atribuye una participación y responsabilidad común a los que, como en este caso, preparan y disponen la forma ejecutiva del crimen.

Es importante destacar, así, que la autoría material que describe el art. 28 del Código Penal (STS 20 de julio de 2001) no significa sin más que deba identificarse como una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección o disponibilidad potencial ejecutiva que requiere el conocimiento expreso o por adhesión al pacto criminal. A éste se suma en la consecución conjunta de la finalidad, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes, teniendo cabida formas de participación no ejecutivas, como la participación activa por vigilancia, refuerzo o disposición a intervenir en caso necesario, incluso la participación en comisión por omisión, permitida por el art. 11 del Código Penal cuando el omitente ha creado el riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente.

¿Cómo explicar la coautoría y la extensión de responsabilidad a los participantes? Es preciso analizar la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos en su apreciación. Así, lo destaca la STS de 24 de marzo de 1998 para hacer mención a:

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

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

Sobre esta base, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuando concurren ambos elementos.

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

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

f) La jurisprudencia se decanta por aceptar la teoría del dominio del hecho a la hora de tratar sobre la coautoría.

La coautoría presupone la común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevar a efecto la ejecución del delito, siendo esencial la unidad de conocimiento y voluntad de aquellos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la puesta en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno la entidad y relevancia precisas que definan al delito. La coautoría debe ir acompañada, por tanto, en su vertiente subjetiva, por dolo directo o eventual, rompiendo la jurisprudencia actual con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este motivo, como decimos, la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado en la noción del "dominio del hecho", para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha "tomado parte directa" en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho.

La coautoría en la ejecución del hecho permite extender la responsabilidad a todos los copartícipes. La tesis de la imputación recíproca

La teoría del dominio del hecho se aplica en esencia a los supuestos de coautoría. Así, en la coautoría existe una corresponsabilidad de los copartícipes respecto al resultado que finalmente se produzca en la ejecución del delito. El TS señala (entre otras, sentencia de 6 de mayo de 2004, rec. 452/2003) que si no consta ninguna oposición, protesta o reserva por parte de alguno de los intervinientes, si en cada secuencia figuran los acusados asumiendo los roles participativos que les corresponden, si las infracciones delictivas se llevan a término con unidad de conocimiento y de voluntad, fieles al plan ideado y aceptado y huyendo simultáneamente

cuando lo estimaban consumado, no puede sino concluirse que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que los corresponsabilizan en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

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

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

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

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

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

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

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

- a) Que son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico.
- b) Que en la agresión en grupo, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el co-dominio funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima y, además, la iniciativa de cualquiera de ellos podrá determinar el cese de la agresión.
- c) Que el elemento subjetivo de la coautoría, acuerdo de voluntades, puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica; es decir, en el caso de que concurren más de una persona en la ejecución del hecho, el concierto entre ellos puede surgir de manera tácita e incluso de forma adhesiva, cuando alguno suma su comportamiento a lo ya realizado por otro. En estos casos ese vínculo de solidaridad hace igualmente responsables a cada uno de los intervinientes del fin propuesto, siempre que tengan el co-dominio del acto, pudiendo decidir que se ejecute o no.

Además, la jurisprudencia del TS (SS de 29 de marzo de 1993, 24 de marzo de 1998 y 26 de julio de 2000) ha 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 aquél.
- 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 estos casos se suele plantear en los juicios la determinación concreta de la acción que fue desarrollada por cada uno de los participantes. De suyo, en los interrogatorios que se hacen a los acusados y/o los testigos que presenciaron los hechos se suele incidir en cuál fue la concreta actitud que desplegaron cada uno de los participantes. Sin embargo, en estos casos no es necesario determinar la acción concretamente realizada por cada uno de los agresores, precisamente porque no todos deben realizar por sí mismos los actos materiales del núcleo del tipo penal; explícitamente se expresa así en las sentencias del TS de 28 de diciembre de 1999, aunque no se sepa quién llevaba el cuchillo; en la de 7 de noviembre de 2001, aunque se desconozca el autor del golpe mortal; en la de 13 de noviembre de 2002, aunque se desconozca la precisa secuencia de los hechos en que varias personas intervienen, y en la de 14 de noviembre de 2005, resaltando la irrelevancia de que el acusado no llegara a golpear a la víctima. Todo esto es lógico si lo relacionamos con la teoría del dominio del hecho que estamos explicitando englobándolo dentro de la tesis de la imputación recíproca que corresponde a todos los participantes.

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

¿Es decisiva la cooperación en la fase previa del hecho a los efectos de la teoría del dominio del hecho?

La ejecución de un hecho delictivo requiere de un concierto previo de voluntades y actos preparatorios que finalmente desemboca en la comisión del delito. Sin embargo, ello no siempre es así y puede surgir durante la comisión del delito mediante la aceptación tácita del resultado. Así, por lo que se refiere a los casos en los que hay acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría en que se funda el principio de "imputación recíproca" al que antes nos referíamos, de las distintas contribuciones al resultado se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer. Por tanto, la doctrina como la jurisprudencia (SSTS 3 de julio de 1986 y 20 de noviembre de 1981) han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución: coautoría adhesiva. Sin embargo, también es posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por éste (SS 10 de febrero de 1992, 5 de octubre de 1993, 2 de julio de 1994) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar.

El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes; esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

Por ello, el Tribunal Supremo señala que (entre otras, STS de fecha 11 de noviembre de 1998) ya no se considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Ésta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros, y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar, y asume su posición de coautor en todo aquello a lo que se extiende dicho dominio que por la división del trabajo no requiere la realización personal y material de todas las partes del hecho dentro de esa planificada ejecución conjunta.

Más detalladamente, la STS de fecha 24 de marzo de 1998 recoge que la jurisprudencia actual rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este motivo, como vemos en las presentes líneas, ya no se pone tanto el acento en el acuerdo previo al delito, sino que la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha "tomado parte directa" en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho (también, la STS de 8 de febrero de 1991).

Respecto de la influencia de los actos previos y preparatorios del delito en la asunción del resultado final, esta Sala del Tribunal Supremo señala en la sentencia de 19 de julio de 2007 que cuando la aportación de la cooperación tiene lugar antes del comienzo de la ejecución del hecho, el conocimiento de los elementos de la

ilicitud del hecho principal se identifica con el conocimiento del plan del autor. Pero en los casos de asesinato que requieren de evidentes actos previos a la comisión del delito no es posible determinar si el conocimiento del plan del autor de la muerte era tan preciso como para abarcar las circunstancias del asesinato. Esa precisión tampoco es requerida por la noción aplicable del dolo del cooperador.

En el caso analizado en esta sentencia de esta Sala el propio autor dio comienzo a la ejecución del hecho decidido a la realización de una acción que llevaba en sí el peligro concreto de la muerte del agredido y con total indiferencia respecto de una eventual posibilidad de defensa del mismo. En todo caso, inició la acción sin dar a la víctima ninguna posibilidad de ejercer defensa alguna, pues su agresión fue súbita e inopinada. Por lo tanto, en la medida en la que el cooperador tenía conocimiento de que la acción que emprendería el autor comportaba un peligro concreto de muerte del agredido y no tomó ex ante ninguna medida para limitar la agresión de manera tal que el agredido tuviera posibilidad de defensa, la conclusión no puede ser otra que la de afirmar la concurrencia del conocimiento de los elementos esenciales del asesinato o, al menos, la total indiferencia respecto de las mismas.

La unidad de acción en la comisión del delito y la aplicación de la teoría del dominio del hecho

El CP castiga no sólo a quienes realizan el hecho por sí solos, sino también a los que obran conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento además de los que inducen a otro a ejecutarlo, o los que cooperan a tal ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Todas estas hipótesis de participación están incardinadas en el concepto penal de autor. Pero de nuevo la doctrina jurisprudencial viene a reflejar aquí la formulación de la teoría del dominio del hecho sobre la consideración puramente formalista derivada de la mera ejecución del verbo que describe la acción tipificada como punible.

Si sólo los que ejecutan directamente el delito fueran declarados responsables quedarían sin sanción personas que, posiblemente, no ejecutaron formal y materialmente el acto que desencadena el resultado final (la muerte, lesiones, etc.) pero que tienen un claro componente de coparticipación, bien por acción directa, indirecta o por pura omisión al no evitar lo que estaba ocurriendo cuando tuvieron participación en el inicio de los actos delictivos. Así, es innecesario aclarar que esa conceptualización penal de la autoría no trata de dilucidar la cuestión sustantiva de a quién cabe atribuir mayor responsabilidad por la realización de un hecho punible - cuestión que en algunos casos es especialmente perseguida en el Código Penal-, sino lisa y llanamente definir las conductas penalmente responsables en concepto de autor, para sancionar una pluralidad de conductas sobre un mismo hecho y perseguir de este modo la autoría conjunta, al no quedar excluidos aquellos que no efectúan directamente la acción punible.

Pero para la aplicación de la teoría del dominio del hecho no se viene a exigir de forma absoluta la existencia de acuerdos previos, como hemos visto antes, ya que para la conceptualización jurídico-penal nunca es la acción un hecho, sino mejor el sentido de un hecho, para armonizar la respuesta punitiva con la responsabilidad personal, sin precisar para ello el acuerdo previo, que es una vetusta exigencia de la vieja jurisprudencia del Tribunal Supremo. Al contrario, antes parece necesario extender la responsabilidad en el grado de autor a quienes concurren y participan en el hecho para dar el sentido que el mismo persigue.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984 ya señaló que "en el caso de concurrencia de varios delincuentes en la ejecución de un hecho punible, la individualización de la responsabilidad criminal de cada uno de ellos sólo puede tener lugar cuando entre los propósitos y los actos que hayan desencadenado exista la independencia y separación necesarias para juzgarlos aisladamente, pero no cuando aparezca afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo concurso con que coadyuvaron a su perpetración, porque en este caso los actos individuales no son más que accidentes de dicha acción común en que juntos tomaron parte -abstracción hecha del papel que cada uno desempeñó-, y que los constituye a todos en responsables en concepto de autores del delito, a tenor de lo prevenido en el número 1.º del artículo 28 CP". Y en la sentencia de 14 de enero de 1985 del Alto Tribunal señaló que: "son autores aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho; ejecución que ha de entenderse en el sentido de realizar actos propios del núcleo de la acción que constituye el tipo delictivo".

En consecuencia, de lo expuesto se desprende la responsabilidad compartida de ambos recurrentes y la prueba de la adquisición del arma sin licencia habilitante por decisión de ambos como instrumento para perpetrar el crimen finalmente Armando, pero con la coparticipación de la recurrente.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conexión con los artículos 18.1, 18.4 y 24.2 de la Constitución.

Se denuncia por la recurrente que la investigación judicial se produjo merced a la vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad (artículo 18.1 CE) y al propio entorno virtual (artículo 18.4 CE), causada por

la conservación y posterior incorporación a este proceso penal de los geoposicionamientos del móvil de la recurrente, desde el 1 de enero de 2017.

Mantiene que su condena se habría fundamentado esencialmente en ese conocimiento retrospectivo de su ubicación, deducido del geoposicionamiento de su móvil durante un lapso temporal de muchos meses y sin interrupción ninguna y que ello no habría sido posible sin la previa conservación, durante al menos un periodo de doce meses, que todas las compañías prestadoras de servicios de comunicación de voz y datos practican de todos los datos asociados a todos esos servicios relativos a todos sus abonados.

Se denuncia que esa actividad de conservación universal de los datos asociados a cualquier servicio de comunicación se realiza por las compañías prestadoras en cumplimiento de la obligación que para ello les establece la vigente legislación española, y solamente para cumplir tal obligación. Sin embargo, la imposición legal de esa obligación de conservación universal e indiscriminada de datos, el efectivo cumplimiento por las compañías sujetas a ella y, en su virtud, el empleo posterior de esos datos, vulneraría los derechos fundamentales de la recurrente.

Se alega que la vigente obligación legal impuesta en España de conservación indiscriminada y universal de datos asociados a comunicaciones a través de un aparato de telefonía móvil, establecida para todas las compañías operadoras del servicio y comprensiva de todos los datos de todas las comunicaciones de todos los abonados vulneraría el derecho fundamental a la vida privada y al propio entorno virtual determinados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como lo hacen los demás derechos nacionales, de contenido idéntico al español, examinados por el TJUE en las sentencias dictadas al respecto.

En consecuencia, se concluye que las pruebas consistentes en la geolocalización retrospectiva de la recurrente, a los efectos de este proceso penal, merced al empleo de dichos datos conservados, habrían sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y, por tanto, deberían ser anuladas y excluidas del procedimiento.

Hay que señalar, en primer lugar, y esto es importante, que aun haciendo abstracción de la prueba referida a la geolocalización de los móviles de los condenados existe prueba bastante para enervar la presunción de inocencia de los recurrentes, habida cuenta la suficiencia de la prueba de cargo tenida en cuenta por el tribunal de enjuiciamiento validado por el TSJ. Por ello, aun al margen de la cuestión atinente a la conservación de datos de los teléfonos móviles existe prueba suficiente perfectamente delimitada y definida, por lo que la referencia a los datos conservados y utilizados en virtud de la autorización judicial suponen un "plus", o un "además de" en la determinación de la suficiencia de la prueba para enervar la presunción de inocencia, de ahí que el análisis que se suscita por la mención de la doctrina del TJUE sobre conservación de datos no tiene la relevancia que se propugna por el recurrente al no ser la única prueba de cargo para el dictado de la condena.

Pues bien, esta cuestión ya fue rechazada de forma absolutamente razonada y correcta por el TSJ en el FD nº 6 del que se pueden extraer las siguientes conclusiones en base a la propia doctrina ya asentada por esta misma Sala del Tribunal Supremo sobre la cuestión objeto de debate, a saber:

1.- La STS 317/2020, de 15 de junio señala que "las exigencias recogidas por el TJUE están recogidas en nuestra normativa interna, tanto la protección del derecho a la intimidad como el principio de proporcionalidad y sujetas a la autorización de una autoridad independiente de la administrativa cual es la judicial y se contraen a la investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal y en las leyes penales especiales de forma que en cada caso será el Juez de Instrucción correspondiente el que decida la cesión de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, lo que, desde luego, implica que la decisión debe ser ajustada al principio de proporcionalidad establecido expresamente en nuestra ley procesal (artículo 588 bis a).5 LECrim.), lo que en principio no parece incompatible con la exigencia de una normativa nacional que no admita la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica".

2.- La obligación de conservación es necesaria e instrumental para que las autoridades nacionales competentes puedan acceder a los datos conservados para las finalidades previstas en la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio, en los términos establecidos en su artículo 15.1, entre los que se encuentra la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos.

3.- Se faculta a los Estados miembros para adoptar medidas legislativas limitativas del alcance de los derechos y obligaciones relativas a la confidencialidad de las comunicaciones, datos de tráfico y presentación y restricción de la identificación de la línea de origen y de la línea conectada. Siempre que tales medidas limitativas resulten necesarias, proporcionadas y apropiadas en una sociedad democrática y los datos se conserven durante un plazo limitado.

4.- Sin obligación de conservación no es posible el acceso para los fines establecidos en la Directiva. No cabe disociar conservación con acceso a los datos por orden judicial atendiendo a la proporcionalidad. Para el segundo hace falta la "disponibilidad de lo primero".

5.- El hecho de que se haya declarado la invalidez de la Directiva 2006/24/CE no significa que las leyes nacionales de trasposición que la desarrollaron en cada país sigan la misma suerte.

6.- El TJUE en buena medida ha desplazado el problema de la licitud de la norma a la validez probatoria de la información obtenida a partir de los datos conservados por exigencias de las normativas nacionales.

7.- En España esta materia se regula por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, cuyo objeto declarado en la Exposición de Motivos, se promulgó con la finalidad de trasponer al derecho interno la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo.

Esta Ley ha sido confirmada en su vigencia por dos leyes posteriores: La Ley 9/2014, de 9 de marzo, General de las Telecomunicaciones, y la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que en sus respectivos artículos 42 y 52 remiten a la Ley 25/2007 en todo lo concerniente a la conservación y de cesión de datos con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves. Por lo tanto, el Legislador no sólo no ha dudado de la legalidad de la ley de referencia sino que la ha confirmado expresamente en las dos leyes posteriores, precisamente las leyes que han establecido la regulación básica en este ámbito normativo.

8.- Los prestadores de servicios obligados por ley a la conservación de datos no pueden realizar operación alguna de tratamiento, a salvo de la cesión singularizada que pueda recabar la autoridad judicial.

9.- Los datos conservados permanecen custodiados y no pueden tener más uso que su cesión a la autoridad judicial cuando ésta, lo ordene bajo un riguroso sistema de garantías. Ciertamente la conservación de datos y la obligación de cesión es en sí "tratamiento de datos" y así lo ha reiterado el TJUE en varias de sus sentencias para afirmar la competencia del derecho comunitario sobre esta cuestión, pero no puede desconocerse que los obligados por la Ley 25/2007 sólo deben y pueden almacenar los datos, pero no están habilitados para realizar ninguna de las operaciones de tratamiento que podrían ser especialmente lesivas para los derechos que se pretenden salvaguardar. Los prestadores no pueden, por tanto, estructurar, seleccionar, divulgar, transmitir, combinar o utilizar para fines de investigación criminal esos datos.

10.- Sólo cabe ceder los datos conservados para la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en leyes especiales (artículo 1.1), precepto que antes debía ser integrado acudiendo a los artículos 13.1 y 33.1 CP y actualmente acudiendo al artículo 579.1 de la LECrim que sólo autoriza este tipo de injerencias en delitos castigados con al menos pena de prisión de 3 años, en delitos de terrorismo y en el delitos cometidos por grupos u organizaciones criminales.

11.- Los datos que deben conservarse son los necesarios para rastrear e identificar el origen y destino de una comunicación, el tipo de comunicación y el equipo de comunicación de los usuarios (artículo 3.1) pero en ningún caso se pueden conservar datos que revelen el contenido de la comunicación (artículo 3.2).

12.- Los datos sólo pueden ser cedidos previa autorización judicial (artículo 6.1) y la resolución judicial que autorice la cesión deberá ser motivada y ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, especificando los datos que han de ser cedidos (artículo 7.2). Esta garantía es esencial y muchas de las legislaciones de los Estados de la Unión autorizaban la cesión a autoridades no judiciales.

13.- La cesión se limita a su utilización en investigaciones penales por delitos graves (artículo 7) y no cabe la conservación o cesión para finalidades distintas de la investigación penal, como ha ocurrido en otras legislaciones, ni para la investigación de delitos de escasa entidad.

14.- Los datos sólo pueden ser cedidos a agentes especialmente facultados, señalando como tales a los miembros de los Cuerpos Fuerzas de Seguridad del Estado, Agentes de Vigilancia Aduanera y agentes del CNI) y deberán limitarse a la información imprescindible (artículo 6.2).

15.- La Ley de Enjuiciamiento Criminal ha realizado una completa regulación de las intervenciones telefónicas y telemáticas, incluyendo en ellas el uso de los datos conservados por obligación legal (artículo 588 ter j), sujetando todas ellas a un estricto control judicial en su adopción y en su ejecución, con aplicación de los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

16.- El uso de los datos almacenados está sujeto a estrictas limitaciones que se contienen en los artículos 588 bis a) y siguientes de la LECrim, entre las que destacamos:

- a.- La utilización de datos está sujeta al principio de especialidad, de forma que sólo podrá autorizarse cuando la injerencia esté relacionada con un delito concreto.
- b.- No pueden autorizarse injerencias prospectivas, es decir, que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos de forma indiscriminada o sin base objetiva.
- c.- La injerencia debe definir su ámbito objetivo y subjetivo conforme al principio de idoneidad.
- d.- La injerencia está también sujeta a los principios de excepcionalidad y necesidad sólo puede acordarse si no existen otras medidas menos gravosas y sólo cuando sea imprescindible.

17.- Lo relevante en lo concerniente a la licitud de la medida cuestionada, sería analizar si la injerencia acordada judicialmente es respetuosa con los derechos fundamentales desde la óptica de la proporcionalidad y necesidad de la misma.

Podemos citar, también, en este punto la reciente sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 727/2020 de 23 Mar. 2021, Rec. 4218/2018, que señala al respecto que:

"1.2 Normativa de la Unión Europea

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en su artículo 13 autorizaba a los Estados miembros a adoptar la medidas legales pertinentes para limitar las obligaciones y derechos previstos en el apartado 1 del artículo 6, en el artículo 10, en el apartado 1 del artículo 11, y en los artículos 12 y 21 de dicha Directiva cuando tal limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia, entre otros, de la Seguridad del Estado, la seguridad pública y la prevención, investigación, detección y represión de infracciones penales. Las obligaciones y derechos que podían ser limitados eran el propio tratamiento de datos (artículo 6.1), las obligaciones de información a los interesados (artículos 10 y 11), el derecho de acceso (artículo 12) y la publicidad del tratamiento.

La anterior norma fue complementada por la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), con la finalidad de armonizar las disposiciones de los Estados miembros necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas (Artículo 1, apartados 1 y 2).

En esta nueva Directiva y en relación con las comunicaciones electrónicas se regulaban aspectos tales como las obligaciones de seguridad, confidencialidad, tratamiento y almacenamiento de los datos de tráfico, facturación desglosada y otras especificaciones que correspondían a los prestadores del servicio de comunicación electrónica y en su artículo 15, aplicando las previsiones de la Directiva 95/46/CE, se autorizaba a los Estados a limitar los derechos y obligaciones establecidos en los artículos 5, 6, apartados 1 a 4, 8 y 9 de la nueva Directiva, con la finalidad de proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE.

Se disponía que a tal fin los Estados miembros podrían "adoptar, entre otras, medidas legislativas en virtud de las cuales los datos se conserven durante un plazo limitado justificado por los motivos establecidos en el presente apartado". Los derechos y obligaciones susceptibles de restricción eran la confidencialidad de las comunicaciones (artículo 5), algunas de las obligaciones concernientes al tratamiento de los datos de tráfico (artículo 6), las limitaciones al conocimiento de la identificación de la línea de origen y de la línea conectada (artículo 8) y las limitaciones al conocimiento de los datos de localización (artículo 9).

Un nuevo hito en el desarrollo normativo de la Unión Europea fue la Directiva 2006/24/CE del Parlamento y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modificó la Directiva 2002/58/CE con la finalidad de armonizar las legislaciones nacionales en relación con la conservación de determinados datos generados o tratados por los mismos, para garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, es decir, a las legislaciones que desarrollaban la previsión normativa del artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE y del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE.

En esta Directiva se autorizaba a los Estados miembros a la conservación de unas determinadas categorías de datos (artículo 5), de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad (artículo 4) durante un plazo de 6 meses a dos años. La norma preveía la posterior destrucción de esos datos, los requisitos de almacenamiento, la existencia de autoridades de control y otra serie de disposiciones complementarias. Esa Directiva añadía un artículo 15.1 bis a la Directiva 2002/58/CE, señalando que el apartado 1 del artículo 15 no se aplicará a los datos que deban conservarse específicamente de conformidad con la Directiva 2006/24/CE.

1.3 Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Dejando al margen algunos otros pronunciamientos anteriores, el TJUE viene dictando en los últimos años un conjunto de sentencias que se refieren a la conservación de datos para la prevención de delitos y cuyo contenido resumimos en las páginas que siguen.

1.3.1 STJUE de la Gran Sala de 8 de abril de 2014 (Caso Digital Rights).

Esta sentencia declaró que la Directiva 2006/24 no era compatible con los derechos a la vida privada, a la protección de datos de carácter personal y con la libertad de expresión, reconocidos en la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea (artículo 7, 8 y 11) y artículos 8 y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos al establecer, entre otras disposiciones, la facultad de los Estados de establecer por ley la obligación de conservar los datos de tráfico y localización de las comunicaciones durante un determinado periodo de tiempo, de forma general e indiscriminada sobre toda la población.

Después de reconocer que la regulación de la Directiva 2006/24/CE constituía una injerencia grave en los derechos fundamentales a la vida privada y a la protección de datos de carácter personal (parágrafos 32-37) y después de reconocer también que la conservación de datos es una herramienta valiosa para la lucha contra el terrorismo y contra la delincuencia grave (42, 43 y 49) y que responde a un objetivo de interés general (44), señaló que esa medida debe ajustarse a criterios de proporcionalidad (45-46) y que el control jurisdiccional de la misma ha de tener en consideración el ámbito afectado, la naturaleza del derecho garantizado, la naturaleza y gravedad de la injerencia y la finalidad de ésta (47). No obstante, la sentencia señala que la injerencia no puede justificarse exclusivamente en su importancia para la seguridad pública y en su eficacia para la investigación penal (51), que sólo puede adoptarse cuando sea estrictamente necesaria (52) y que la ley que regule la conservación de datos debe establecer reglas claras y precisas y con garantías suficientes (54).

Partiendo de esas premisas, la STJUE analizó la compatibilidad de la Directiva 2006/24 con la normativa de la Unión, singularmente con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y concluyó afirmando que no era respetuosa con los derechos a la vida privada, a la protección de datos personales y a la libertad de expresión (artículos 7, 8 y 11), por lo siguiente:

(i) Afecta con carácter global a todas las personas que utilizan servicios de comunicaciones electrónicas, sin que las personas cuyos datos se conservan se encuentren, ni siquiera indirectamente, en una situación que pueda dar lugar a acciones penales (58)

(ii) No hay ninguna relación entre los datos cuya conservación se establece y una amenaza para la seguridad pública y, en particular, la conservación no se limita a datos referentes a un período temporal o zona geográfica determinados o a un círculo de personas concretas que puedan estar implicadas de una manera u otra en un delito grave, ni a personas que por otros motivos podrían contribuir, mediante la conservación de sus datos, a la prevención, detección o enjuiciamiento de delitos graves (59)

(iii) No fija ningún criterio objetivo que permita delimitar el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior con fines de prevención, detección o enjuiciamiento de delitos que, debido a la magnitud y la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta, puedan considerarse suficientemente graves para justificar tal injerencia. Por el contrario, la Directiva 2006/24 se limita a remitir de manera general, en su artículo 1, apartado 1, a los delitos graves tal como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro (60)

(iv) En cuanto al acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior, la Directiva 2006/24 no precisa las condiciones materiales y de procedimiento correspondientes y, en concreto, no dispone expresamente que el acceso y la utilización posterior de los datos de que se trata deberán limitarse estrictamente a fines de prevención y detección de delitos graves delimitados de forma precisa o al enjuiciamiento de tales delitos (61).

(v) No establece ningún criterio objetivo que permita limitar el número de personas que disponen de la autorización de acceso y utilización posterior de los datos conservados a lo estrictamente necesario teniendo en cuenta el objetivo perseguido. En especial, el acceso a los datos conservados por las autoridades nacionales

competentes no se supedita a un control previo efectuado, bien por un órgano jurisdiccional, bien por un organismo administrativo autónomo (62).

(vi) La Directiva 2006/24 prescribe, en su artículo 6, la conservación de éstos durante un período mínimo de seis meses sin que se establezca ninguna distinción entre las categorías de datos previstas en el artículo 5 de la Directiva en función de su posible utilidad para el objetivo perseguido o de las personas afectadas (63)

(vii) La Directiva 2006/24 no contiene garantías suficientes, como las que exige el artículo 8 de la Carta, que permitan asegurar una protección eficaz de los datos conservados contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso y utilización ilícitos respecto de tales datos. En concreto, dada la magnitud de datos objeto de conservación la Directiva no regula, mediante normas claras y adaptadas a la multitud de datos susceptibles de conservación, la protección y seguridad de los datos para garantizar su integridad y confidencialidad y tampoco garantiza que los proveedores apliquen un nivel especialmente elevado de protección y seguridad a través de medidas técnicas y organizativas (66-67).

La consecuencia de todos estos pronunciamientos fue la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento y del Consejo, de 15 de marzo de 2006.

1.3.2 STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Caso Tele 2)

Una vez anulada la Directiva 2006/24/CE que había servido de instrumento de armonización de las legislaciones nacionales para las normas sobre conservación de datos, se planteó al alto tribunal cómo había de interpretarse el artículo 15.1 de la Directiva 2002/58, que seguía autorizando a los Estados miembros a adoptar medidas legales para proceder a la conservación de datos por razones de prevención, investigación y castigo de la criminalidad.

El Tribunal de Luxemburgo hizo una precisión inicial de mucho interés: Las normas nacionales que regulen la conservación de datos por razones penales, son normas relativas al tratamiento de datos personales y se encuentran dentro del ámbito regulado por la Directiva, limitando con ello la previsión del su artículo 1.3 que excluye de la Directiva a las actividades de los Estados en materia penal. También se encuentran dentro de su ámbito las normas nacionales sobre la actividad de los proveedores de estos servicios y el acceso a los datos conservados, puesto que la conservación implica necesariamente el posterior tratamiento de los datos conservados. (Parágrafos 67 a 81).

Esta sentencia, como ha ocurrido con las posteriores, ha ido enriqueciendo la doctrina del Tribunal, precisando elementos normativos que necesariamente habrán de ser tomados en consideración por las legislaciones nacionales y, en su caso, por la legislación comunitaria que regule esta cuestión.

En esa dirección el TJUE enumeró los requisitos que debe cumplir una norma nacional que desarrolle el artículo 15.1 de la Directiva 2002/58 para ser respetuosa con los derechos reconocidos en la Carta de Derechos. Son los siguientes:

(i) Para la limitación de los derechos de la Carta es necesaria una ley que respete su contenido esencial (94). La ley debe establecer normas claras y precisas y debe estar sujeta a un control judicial previo (109 y 125).

(ii) La conservación de datos debe ser rigurosamente proporcionada al objetivo que se pretende con la misma (95).

(iii) Se reitera que la obtención de datos de tráfico (tales como, nombre y dirección del abonado o usuario registrado, los números de teléfono de origen y destino, dirección IP para los servicios de Internet, momento de la comunicación y lugar desde el que se ha realizado) constituye una injerencia grave en los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales e incluso a la libertad de expresión

(iv) Esas limitaciones tienen justificación cuando se adoptan para la lucha contra la delincuencia grave (98-102), especialmente delincuencia organizada y terrorismo, si bien estos objetivos no justifican por sí solos la conservación generalizada e indiferenciada, de ahí que se exija que esa restricción sea necesaria (103).

(v) La conservación de datos debe ser una medida excepcional (104), de ahí que una normativa que cubra de forma generalizada a todos los usuarios o abonados y que tenga por objeto todos los medios de comunicación electrónica debe establecer diferenciaciones, excepciones o limitaciones en función del objetivo que se pretenda lograr (105) debe exigir alguna vinculación entre los datos cuya conservación se establece y la amenaza para la seguridad pública (105), en particular debe regular su ámbito temporal, territorial o personal, limitando su campo de actuación a los delitos graves.

1.3.3 STEDH de 6 de octubre de 2020 (C-623/17, planteada por el Investigatory Power Tribunal, del Reino Unido)

(i) Señala esta sentencia que cuando son los Estados quienes aplican directamente medidas que suponen excepciones a la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas, sin imponer obligaciones de tratamiento a los proveedores de servicio, no se aplica la Directiva 2002/58 sino el derecho nacional de cada Estado (48) si bien también se señala que la obligación de conservar datos y entregarlos a las autoridades por razones de investigación criminal constituye tratamiento y está sujeto a la Directiva (39) .

(ii) Se reconoce que las razones de "seguridad nacional" para limitar los derechos de los ciudadanos en este ámbito se encuentran en un plano de mayor relevancia que el resto de necesidades a que alude el artículo 15.1 de la Directiva 2002/58 y pueden justificar restricciones de derechos de mayor intensidad (75) pero también en el ámbito de la seguridad nacional una legislación nacional que establezca la obligación de conservación indiscriminada y no selectiva de datos tráfico y localización es contraria a la Carta de derechos (82).

1.3.4 STJUE de 6 de octubre de 2020, (asunto *Quadrature du Net*, recaída en relación con las cuestiones acumuladas C-511/18, C-512/18 y C-520/18).

(i) En esta importante sentencia después de confirmar una vez más el criterio de que una normativa que obligue a la conservación de datos de tráfico y localización de forma indiscriminada es contraria al derecho de la Unión, añade precisiones importantes sobre cómo debe ser el contenido de la normativa que establezca la obligación de conservación para prevenir y perseguir la comisión de delitos graves y se hacen algunas precisiones muy relevantes sobre el valor probatorio en el proceso penal de la información obtenida en base a una normativa contraria al derecho de la Unión.

(ii) La obligación de conservación no puede ser indiscriminada sino selectiva, aunque tenga por objeto la lucha contra la criminalidad grave, y ese límite encuentra su justificación en que de la falta de límites produce efectos disuasorios para el ejercicio de los derechos a la vida privada y a la libertad de expresión y convierte en regla lo que debería ser una excepción, afectando a personas que ningún vínculo tendrían con la acción delictiva investigada, ni siquiera indirecto. Es necesario que esa legislación está limitada en función de criterios temporales, geográficos o personales y se insiste en que el objetivo de una acción eficaz contra la criminalidad no justifica una injerencia tan grave (142-145).

(iii) Avanza algunos criterios sobre cómo deben configurarse los límites. Y así, en relación con las personas, la ley que obligue a la conservación deberá tener en cuenta en relación con las personas que tengan un vínculo, al menos indirecto, con delitos graves, o puedan contribuir, de una forma u otra, a combatir delitos graves o a prevenir un riesgo grave para la seguridad pública o un riesgo para la seguridad nacional (148-149). En relación con el criterio geográfico deberá determinarse la obligación de conservación sobre la base de elementos objetivos y no discriminatorios y puede establecerse respecto de áreas caracterizadas por un alto riesgo de preparación o comisión de hechos delictivos graves como lugares o infraestructuras frecuentadas habitualmente por un número muy elevado de personas, o lugares estratégicos, como aeropuertos, estaciones de tren o zonas de peaje (150).

(iv) Para satisfacer las exigencias de proporcionalidad la duración de la obligación no deberá exceder de lo estrictamente necesario en función del objetivo perseguido y de las circunstancias que la justifiquen, sin perjuicio de la posibilidad de prorrogar dichas medidas, en caso de que esa retención continúe siendo necesaria (151).

(v) Sin embargo, la sentencia admite la posibilidad de conservación generalizada e indiscriminada, en ciertas condiciones, respecto de determinadas categorías de datos como Direcciones IP (152-156), datos de identidad civil y domicilios (157- 159), amenaza grave para la seguridad nacional real, actual o previsible (168) bajo control efectivo de un órgano judicial o una autoridad administrativa independiente.

En esta sentencia se abordó por primera vez qué eficacia probatoria podría tener información obtenida como consecuencia de normas nacionales que podrían entrar en contradicción con la doctrina del TJUE, es decir, información almacenada como consecuencia de leyes nacionales que imponían la obligación generalizada de conservación de datos de conservación y tráfico, aprobadas en desarrollo de la Directiva anulada (2006/24).

La respuesta del TJUE ha sido muy matizada y su doctrina ha sido reiterada en otra sentencia muy reciente a la que nos referimos a continuación.

1.3.5 STJUE de 2 de marzo de 2021 (Cuestión prejudicial planteada por *Riigikohus*- Estonia)

(i) Ante la inexistencia de normas de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables, a condición, sin embargo, de que no sea menos favorable que la que rige situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión (principio de efectividad)- (42)

(ii) Las normas nacionales deben ir dirigidas a evitar que la información y las pruebas que se han obtenido de manera ilegal perjudiquen indebidamente a una persona sospechosa de haber cometido delitos y ese objetivo puede alcanzarse tanto mediante la prohibición de utilización de esas pruebas como mediante normas que regulen la apreciación y ponderación de esa información (43) y en este sentido resulta de especial relevancia para que pueda ser valorada probatoriamente esa información en el proceso penal que los sospechosos o personas afectadas por la misma estén en condiciones de contradecir eficazmente esa información o esas pruebas (44)

1.4 Conformidad de la Ley 25/2007 con la legislación comunitaria sobre protección de datos

La doctrina del TJUE nos pone en la tesitura de determinar si la legislación española sobre conservación de datos es respetuosa con el derecho de la Unión.

A este fin debemos hacer una primera observación. El hecho de que se haya declarado la invalidez de la Directiva 2006/24/CE no significa que las leyes nacionales de trasposición que la desarrollaron en cada país sigan la misma suerte.

Una Directiva es un instrumento de armonización de las legislaciones nacionales pero que admite márgenes de discrecionalidad. Tan es así que en relación con la conservación de datos las legislaciones de cada Estado miembro evidencian notorias diferencias. De ahí, que una vez vigente la norma nacional, si es respetuosa con el derecho de la Unión, tiene autonomía respecto de la Directiva que justifica su nacimiento y sólo puede ser derogada por una norma posterior. Ciertamente las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión son vinculantes, pero en lo que atañe a este caso, las sentencias que se acaban de citar no conllevan de forma ineludible la nulidad de la Ley 25/2007, sino que obligan a analizar si el régimen de conservación de datos en España, cuya regulación no se limita a la ley citada, es conforme con el derecho de la Unión.

Resulta obligada una segunda observación. En este momento la Unión Europea, una vez anulada la Directiva 2006/24/CE, carece de un instrumento de armonización de las legislaciones nacionales. La ausencia de una norma comunitaria obliga a centrar la atención en la doctrina del TJUE y no podemos dejar de destacar que cada nueva sentencia del alto tribunal, tal y como hemos tratado de resumir anteriormente, añade matices, establece excepciones, diseña nuevos requisitos y modulaciones, estableciendo doctrinas que adicionan y acumulan conceptos normativos que acrecientan su complejidad jurídica. Y tan es así que el propio TJUE en buena medida ha desplazado el problema de la licitud de la norma a la validez probatoria de la información obtenida a partir de los datos conservados por exigencias de las normativas nacionales, lo que, a nuestro juicio, evidencia que el alto tribunal es consciente de la complejidad de la situación creada como consecuencia de su propia doctrina y, sobre todo, de la ausencia de un marco normativo que dote de la necesaria seguridad jurídica a esta compleja materia.

Según venimos comentando, en España esta materia se regula por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, cuyo objeto declarado en la Exposición de Motivos, se promulgó con la finalidad de trasponer al derecho interno la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo.

Esta Ley ha sido confirmada en su vigencia por dos leyes posteriores: La Ley 9/2014, de 9 de marzo, General de las Telecomunicaciones, y la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que en sus respectivos artículos 42 y 52 remiten a la Ley 25/2007 en todo lo concerniente a la conservación y de cesión de datos con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves. Por lo tanto, el Legislador no sólo no ha dudado de la legalidad de la ley de referencia sino que la ha confirmado expresamente en las dos leyes posteriores, precisamente las leyes que han establecido la regulación básica en este ámbito normativo.

La anulación de la Directiva 2006/24/CE nos podría llevar a considerar nula la ley española de desarrollo pero semejante automatismo no es admisible. La Directiva en cuestión no fue anulada por un único motivo. El TJUE realizó un profundo análisis de conjunto y detectó deficiencias diversas o ausencia de controles también diversos que conferían a la norma comunitaria una laxitud que daba como resultado la ausencia de protección suficiente de los derechos fundamentales afectados. La interacción de esas deficiencias es lo que motivó la declaración de nulidad.

Así, se analizaron factores como los siguientes: a) Afección generalizada a todas las personas sin vinculación directa o indirecta a acciones penales; b) Ausencia de límites temporales o geográficos que vinculen la conservación con hechos delictivos concretos o que permitan contribuir a la prevención, detección o enjuiciamiento de delitos graves; c) Falta de precisión respecto de las personas que puedan tener acceso y posterior uso de los datos; d) Ausencia de criterios objetivos respecto al uso posterior de los datos a lo estrictamente necesario, sin supeditarlos a un previo control judicial o de un organismo autónomo independiente; e) Ausencia de criterios objetivos para que la cesión se limite estrictamente a fines de prevención y detección de delitos graves; f) Establecimiento de un plazo de conservación único sin distinción entre la categoría de datos;

g) Falta de un alto nivel de protección y seguridad de los datos conservados, a través de medidas técnicas y organizativas, frente a abusos y accesos ilícitos y que garanticen la integridad y confidencialidad de los datos.

Si hacemos ese análisis en la normativa española se puede comprobar que gran parte de las deficiencias advertidas en la Directiva anulada no se producen en nuestro ordenamiento jurídico. Destacamos, a este respecto, las siguientes notas:

(i) La ley española obliga a la conservación de datos de tráfico y localización durante un año y permite su cesión a las autoridades judiciales, si bien esa cesión está sujeta a estrictas garantías.

(ii) Los prestadores de servicios obligados por ley a la conservación de datos no pueden realizar operación alguna de tratamiento, a salvo de la cesión singularizada que pueda recabar la autoridad judicial.

Esto es importante, porque la doctrina del TJUE ha tenido como finalidad esencial la protección de los derechos a la vida privada, a la protección de datos y a la libertad de expresión, hasta el punto de en sus sentencias se ha insistido en que los datos conservados "considerados en su conjunto, pueden permitir extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, sus relaciones sociales y los medios sociales que frecuentan" (STJUE de la Gran Sala de 8 de abril de 2014- Caso Digital Rights - 27).

La Ley española no genera ese riesgo. Los datos conservados permanecen custodiados y no pueden tener más uso que su cesión a la autoridad judicial cuando ésta, lo ordene bajo un riguroso sistema de garantías. Ciertamente la conservación de datos y la obligación de cesión es en sí "tratamiento de datos" y así lo ha reiterado el TJUE en varias de sus sentencias para afirmar la competencia del derecho comunitario sobre esta cuestión, pero no puede desconocerse que los obligados por la Ley 25/2007 sólo deben y pueden almacenar los datos, pero no están habilitados para realizar ninguna de las operaciones de tratamiento que podrían ser especialmente lesivas para los derechos que se pretenden salvaguardar. Los prestadores no pueden, por tanto, estructurar, seleccionar, divulgar, transmitir, combinar o utilizar para fines de investigación criminal esos datos.

(iii) Sólo cabe ceder los datos conservados para la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en leyes especiales (artículo 1.1), precepto que antes debía ser integrado acudiendo a los artículos 13.1 y 33.1 CP y actualmente acudiendo al artículo 579.1 de la LECrim que sólo autoriza este tipo de injerencias en delitos castigados con al menos pena de prisión de 3 años, en delitos de terrorismo y en el delitos cometidos por grupos u organizaciones criminales.

(iv) Los datos que deben conservarse son los necesarios para rastrear e identificar el origen y destino de una comunicación, el tipo de comunicación y el equipo de comunicación de los usuarios (artículo 3.1) pero en ningún caso se pueden conservar datos que revelen el contenido de la comunicación (artículo 3.2).

(v) Los datos sólo pueden ser cedidos previa autorización judicial (artículo 6.1) y la resolución judicial que autorice la cesión deberá ser motivada y ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, especificando los datos que han de ser cedidos (artículo 7.2). Esta garantía es esencial y muchas de las legislaciones de los Estados de la Unión autorizaban la cesión a autoridades no judiciales.

(vi) La cesión se limita a su utilización en investigaciones penales por delitos graves (artículo 7) y no cabe la conservación o cesión para finalidades distintas de la investigación penal, como ha ocurrido en otras legislaciones, ni para la investigación de delitos de escasa entidad.

(vii) Los datos sólo pueden ser cedidos a agentes especialmente facultados, señalando como tales a los miembros de los Cuerpos Fuerzas de Seguridad del Estado, Agentes de Vigilancia Aduanera y agentes del CNI) y deberán limitarse a la información imprescindible (artículo 6.2).

(viii) La ley impone a los sujetos obligados todo un conjunto de obligaciones para garantizar la integridad, seguridad, calidad y confidencialidad de los datos en el artículo 8 y establece un régimen de sanciones para caso de incumplimiento (artículo 11). Además, hay todo un desarrollo reglamentario que detalla las especificaciones técnicas en la forma de cesión de las operadoras a los agentes (Orden PRE/199/2013, de 29 de enero) que en todo caso ha de limitarse a lo estrictamente necesario. Y la ley española prevé un nivel de seguridad medio para este tipo de ficheros lo que garantiza la confidencialidad de los datos almacenados (artículo 81.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre sobre Reglamento de Protección de Datos).

(ix) La Ley de Enjuiciamiento Criminal ha realizado una completa regulación de las intervenciones telefónicas y telemáticas, incluyendo en ellas el uso de los datos conservados por obligación legal (artículo 588 ter j), sujetando todas ellas a un estricto control judicial en su adopción y en su ejecución, con aplicación de los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Conviene destacar que el uso de los datos almacenados está sujeto a estrictas limitaciones que se contienen en los artículos 588 bis a) y siguientes de la LECrim , entre las que destacamos:

(i) La utilización de datos está sujeta al principio de especialidad, de forma que sólo podrá autorizarse cuando la injerencia esté relacionada con un delito concreto.

(ii) No pueden autorizarse injerencias prospectivas, es decir, que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos de forma indiscriminada o sin base objetiva.

(iii) La injerencia debe definir su ámbito objetivo y subjetivo conforme al principio de idoneidad.

(iv) La injerencia está también sujeta a los principios de excepcionalidad y necesidad sólo puede acordarse si no existen otras medidas menos gravosas y sólo cuando sea imprescindible.

Por tanto, es cierto que muchos de los déficits de normatividad de la Directiva anulada por el TJUE no se dan en nuestra ordenación nacional al establecer garantías suficientes para que los datos personales conservados por obligación legal están suficientemente protegidos frente al riesgo de abuso ilegal tanto en relación con el acceso a esos datos como en el uso de los mismos. Y esa es la razón por la que esta Sala en anteriores sentencias ha considerado que nuestro ordenamiento en materia de conservación y cesión de datos es conforme con el derecho de la Unión.

Muestra de esa posición la encontramos en la STS 723/2018, de 23 de enero de 2019 y 400/2017, de 1 de junio , en la que dijimos lo siguientes: "en nuestra normativa interna tanto la protección del derecho a la intimidad como el principio de proporcionalidad, están sujetas a la autorización de una autoridad independiente de la administrativa cual es la judicial, y se contraen a la investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal y en las leyes penales especiales, de forma que en cada caso será el Juez de Instrucción correspondiente el que decida la cesión de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, lo que desde luego implica que la decisión debe ser ajustada al principio de proporcionalidad establecido expresamente en nuestra ley procesal (Artículo 588 bis a).5 LECrim), lo que en principio no parece incompatible con la exigencia de una normativa nacional que no admita la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica".

A la luz de las recientes sentencias dictadas por el TJUE y de las que nos hemos hecho eco en páginas anteriores, no encontramos razones para modificar nuestra posición. La legislación española en su conjunto es respetuosa con los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea , de ahí que nuestro análisis se proyecte no tanto en cómo deba regularse en el futuro esta materia, como en la comprobación de que en cada proceso penal y respecto de todo ciudadano que se vea sometido a una investigación criminal tenga la garantía del pleno respeto de sus derechos constitucionales. El propio TJUE ha situado en ese punto la proyección práctica de su doctrina. Lo determinante a efectos del proceso penal es si la limitación que sufre cada investigado en sus derechos fundamentales supone una injerencia no respetuosa con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en general, con los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución .

Y siguiente esa estela, el propio TJUE ha declarado de forma tajante que el problema de la validez probatoria de la información almacenada es una cuestión ajena al derecho comunitario y cuyo análisis debe hacerse desde el derecho nacional, de acuerdo con los siguientes principios:

De un lado, el principio de primacía obliga a la aplicación del derecho de la Unión con preferencia al nacional, de ahí que la doctrina del TJUE sea de vigencia obligatoria. Pero, a partir de esa afirmación de principio y aun en la hipótesis de que la ley 25/2007 no fuera conforme con el derecho de la Unión, lo que ya hemos descartado, no por ello es una consecuencia obligada la ilicitud probatoria de la información obtenida a partir de los datos conservados por obligación legal. Por el principio de equivalencia el juez nacional puede utilizarla siempre que otorgue al derecho comunitario una protección equivalente a la que otorgaría al derecho nacional en una situación similar. A tal fin el propio TJUE ha señalado que para excluir esa información lo más determinante es verificar si ha sido sometida al principio de contradicción procesal, es decir, si el afectado por la misma ha tenido oportunidad de contradecir, confrontar y cuestionar con plenitud la información en cualquiera de los aspectos que puedan ser relevantes para su valoración probatoria (véanse, en este sentido, STJUE de 6 de octubre de 2020, (asunto Quadrature du Net, -222-224- y STJUE de 10 de abril de 2003, Steffensen, C-276/01 , EU:C:2003:228 , apartados 78 y 79)."

Con ello, hay que concluir que las pruebas consistentes en la geolocalización retrospectiva a los efectos de este proceso penal, merced al empleo de dichos datos conservados, no han sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, y no cabe plantear la correspondiente cuestión prejudicial al TJUE, como ya se ha resuelto con carácter precedente. Los datos conservados permanecen custodiados y no pueden tener más

uso que su cesión a la autoridad judicial cuando ésta, lo ordene bajo un riguroso sistema de garantías y el delito que era objeto de investigación cuando se interesan los datos era grave como consta en los hechos probados. Es en cada caso cuando será el Juez de Instrucción correspondiente el que decida la cesión de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, lo que desde luego implica que la decisión debe ser ajustada al principio de proporcionalidad, lo que en principio no parece incompatible con la exigencia de una normativa nacional que ampare la conservación de datos cuando los requiera la autoridad judicial en atención al principio de proporcionalidad.

STJUE (Gran Sala), de 5 de abril de 2022 (caso G.D. y COMMISSIONER AN GARDA SÍOCHÁNA; asunto C-140/20)

Pues bien, hay que hacer mención a la importancia de la reciente STJUE (Gran Sala), de 5 de abril de 2022 (caso G.D. y COMMISSIONER AN GARDA SÍOCHÁNA; asunto C-140/20) en la que se concreta que el Tribunal de Justicia confirma que el Derecho de la Unión se opone a una conservación generalizada e indiferenciada de los datos de tráfico y de localización en el sector de las comunicaciones electrónicas con fines de lucha contra la delincuencia grave.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia, constituido en Gran Sala, confirma en primer lugar su reiterada jurisprudencia según la cual el Derecho de la Unión se opone a medidas legislativas nacionales que establezcan, con carácter preventivo, una conservación generalizada e indiferenciada de los datos de tráfico y de localización relativos a las comunicaciones electrónicas con fines de lucha contra la delincuencia grave.

De este modo, el TJUE en la sentencia indicada declara que:

"1) El artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, en relación con los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a medidas legislativas que establezcan, con carácter preventivo, a efectos de la lucha contra la delincuencia grave y la prevención de amenazas graves contra la seguridad pública, una conservación generalizada e indiferenciada de los datos de tráfico y de localización.

En cambio, dicho artículo 15, apartado 1, en relación con los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales, no se opone a medidas legislativas que, a efectos de la lucha contra la delincuencia grave y de la prevención de amenazas graves contra la seguridad pública, establezcan:

- una conservación selectiva de los datos de tráfico y de localización que esté delimitada, sobre la base de elementos objetivos y no discriminatorios, en función de las categorías de personas afectadas o mediante un criterio geográfico, para un período temporalmente limitado a lo estrictamente necesario, pero que podrá renovarse;
- una conservación generalizada e indiferenciada de las direcciones IP atribuidas al origen de una conexión, para un período temporalmente limitado a lo estrictamente necesario;
- una conservación generalizada e indiferenciada de los datos relativos a la identidad civil de los usuarios de medios de comunicaciones electrónicas, y
- el recurso a un requerimiento efectuado a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, mediante una decisión de la autoridad competente sujeta a un control jurisdiccional efectivo, para que procedan, durante un período determinado, a la conservación rápida de los datos de tráfico y de localización de que dispongan estos proveedores de servicios, siempre que dichas medidas garanticen, mediante normas claras y precisas, que la conservación de los datos en cuestión está supeditada al respeto de las condiciones materiales y procesales correspondientes y que las personas afectadas disponen de garantías efectivas contra los riesgos de abuso.

2) El artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, en su versión modificada por la Directiva 2009/136, en relación con los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el tratamiento centralizado de una solicitud de acceso a datos conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, procedente de la Policía en el marco de la investigación y la persecución de delitos graves, corresponde a un funcionario de la Policía asistido por una unidad integrada en este mismo cuerpo, con cierto grado de autonomía en el ejercicio de sus funciones y cuyas decisiones pueden ser objeto de un control jurisdiccional ulterior.

3) El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano jurisdiccional nacional limite en el tiempo los efectos de una declaración de invalidez que le corresponde efectuar, en virtud

del Derecho nacional, con respecto a una normativa nacional que impone a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas una conservación generalizada e indiferenciada de los datos de tráfico y de localización, en razón de la incompatibilidad de esa normativa con el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, en su versión modificada por la Directiva 2009/136, a la vista de la Carta de los Derechos Fundamentales. Conforme al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, la admisibilidad de las pruebas obtenidas mediante tal conservación se rige por el Derecho nacional, sin perjuicio del respeto en particular de los principios de equivalencia y efectividad."

Tras esta sentencia del TJUE hay que mantener los criterios sustentados en esta Sala con respecto a la obligación y conservación de datos en base a la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Hay que recordar que la Ley 25/2007 no establece una obligación de conservación general e ilimitada. El Artículo 5 de la norma que lleva por rúbrica *Período de conservación de los datos* apunta que:

1. La obligación de conservación de datos impuesta cesa a los doce meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación.

Y el art. 3 delimita el objeto de los datos a conservar siempre bajo un ámbito temporal y sujetos al destino a la investigación por delitos graves y en el marco de una autorización judicial que salvaguarda la proporcionalidad y carácter restrictivo de su uso acotado en la conservación a un marco temporal que hace huir de una conservación indiscriminada y extensiva en el tiempo de la conservación, frente a otras legislaciones que lo extienden a dos años.

En esta vía de conservación de datos de la legislación española muy temporal y concreta que en doce meses no permite hablar de una conservación general de datos que afecte a la intimidad de los sujetos no puede hablarse de no adecuación a la jurisprudencia del TJUE. Además, el proceso no puede ser al revés mediante una especie de *adivinación de zonas de conflicto y exigirse al legislador a anticiparse al lugar donde los datos van a existir*, ya que la delincuencia siempre es *ex post* y nunca se sabe dónde, cómo y por quién va a operar, por lo que la anticipación en la obtención de la prueba con carácter previo a la comisión del delito es una exigencia que deviene imposible en la labor de todos los Estados de adoptar medidas para prevenir el delito y para introducir cauces que permitan conseguir herramientas de investigación para investigar la comisión de un delito grave, con fines terroristas, o que atente contra la propia seguridad del Estado en sí mismo considerado y de sus propios ciudadanos.

Con ello, las conclusiones son las siguientes:

- 1.- La ley española obliga a la conservación de datos de tráfico y localización durante un año y permite su cesión a las autoridades judiciales, si bien esa cesión está sujeta a estrictas garantías. No puede hablarse, por ello, de una conservación de datos generalizada o genérica sin control alguno. No reviste el sistema nacional un carácter indiscriminado, ya que está previsto *ad hoc* a un objetivo que es la delincuencia grave respecto a delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales y a un plazo tasado.
- 2.- Los prestadores de servicios obligados por ley a la conservación de datos no pueden realizar operación alguna de tratamiento, a salvo de la cesión singularizada que pueda recabar la autoridad judicial.
- 3.- Los obligados por la Ley 25/2007 sólo deben y pueden almacenar los datos, pero no están habilitados para realizar ninguna de las operaciones de tratamiento que podrían ser especialmente lesivas para los derechos que se pretenden salvaguardar.
- 4.- Sólo cabe ceder los datos conservados para la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en leyes especiales.
- 5.- La cesión se limita a su utilización en investigaciones penales por delitos graves (artículo 7) y no cabe la conservación o cesión para finalidades distintas de la investigación penal.
- 6.- La legislación española en su conjunto es respetuosa con los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de ahí que nuestro análisis se proyecte no tanto en cómo deba regularse en el futuro esta materia, como en la comprobación de que en cada proceso penal y respecto de todo ciudadano que se vea sometido a una investigación criminal tenga la garantía del pleno respeto de sus derechos constitucionales.
- 7.- Los datos obtenidos lo han sido de tráfico y de localización que estaba delimitada, sobre la base de elementos objetivos y no discriminatorios, para un período temporalmente limitado a lo estrictamente necesario, pero que podrá renovarse, y ello es admitido por la STJUE de 5 de Abril de 2022.
- 8.- Se ha obtenido el dato relativo a la identidad civil y la identificación de los intervinientes en un delito grave.

9.- El TJUE se mantiene, en definitiva, en su posición de solo abrirse, como regla general, a regímenes de conservación de datos "...referentes a un período temporal, una zona geográfica o un círculo de personas que puedan estar implicadas de una manera u otra en un delito grave...", o "...a personas que por otros motivos podrían contribuir, mediante la conservación de sus datos, a la lucha contra la delincuencia grave". Ello ha sido mantenido en la sentencia citada por el recurrente de fecha 5 de Abril de 2022 y en la citada en el acto de la vista de fecha 20 de Septiembre de 2022 (C-793-19). Esta última sentencia fija en el punto nº 128 que *Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, el acceso a los datos de tráfico y de localización conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas con arreglo a una medida adoptada de conformidad con el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, que debe efectuarse respetando los requisitos que se derivan de la jurisprudencia que ha interpretado esta Directiva, solo puede estar justificado, en principio, por el objetivo de interés general para el que dicha conservación se impuso a estos proveedores. Solo cabría una solución diferente si la importancia del objetivo perseguido por el acceso fuera mayor que la del objetivo que justificó la conservación (sentencia de 5 de abril de 2022, Commissioner of An Garda Síochána y otros, C-140/20, EU:C:2022:258, apartado 98).*

10.- El TJUE mantiene su línea aperturista de sí admitir, en concreto, las conservaciones selectivas de datos de tráfico y localización, las conservaciones preventivas de datos de asignación de IIPP dinámicas o datos de identidad civil y las órdenes de conservación rápida, en los mismos términos ya anticipados en el precedente de la STJUE del caso LA QUADRATURE DU NE.

Ello lleva a la mejor doctrina a apuntar que ese ámbito cognitivo de datos que comprende el concepto de identidad civil abarcará a los datos precisos que "...permitan identificar a las personas que han utilizado tales medios en el contexto de la preparación o la comisión de un acto delictivo grave". Ello abre las puertas a otra serie de datos tendentes a facilitar lo que no sería sino una confirmación de la persona que realmente está detrás de la utilización de un medio de comunicación relacionado con la comisión de una concreta infracción criminal.

Y se añade que la sentencia introduce una importante novedad, sin duda influenciada por la doctrina sentada por la STEDH, Secc. 5ª, de 30 de enero de 2020 (caso BREYER v. Alemania; asunto 50001/12), al admitir, dentro de ese concepto amplio de identidad civil que permite su conservación preventiva, datos relacionados con el registro de tarjetas de telefonía de prepago. Registro, identificación del adquirente, vendedor, etc., serían datos que, según propone el § 72, podrían enriquecer sin duda esos datos que conformen las bases de datos sobre identidad civil de usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas.

11.- La STJUE de 5 de Abril de 2022 mantiene que la eficacia de una investigación criminal en la lucha contra la delincuencia grave no se hace depender del empleo de concretas herramientas de investigación, sino de todos los medios que se hallen a disposición de las autoridades nacionales para tal menester; para lo cual reconoce un importante papel a las bases de datos de identidades civiles y asignaciones de IIPP dinámicas, así como a las órdenes de conservación rápida -quick freeze-.

12.- En la legislación española una conservación de datos de tráfico y localización, pero no puede hablarse de una "relevante" afectación a la intimidad. Por un lado, no hay tratamiento de datos en el almacenamiento. Y, además, supone una herramienta por si es necesario que el juez deba intervenir.

13.- La clave de la impugnación es que se sostiene que "la imposición legal de esa obligación de conservación universal e indiscriminada de datos, el efectivo cumplimiento por las compañías sujetas a ella y, en su virtud, el empleo posterior de esos datos, vulneran los derechos fundamentales de las personas a quienes se refieren". Y añade que "la injerencia que resulta de una normativa nacional que establece la conservación de los datos de tráfico y localización debe considerarse especialmente grave y sólo la lucha contra la delincuencia grave puede justificarla."

Pero la conservación no es "indiscriminada" e "injustificada", sino que se lleva a cabo por una disposición legal habilitante prevista para su posible uso en casos de delitos graves. No puede sostenerse que solo puede admitirse en un Estado de derecho el derecho a la privacidad de los datos, sino también la seguridad ciudadana y la adopción de medidas de prevención del delito. Y ello, a fin de que el juez de instrucción pueda, luego, en base a las circunstancias de caso valorar si el delito es grave y adoptar, si así se solicita, la medida de injerencia en base a la proporcionalidad de la petición de los datos conservados y el fin al que se dirige la investigación, todo lo cual en este caso ha sido debidamente observado.

De todas maneras, con las precisiones que ha llevado a cabo el TJUE en la Sentencia citada de 5 de Abril de 2022 hay que entender que, y esto es de suma importancia, como se ha expresado al inicio del motivo, las medidas de geoposicionamiento de los teléfonos móviles durante un lapso temporal no han sido las únicas pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal, y, por ello, la referencia antes expuesta a que fue básica la inculpación propia y de la recurrente del propio autor del crimen, corroborado por otros medios probatorios desarticula

la queja llevada a efecto sobre los datos obtenidos del la geolocalización de los teléfonos móviles. Debemos tener en cuenta que, aun prescindiendo de la fuente de información proporcionada por los datos conservados la condena de ambos recurrentes se hubiera producido en iguales términos y sin sufrir alteración alguna, toda vez que la probanza complementaria a la ahora cuestionada por el recurrente, y antes expuesta, goza de la categoría de la *suficiencia* para , de forma autónoma, e incluso desconectada de la prueba que surge de los datos conservados, llevar al dictado de la condena.

Hay que tener en cuenta, además, que el órgano de enjuiciamiento fija en su sentencia, validada por el TSJ, que " Armando reconoció los hechos de que se le acusaba y describió la participación de Daniela relatando cómo en el proceso previo a la ejecución material del asesinato, Daniela , primero, le hizo ver como necesaria la muerte de Rafael y conseguido este propósito participo con él en la planificación y preparación del crimen", con lo cual ello se ve ello corroborado por un abrumador conjunto de datos objetivos que ha citado el tribunal, aun teniendo en cuenta la STJUE de 5 de Abril de 2022 antes citada.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conexión con el artículo 24.2 de la Constitución.

Señala la recurrente que "Se denegaron indebidamente por el magistrado presidente las recusaciones con causa que esta defensa formuló contra tres candidatos a jurado que tenían claros prejuicios sobre la responsabilidad penal de los acusados y, además, la última persona de esos tres candidatos parciales llegó a formar parte efectivamente, como titular, del jurado que emitió el veredicto en esta causa."

Este motivo ya fue rechazado por el TSJ en el FD nº 7 señalando con acierto que:

"La Sala muestra plena conformidad con lo argumentado por el Magistrado-Presidente del TJ en el FD Primero de la sentencia apelada, lo que anticipa la desestimación del presente motivo.

Para evitar reiteraciones damos aquí por reproducido lo allí razonado, que resulta ajustado a la doctrina jurisprudencial de la que son exponentes las SSTs 223/2005, de 24 de febrero y 1105/2007, de 21 de diciembre, a las que nos remitimos.

La sentencia apelada concluye con acierto:" En el presente caso los mismos jurados que, a preguntas de las defensas, reconocieron tener esa idea preconcebida admitieron también la posibilidad de variar su opinión en función del resultado de las pruebas que se practicasen en el juicio. Y no se advierte razón alguna para cuestionar que la labor del Tribunal del Jurado se haya ajustado a esas reglas, o que sus integrantes hayan desempeñado su función, conforme al juramento o promesa que prestaron en el momento de su constitución, con imparcialidad, sin odio ni afecto, examinando la acusación y apreciando las pruebas que se practicaron en el juicio. Por lo que hace a esto último, en particular, las instrucciones que se les proporcionaron tras la entrega del objeto del veredicto incidieron especialmente en la necesidad de abandonar toda idea preconcebida que tuvieran antes de que dieran inicio las sesiones del juicio oral, de atender exclusivamente a las pruebas que se hubieran practicado en el mismo y de tomar como punto de partida inexorable la inocencia de ambos acusados, como presunción que solo podría desvirtuarse si las pruebas conducían, sin ninguna duda razonable, a otra conclusión. Y la lectura del apartado del veredicto en el que el Jurado expresa los motivos de convicción permite constatar que el Jurado ha decidido exclusivamente sobre la base de lo visto y oído en el juicio oral".

Mantener lo contrario sería tanto como exigir que los candidatos a jurado se mantuvieran "ex ante" ajenos a la realidad mediática que, en casos como el presente, suele ser bastante profusa y detallada."

Pues bien, dado que los dos primeros candidatos a jurado fueron recusados y no entraron a formar parte del jurado, como expone la recurrente, no se toma en consideración la queja por su irrelevancia, sí en cuanto a Carina . Pero hay que señalar que en estos casos de juicios de jurado no es posible impedir que en casos de trascendencia mediática, como el presente, pueda resultar evidente que los que han sido llamados al juicio de entre los elegidos previamente por sorteo conozcan por los medios de comunicación el caso que va a ser enjuiciado, y prueba de la naturalidad con la que respondieron es lo expuesto por la propia recurrente, pero haciendo hincapié en que, obviamente, pueden modificar su opinión prefijada por el desarrollo del juicio. No se puede prohibir técnicamente esa especie de "curiosidad" que pueda existir en los que acceden al proceso de selección del jurado respecto al objeto del caso para el que pueden ser llamados. Pero esa "información" que puedan haber adquirido no les convierte en "inhábiles" para el desempeño de su función, siempre y cuando en el desarrollo de la misma durante el juicio desempeñen el ejercicio de su función como les corresponde.

Resulta evidente el desconocimiento que existe en los ciudadanos que acuden a un juicio del desarrollo del mismo en un caso de jurado. Y es en la ejecución del juicio cuando son instruidos por el Magistrado-Presidente

de su función, y es al comienzo del juicio cuando se le dan las instrucciones sobre su función y los aspectos en los que deben prestar atención en el desarrollo de la prueba que deben ir anotando.

Con ello, es en el desarrollo del juicio donde pueden observarse, o no, incidencias que delimiten la posible parcialidad de algún miembro del jurado, que en este caso no constó en modo alguno, ya que las conclusiones del jurado respecto de cada extremo sometido a su consideración fue respondida correctamente por el jurado, sin que hubiera atisbo alguno de "influencia anómala" en uno de los miembros del jurado en el resto, o circunstancia que determinara que el Magistrado-Presidente tuviera que devolver el veredicto al jurado.

Los razonamientos del jurado en orden a las pruebas practicadas y su reflejo en el veredicto por la "sucinta motivación" que les compele el art. 61.1 d) LOTJ ha sido correcta y adecuada. No existe insuficiencia argumental o razones por las que el Magistrado-Presidente hubiera encontrado exceso en la función del jurado o "apartamiento" de las obligaciones que les competía, ni individual ni colectivamente.

Es por ello, que no existen razones para estimar el motivo, habiendo cumplido el jurado con el encargo depositado en ellos, así como el miembro citado por la recurrente. Del examen que llevó a cabo el Magistrado Presidente del Jurado de lo actuado por este y de la lectura del apartado del veredicto en el que el Jurado expresa los motivos de convicción se permite constatar que el Jurado ha decidido exclusivamente sobre la base de lo visto y oído en el juicio oral y no hay merma de garantías alguna para los enjuiciados.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conexión con los artículos 18.1 y 14 de la Constitución.

Se alega que en la tramitación del proceso habrían resultado vulnerados los derechos fundamentales a la intimidad (artículo 18.1 CE) y a la no discriminación por razón de género en conexión con su conducta sexual (14 CE) causada por la indagación y exhibición en este proceso penal de conductas de Daniela atinentes a su vida sexual ajenas por completo al delito investigado.

Hay que señalar que en este caso razón tiene en este caso la recurrente con respecto a que en los juicios orales debe restringirse y limitarse el interrogatorio relativo a cuestiones que afecten a la intimidad, tanto de las partes acusadas como de los testigos que intervienen en el proceso penal, salvo que puedan existir algún tipo de relaciones o interferencias relacionadas con el objeto de la investigación, o lo sometido a enjuiciamiento.

Pero razón tiene, también, sin embargo, el TSJ en su sentencia cuando señala que, dado que existían dos líneas de investigación en relación, en primer lugar, al ajuste de cuentas, y, en segundo lugar, al móvil pasional, en alguna medida algunas preguntas podrían dirigirse en este segundo contexto en aspectos que pudieran entenderse que afectaban a la intimidad de la recurrente, pero coincidían en la búsqueda de las razones del segundo móvil por el que se perpetró el crimen.

En cualquier caso, el interrogatorio girado en los términos que plantea la recurrente no tuvo incidencia negativa en la aceptación por parte del jurado respecto a una conclusividad condenatoria basada en prejuicios del jurado derivados de la vida personal de la recurrente, sino que se sustentó en las pruebas que quedaron fijadas en el veredicto y que fueron admitidas y validadas por el magistrado presidente del tribunal del jurado en su reflejo en la sentencia. Todo ello, al haber admitido la corrección de la "sucinta motivación" del veredicto y que posteriormente fueron analizados por el TSJ en el análisis de la existencia de la prueba suficiente para la enervación de la presunción de inocencia.

Con ello, debe descartarse la existencia de preguntas dirigidas a la vida personal de la recurrente pudieran haber tenido una incidencia en el resultado de la valoración probatoria mediante el dictado de la condena por parte del tribunal del jurado.

De todos modos, en cualquier caso, debe primar la prudencia y cuidado en este tipo de interrogatorios para obviar todo aquello que quede al margen del objeto del proceso y que invadan cuestiones personales en la vida íntima, tanto de las partes acusadas en el proceso penal, como de los testigos que comparecen para declarar en el acto del juicio oral o en la fase de instrucción sumarial.

Así, hay que señalar que respecto de los testigos el art. 709 LECRIM recoge que:

"El Presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la

credibilidad de la declaración de la víctima. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas."

Y es cierto que es necesario evitar convertir a los testigos como "culpables" de ser víctimas, y/o permitir preguntas sobre su vida privada que queden "al margen de lo investigado", pero también es cierto que a los acusados tampoco se les debe someter a un interrogatorio ajeno a lo sustancial del caso.

De todos modos, como decimos, no queda reflejado en modo alguno en qué medida se produce una afectación de derechos del acusado en el proceso penal que determine una declaración de la "culpabilidad" por esta circunstancia, o que pueda determinar un beneficio penal al condenado, toda vez que, además, se recondujo a investigar una de las vías que manejaron las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Señala, por último, en su motivo la recurrente que solicita que "La reparación debe venir mediante la aplicación de una circunstancia atenuante analógica (21.7 CP) a la de dilaciones indebidas (21.6 CP)." Pero en ningún caso puede cohonestarse la queja que sustenta con una rebaja penal con la citada atenuante analógica que postula, habida cuenta la inexistencia de relación entre lo pedido y el precepto que propugna aplicar, además de que todo ello giró sobre una de las líneas de investigación policial.

No obstante, señala la recurrente que "La actuación descrita del magistrado-presidente ha dañado el derecho de mi representada a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva (24 CE), al no permitir que el jurado se pronunciase sobre hechos relevantes alegados por la defensa". Sin embargo, no se especifica en qué medida con respecto a los hechos que eran objeto de acusación ha tenido influencia la cuestión atinente a esos hechos que, finalmente, incorporó el Magistrado-Presidente del Jurado a los hechos probados, por cuanto no basta con citar la infracción que se denuncia, sino la medida del alcance de la indefensión material que se postula.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conexión con los artículos 24.2 y 9.3 de la Constitución, y en relación también con lo establecido en el artículo 849.2 de la LECR.

Se alega la indebida falta de incorporación al "factum" del apartado C) de la conclusión definitiva subsidiaria propuesta por la defensa, del siguiente tenor:

"En el año 2017 volvieron a producirse en algunas ocasiones expresiones de reproches subidos de tono, insultos y amenazas de Rafael hacia Daniela, encontrándose por la policía en el análisis del teléfono móvil de Rafael varios mensajes en los que parece que Rafael le exige a Daniela enviarle su ubicación e incluso una fotografía cuando llega a ciertos lugares, encontrándose varias instantáneas de la joven desde el mismo punto y tomadas en el domicilio de sus progenitores. Este comportamiento controlador genera en Daniela un comportamiento sumiso tratando la joven de agradarle hasta el punto de marcharse de la panadería donde trabaja para llevarle cualquier recado (6/11/2017). También el día 26/10/2017 le dice "k lo sepas tienes una buena ostia sí", y al día siguiente 27/10/2017 le escribe "hoy parecme ami k tienes todas las de ganar la bonolote y te toke una ostia pero de campeonato".

Y añade que "La base legal para hacerlo es la apreciación de un error en la apreciación probatoria acreditado documentalmente, por la vía del artículo 849.2 de la LECR. El documento que acredita el error es el informe policial citado, que incorpora la captura de los mensajes de texto mencionados remitidos por Rafael a Daniela y la demás evidencia gráfica de lo manifestado."

Hay que decir, en primer lugar, que el informe policial obrante en el atestado, al que hace referencia la apelante, tiene naturaleza personal, aunque se encuentre documentado en las actuaciones y por lo tanto no resulta apto para justificar el error denunciado.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Esta cuestión ya fue objeto de tratamiento con acierto y corrección en la sentencia del TSJ en el FD nº 9 por carecer del carácter de "documento literosuficiente" el informe policial.

No obstante, la formulación del motivo es incorrecta, ya que tal y como se articula no es posible en el mismo motivo denunciar infracción de ley o precepto constitucional, ya que supone partir de los hechos probados, y al tiempo, en el mismo motivo, pedir su corrección por vía documental, lo que no es posible aceptarlo por mezclar motivos de distinto tratamiento y consideración.

De todos modos, como relaciona la cuestión planteada con la aplicación de la agravante de parentesco y ello es objeto de análisis en el FD siguiente reflejamos la respuesta a este punto en la respuesta al motivo siguiente, en relación a esa adición irrelevante en los hechos probados del Magistrado-Presidente, ya que nada tenía que ver con los hechos que eran objeto de enjuiciamiento.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 7.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal.

Señala la recurrente que "Dada la situación de maltrato existente por parte de Rafael hacia Daniela , se concluye con facilidad que la sentencia inicialmente dictada, confirmada en apelación, al aplicar en la condena de mi representada por el delito de asesinato la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal ha incurrido en una infracción objetiva de ese precepto por su indebida aplicación a quien era víctima de la violencia de género infligida por Rafael ".

Al sustentarse el motivo por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM es preciso el absoluto respeto de los hechos probados.

Hay que recordar que estos, precisamente, comienzan relatando que:

" Rafael y Daniela mantenían una relación de pareja que se inició en 2007, solo interrumpida durante 2012, y convivían en el domicilio sito en la CALLE000 NUM000 , de La Felguera."

Pues bien, el TSJ desestimó este mismo motivo en el FD nº 10 señalando que:

"....Estimar que no es compatible con la existencia de un clima reiterado de amenazas, con un patente elemento de motivación por género por parte del varón a la mujer.

Dado el cauce elegido, la infracción de Ley, resulta obligado el máximo respeto a los hechos declarados probados.

La sentencia declaro probado, consecuencia de la unanimidad del Jurado al respecto, que: " Rafael y Daniela , mantenían una relación de pareja que se inició en 2007, solo interrumpida durante 2012, y convivían en el domicilio sito en la CALLE000 NUM000 , de La Felguera". El propio Jurado en un alarde de motivación señala en el apartado de "Elementos de convicción" que: "En Daniela concurre una agravante de parentesco porque no se considera relevante en este caso la violencia de genero por la que fue condenado Rafael en el año 2011".

Este razonamiento del Jurado es claro en su simplicidad, pero contiene elementos normativos que corresponden al ámbito competencial del Magistrado-Presidente. Y así resuelve de forma impecable en el FD Quinto de la sentencia apelada, concluyendo que, "acreditada la existencia de una relación análoga a la conyugal, con convivencia more uxorio y dotada de la indiscutible estabilidad que le da su prolongada duración, la aplicación de la circunstancia [agravante de parentesco] deviene inobjetable".

Por lo demás, todo ello resulta conforme con la doctrina jurisprudencial, de la que son exponentes las SSTs de 9 de diciembre de 2015 y 28 de abril de 2021. Esta última sentencia señala que la agravante de parentesco "... tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia, incluso desconectado de un vínculo afectivo. En consecuencia, no se exige éste, pero sí un requisito de convivencia, trabado en la relación de pareja". "...la agravante de parentesco se asienta en el menosprecio a los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones familiares o de afectividad, presentes o pretéritas".

La primera de las sentencias citadas, la de 9 de diciembre de 2015, saliendo al paso de eventuales provocaciones por parte de la víctima como causa de exclusión de esta agravante, sienta que: "En cuanto a la provocación es verdad que en ocasiones ha servido para excluir la circunstancia; pero es obvio que ha de tratarse de una provocación directa, inmediata y ligada causalmente a la concreta acción delictiva...". En este sentido razona con innegable acierto la sentencia "que no es posible subsumir en este último supuesto los hechos invocados por la defensa", en referencia a la sentencia del Juzgado de lo Penal de Langreo, de 8 de julio de 2011, por la que se condenaba, en conformidad, a Rafael como autor de un delito continuado de amenazas hacia Daniela y a los mensajes del año 2017 que, reitera, no "pueden ser valorados como provocación directa, inmediata y ligada causalmente a ese asesinato".

Pues bien, no puede aceptarse la queja de la recurrente en orden a su planteamiento de entender que la existencia de actos de violencia de género excluyen la agravante de parentesco, lo que no es posible aceptar.

Para ello hay que destacar que la clave diferencial que es preciso tener en cuenta es que la agravante de parentesco tiene un componente objetivo basado en la convivencia mientras que la de género lo es subjetivo basado en la intención.

Lo pone de manifiesto la STS 351/2021 de 28 Abr. 2021, Rec. 10643/2020, que concreta que:

"Con respecto a la compatibilidad de esta agravante con la de género, también apreciada en la sentencia recurrida -y no cuestionada en casación, la STS antes citada 253/2020, de 20-5, se pronunció en sentido afirmativo:

"En efecto, la primera tiene un matiz netamente subjetivo, basado en consecuencia en la intención -manifestada por actos de violencia-, de llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer, mientras que la agravante de parentesco tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia, incluso desconectado de un vínculo afectivo. En consecuencia, no se exige éste, pero sí un requisito de convivencia, trabado en la relación de pareja. Hemos declarado también que existe ese requisito en supuestos de reanudación de la convivencia cuando ha habido una ruptura y la víctima vuelve al hogar mediatizada por actos del agresor para que regrese al mismo, continuando con las agresiones que en muchos casos acaban con la vida de la víctima, tal y como ocurrió en el supuesto analizado por esta Sala en Sentencia 371/2018, de 19 de julio, ante un supuesto de asesinato cometido hacia su pareja que había abandonado el hogar y que regresó para continuar su convivencia con quien más tarde acabaría matándola de 51 puñaladas.

Es por ello que son compatibles, la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género. Pero la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia no excluye que la agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer.

En suma, como ya dijimos en nuestra STS 1177/2009, de 24 de noviembre, interpretando preceptos penales específicos de género, se comete esta acción cuando la conducta del varón trata de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.

En este mismo sentido, la doctrina apunta en cuanto a la admisión de la compatibilidad de ambas agravantes que la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal tiene un fundamento objetivo de agravación que se aplica siempre que medie entre autor y víctima las relaciones previstas en el mismo, mientras que la agravante de género prevista en el artículo 22.4º CP tiene un fundamento subjetivo, necesitando que



concurra en el autor del delito una ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que ésta es inferior por el mero hecho de serlo. Con ello, no se vulnera la prohibición de doble valoración (non bis in idem) por la aplicación de ambas, ya que existen dos hechos distintos, que no se tienen que dar necesariamente juntos, y que permiten fundamentar la agravación en uno y otro caso."

Con ello, pese a que la recurrente pretende excluir la agravante en caso de hechos de violencia de género hay que incidir en que esta agravante tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia, incluso desconectado de un vínculo afectivo.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 565/2018 de 19 Nov. 2018, Rec. 10279/2018 se insiste en que:

"El ámbito convivencial ha sido acreditado en el juicio oral y elevado al resultado de hecho probado, lo que constituye el eje central para la aplicación de la agravante de parentesco del art. 23 CP que se cuestiona.

El Tribunal "a quo" fundamenta la agravante de parentesco como circunstancia objetivable basada en la convivencia, sin exigirse vínculo alguno de afectividad subjetiva en la relación de pareja, ya que ello haría ineficaz la aplicación de la misma si se exigiera la prueba del afecto entre autor del delito y su víctima por no formar parte de la esencia de la agravación por su naturaleza puramente objetiva basada exclusivamente en la relación entre las partes y en la convivencia.

...Esta Sala Casacional del Tribunal Supremo ya ha declarado en reiterada doctrina que el afecto no forma parte de los elementos o circunstancias exigidas para la aplicación de esta agravante. El texto legal ni siquiera exige la presencia actual de la relación, sino que se expresa como "ser o haber sido".

En este contexto se excluye del análisis de la aplicación de esta agravante cuestiones subjetivas basadas en el afecto o el "no afecto", siendo el elemento de la convivencia en la relación de pareja el determinante para la aplicación de la agravante. No se trata, con ello, de que pueda excluirse si el afecto no existe, aunque exista convivencia, o, incluso, en casos de maltrato en el seno del hogar. Si hay convivencia como dato objetivo la agravante debe operar. El planteamiento tácito que propugna la recurrente tiene un trasfondo a modo de una especie de legítima defensa, o causa justificada para actuar de una determinada manera, lo que no tiene cabida en el contexto analizado ante un caso de crimen preparado de forma detallada para acabar con la vida del finado, ante lo que no tiene entrada el sustrato que es objeto de la queja en el motivo precedente, aunque finalmente el Magistrado-Presidente lo incluyera en el relato de hechos probados, pero lo que es ajeno a lo que es objeto de enjuiciamiento.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 8.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por falta de adecuada aplicación de las reglas del apartado 1 del artículo 66 del Código Penal.

Se formula la queja por el recurrente por "la sanción penal a esta condenada en la concreta extensión de 21 años de prisión, superando la extensión mínima legal posible de 20 años, sin que existan motivos suficientes para hacerlo. Con ello se incurre en infracción de la aplicación de las reglas del artículo 66 del Código Penal, a cuyo tenor, dentro de la mitad superior de la pena, señalada por el artículo 66.1.3 CP, debe determinarse su concreta duración en consideración "a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho", razonándola suficiente y justificadamente, y que no debe superar el mínimo legal de prisión imponible si no concurren y se expresan en la resolución razones bastantes para ello."

Señala el TSJ en el FD nº 10 que:

"En el FD 7º motiva suficientemente la sentencia impugnada por qué se fija la pena de prisión en 21 años: "en el caso de Daniela, la concurrencia de la circunstancia de parentesco como agravante determina que, en el delito de asesinato, la pena se haya de fijar en su mitad superior (regla 3ª del artículo 66.1). Para la individualización de la pena habrá de estarse tanto al desvalor objetivo de los actos con los que participó en la comisión de los hechos, y que determinan su condena como coautora, como a aquellas concretas circunstancias que caracterizaban la relación de pareja y que, a tenor de lo que se ha expuesto en el Fundamento Jurídico Quinto, aunque irrelevantes a la hora de determinar la concurrencia o no de la agravante, han de ser valoradas en este punto.

Ello conduce a imponer la pena en veintiún años de prisión, con idéntica accesoria de inhabilitación absoluta. Y, por lo que hace al delito de tenencia ilícita de armas, en ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad no se advierten razones para fijarla en extensión superior a la mínima legal de un año, también con la correspondiente pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo".

Esta Sala muestra total acuerdo con la individualización y la motivación de las penas impuestas a la apelante, por lo que el motivo ha de ser desestimado."

Lo que debe valorarse en estos casos es si la pena impuesta está fijada en el marco legal dentro de la mitad superior y es lo que procede en el presente supuesto, ya que la pena de 21 años de prisión lo está vista la concurrencia de la agravante de parentesco. Nos encontramos con un hecho de suma gravedad de preparación, diseño y ejecución de un crimen por parte de los dos condenados y con una pena impuesta a la recurrente dentro del marco legal y en la mitad superior que arrastra la aplicación de la agravante. No hay razón legal alguna para una rectificación en la casación ante una pena correctamente impuesta dentro del marco legal.

Hemos señalado a este respecto que el control casacional de la corrección de la pena aplicada se limita a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta las circunstancias que le hayan permitido imponer una pena acorde a la gravedad de la culpabilidad.

Además, hay que considerar que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

1. En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.
2. En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.
3. En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).
4. Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

En el caso presente ha quedado evidenciada la gravedad del hecho y las circunstancias que concurren expuestas por el Tribunal y revisado por el TSJ, habiéndose impuesto la pena, como hemos señalado, en el marco legal.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Armando

DÉCIMO.- 1.- Al amparo del art. 852 LECr., así como del art. 5.4 LOPJ, por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, 24.2, 9.3 y 120.3 CE, como consecuencia de la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad por insuficiente, arbitraria y contradictoria motivación de la sentencia recurrida, lo que genera indefensión a esta representación por inaplicación indebida de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio y aplicación indebida de la atenuante analógica del art. 21.7 en relación con el art. 20.1 CP y jurisprudencia de aplicación a este motivo.

El recurrente cuestiona que el TSJ haya rebajado la eximente incompleta de trastorno mental transitorio a atenuante analógica, y señala que en el objeto del veredicto ya se hizo constar como "eximente incompleta de trastorno mental transitorio", a lo que de salida hay que señalar que no puede fijarse en el objeto de veredicto una consideración jurídica a un hecho sometido a decisión del Tribunal. Por ello, que ese fuera el título de su objeto de veredicto ello no vincula jurídicamente respecto a la decisión jurídica a adoptar.

Y lo que el propio recurrente apunta que se exponía al jurado es si padecía:

-Trastorno obsesivo compulsivo y de adicción a la persona de Daniela por limerencia.

-Combinado con un perfil de rasgos de personalidad dependiente. - Lo que sumado a lo que le contaba Daniela mermó sus facultades volitivas y su percepción de la realidad.

Se queja de que el TSJ "rebaja la consideración de eximente incompleta por trastorno mental transitorio a una mera atenuante analógica del art. 21.7º CP".

Pero el error del recurrente es considerar que cuando plantea los puntos objeto de su calificación para su incorporación al objeto del veredicto según su enfoque jurídico ello debe ir calificado con una "adjetivación" en atención en estos casos a si supone una eximente incompleta o una atenuante en su caso, cuando no es así.

Recordemos que el error de planteamiento se produce por olvido del contenido estricto del art. 52 de la LOTJ que lleva por rúbrica *Objeto del veredicto*, donde con respecto al planteamiento de circunstancias modificativas de responsabilidad penal, que es lo que en este caso se discute, señala que:

"b) Expondrá después, siguiendo igual criterio de separación y numeración de párrafos, los hechos alegados que puedan determinar la estimación de una causa de exención de responsabilidad"

c) A continuación incluirá, en párrafos sucesivos, numerados y separados, la narración del hecho que determine el grado de ejecución, participación y modificación de la responsabilidad.

Por ello, constan hechos y no si lo planteado es una eximente incompleta o una atenuante. Así, no se trata de plantear una eximente incompleta de miedo insuperable, o una atenuante muy cualificada de obcecación. No es esto lo que procede, sino plantear hechos y que el jurado responda y vote a ello, correspondiendo más tarde a los tribunales de justicia la calificación jurídica correspondiente a ese hecho aprobado por el jurado.

Así, consta en los hechos probados con relación a este extremo que:

Armando padecía un trastorno obsesivo compulsivo y de adicción a la persona de Daniela por limerencia, combinado con un perfil de rasgos de personalidad dependiente, lo que, sumado a lo que le contaba Daniela, mermó sus facultades volitivas y su percepción de la realidad.

Pues bien, en el FD 12º de la sentencia el TSJ da respuesta al recurso de la acusación particular en este extremo, y señala que:

Decisión del jurado sobre este extremo:

"El Jurado, por cinco votos a cuatro, declaró probado que:" Armando padecía un trastorno obsesivo compulsivo y de adicción a la persona de Daniela por limerencia, combinado con un perfil de rasgos de personalidad dependiente, lo que, sumado a lo que le contaba Daniela, mermó sus facultades volitivas y su percepción de la realidad".

Motivación del jurado respecto a este extremo:

Y lo motivo así:" Pensamos que Armando si tuvo un trastorno obsesivo compulsivo hacia Daniela ...Creemos que con ese trastorno obsesivo compulsivo su capacidad volitiva estaba mermada y no veía la realidad tal cual es por la adicción que sufría hacia Daniela ".

También razona el Jurado que "se demuestra la manipulación de Daniela hacia Armando, el cual según las pruebas periciales, era manipulado por su "limerencia hacia ella de alto grado", como han manifestado los peritos médicos...".

Armando padecía un trastorno obsesivo compulsivo, por "limerencia" (enamoramiento patológico) hacia la persona de Daniela, que "mermaba" sus capacidades volitivas e intelectivas.

En definitiva, lo que el Jurado declara probado es que Armando padecía un trastorno obsesivo compulsivo, por "limerencia" (enamoramiento patológico) hacia la persona de Daniela, que mermaba sus capacidades volitivas e intelectivas.

Y esa situación es la que debía valorar el Magistrado Presidente, prescindiendo del enunciado de la proposición formulada al Jurado al caracterizarla como "eximente incompleta de trastorno mental", que es una cuestión jurídica ajena a las funciones del Jurado. Y esto es lo que ahora se somete a nuestra consideración, es decir si tal situación patológica ha de incardinarse en una eximente incompleta, como hizo la sentencia apelada, o, en una atenuante analógica como solicitan los recurrentes.

Periciales al respecto.

Dedica la sentencia apelada el apartado 1) del FD Sexto a tratar la cuestión.

Reconoce la existencia de dos periciales medicas de sentido opuesto (la emitida por Anibal y Carla, por un lado, y la de los médicos forenses, por otro), entiende que los Jurados han otorgado un valor superior a la primera y concluye que existió una "profunda perturbación" en las facultades volitivas e intelectivas de Armando, que justifica la aplicación de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio.

Esta Sala discrepa de la anterior conclusión, por razones fácticas y jurídicas, basadas en la doctrina jurisprudencial.

Perspectiva fáctica: El trastorno "mermó" su capacidad.

Desde la perspectiva fáctica, lo cierto es que el Jurado declaró probado que, el trastorno obsesivo compulsivo que padecía el condenado, "mermaba" sus capacidades. Mermar significa disminuir, menguar, reducir. Es decir que Armando tenía disminuidas o reducidas sus facultades o capacidades de querer y de entender, pero no abolidas ni "profundamente perturbadas" como entendió el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia.

Tampoco explica el Jurado que prueba pericial de las practicadas en el Plenario fue determinante para adoptar la decisión, por 5 a 4, pues hacen una referencia los peritos médicos en general

...Siendo ello así hemos de concluir que lo que el Jurado declaró acreditado no es una patología que impida o dificulte la comprensión de la ilicitud de la conducta (ámbito de la eximente completa o incompleta). Conviene recordar que se trata de un asesinato planeado durante tiempo y ejecutado "a sangre fría" mediante tres disparos a corta distancia cuando la víctima estaba agachada. No estamos ante un trastorno de especial y profunda gravedad asociado a otras anomalías especialmente relevantes (la personalidad dependiente no lo es).

Estamos ante una simple disminución, a juicio del Jurado, de las capacidades volitivas e intelectivas que se corresponde con la atenuante simple del artículo 21.7 en relación, por analogía, con el 20.1 del Código Penal."

En efecto, razón tiene el TSJ a la hora de calificar ese hecho sometido al jurado como atenuante analógica más que como eximente incompleta de trastorno mental, ya que la consecuencia en la psique del sujeto y su afectación lo fue en cuanto "mermó" sus facultades intelectivas y volitivas, pero no las "anuló" total o parcialmente.

Es preciso recordar, en consecuencia, cuál es la respuesta correcta desde el punto de vista jurídico a lo que el jurado aceptó declarar probado, abstracción hecha del "título" que le haya acompañado el recurrente a ese extremo en las preguntas del objeto del veredicto, que deben quedar al margen de la correcta calificación jurídica que debe darse.

Veamos la jurisprudencia de la Sala al respecto de lo que se declaró probado como trastorno de la personalidad, es decir, el trastorno obsesivo compulsivo detectado al recurrente. Una obsesión que tenía por la anterior recurrente y que sería determinante en la ejecución del hecho.

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 863/2010 de 11 Oct. 2010, Rec. 10347/2010

"La jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que los trastornos "de la personalidad" -que no son trastornos psicóticos- carecen por su sola naturaleza de la eficacia psicológica anulatoria que el recurrente postula. Siendo una anomalía psíquica (S^a 17 de julio de 2008; 3 de febrero de 2009) afecta a la organización y cohesión de la personalidad y a su equilibrio emocional y volitivo determinando una desviación anormal del carácter (S^a 4 de noviembre de 2002). En definitiva implica una desviación del patrón cultural de conducta que se manifiesta en el área de la cognición, en el de la afectividad, en el del funcionamiento interpersonal o en el del control de los impulsos (S^a 18 de abril de 2006, 17 de julio de 2008; 3 de febrero de 2009); y en su presencia no cabe hablar de exención completa pues no se anula el conocimiento ni la voluntad, valorándose como atenuante analógica, y excepcionalmente como eximente incompleta en supuestos especialmente graves, generalmente asociados a otras patologías (SS 17 de julio de 2004; 18 de abril de 2006; 29 de mayo de 2007).

En este sentido la apreciación como eximente incompleta de los trastornos de la personalidad se ha admitido cuando alcanzan una profunda gravedad o aparecen asociadas con anomalías orgánicas o psíquicas potenciadoras de la alteración psicológica, como la fuerte ingestión alcohólica, entre otros factores (SS. 23 de mayo de 2007, 17 de julio de 2008)."

Con ello, en el presente caso para apreciar la eximente incompleta se exigiría una profunda gravedad que no consta en el presente caso, dado que lo que declaró probado el jurado es que esta circunstancia *mermó sus facultades volitivas y su percepción de la realidad*.

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 648/2021 de 19 Jul. 2021, Rec. 3087/2019

"Es, por otra parte, doctrina de esta Sala, que, en orden a la valoración de las alteraciones mentales como eximente, semiximente o atenuante analógica cualificada, atenuante simple o irrelevante a efectos penales, que se ha de atender a una graduación de su intensidad, distinguiéndose entre una alteración plena, grave, menos grave y leve de las facultades intelectivas y volitivas en el momento de los hechos, distinción que es fundamental a tener en cuenta, porque, como nos dice la STS 467/2015, de 20 de julio de 2015, "de tal modo que la intensidad de la alteración habrá de ser el criterio determinante para graduar la imputabilidad".

En el presente caso la consecuencia del trastorno solo provocó una merma de sus facultades, por lo que acierta el Tribunal en apreciar solo una categoría de atenuante analógica, y no de eximente incompleta, sin que ello

conlleve una revisión de la valoración probatoria, sino aplicación de la doctrina de la Sala aplicable a lo que el jurado consideró probado. Y en este caso solo se trató de una "merma" de sus facultades, no una anulación, o una reducción relevante que pudiera atraer la eximente incompleta por estar asociado el trastorno obsesivo a una patología, lo que no es el caso que se declara probado.

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 13/2019 de 17 Ene. 2019, Rec. 10416/2018

"Apreciando una eximente incompleta del art. 21.1 CP solamente cuando el trastorno de la personalidad concorra con otros factores que acentúen la misma y erosionen de forma significativa la voluntad del sujeto, dejando la atenuante analógica para aquellos casos en los que se mostraba una afectación sensible de la capacidad intelectual y volitiva del sujeto."

No hay en el presente caso concurrencia del trastorno obsesivo compulsivo con otros factores determinantes de dar lugar a una eximente incompleta.

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 478/2019 de 14 Oct. 2019, Rec. 10205/2019

"En la trascendencia de los trastornos de personalidad sobre la imputabilidad, la postura tradicional de la Jurisprudencia fue siempre restrictiva, al considerarlos como desequilibrios caracterológicos originadores de trastornos de temperamento o de la afectividad, por tanto influyentes en la parte emocional del sentimiento y en el querer. En base a ello han sido habituales las resoluciones determinantes de la irrelevancia penal de la personalidad psicopática, estimando que no comporta alteraciones mentales afectantes a la inteligencia y voluntad, salvo la concurrencia de una gran entidad del trastorno o coincidencia con enfermedades concurrentes relevantes.

Cuando los trastornos de personalidad ofrezcan una especial, intensidad o profundidad, o se presenten asociados a otras enfermedades mentales de mayor entidad, pueden determinar una disminución de las facultades cognitivas o volitivas del sujeto, y por tanto una limitación, más o menos grave, de su capacidad de determinación".

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 842/2010 de 7 Oct. 2010, Rec. 486/2010

"La doctrina de esta Sala, "en general ha entendido que los trastornos de la personalidad no calificados de graves o asociados a otras patologías relevantes no dan lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad, sino en todo caso a una atenuación simple y solo en aquellos casos en los que se haya podido establecer la relación entre el trastorno y el hecho cometido".

También en la STS núm. 2167/2002, de 23 diciembre, se decía que "la jurisprudencia ha sido en general reacia a reconocer eficacia atenuatoria a los trastornos de la personalidad o psicopatías, con mayor razón cuando no han sido calificados de graves.

La STS nº 1363/2003 ya citada, terminaba recordando que "por lo general, sin embargo, los trastornos de personalidad se valoran penalmente como atenuantes analógicas (Sentencias de 12 y 27 de marzo de 1985, 27 de enero, 1 de julio y 19 de diciembre de 1986, 6 de marzo de 1989 o 5 de noviembre de 1997). Sólo en supuestos especialmente graves, generalmente asociados a otras patologías, y en directa vinculación con los hechos ocurridos, han sido valorados como eximentes incompletas (Sentencias de 10 y 25 de octubre y 14 de noviembre de 1984, o 16 de noviembre de 1999)."

La doctrina más especializada en la materia ahora analizada ha señalado que este tipo de trastornos que han sido reconocidos al recurrente forman parte de los trastornos del espectro afectivo en el que tendrían cabida el trastorno obsesivo compulsivo, los trastornos del comportamiento alimentario, los trastornos de ansiedad y los trastornos mayores del estado de ánimo. Pero no pueden de forma directa asociarse a una eximente incompleta, sino, en todo caso, a una atenuante analógica, a no ser que vayan asociados a otra circunstancia grave que eleve el grado o nivel de afectación que, recordemos, en el presente caso "solo mermó" sus facultades por esa relación de "dependencia emocional" que cierto es que coadyuvó a cometer el ilícito penal, pero sin la consideración de eximente incompleta que postula el recurrente.

Se trató de un crimen debidamente preparado y ejecutado con determinación que excluye la vía de la eximente incompleta.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 2.- Al amparo del art. 852 LECr., así como del art. 5.4 LOPJ, por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, 24.2, 9.3 y 120.3 CE, como consecuencia de la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad por insuficiente, arbitraria y contradictoria motivación de la sentencia recurrida, lo que genera indefensión a esta representación por

inaplicación indebida de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP o subsidiariamente analógica en relación al art. 21.7º CP) y jurisprudencia de aplicación a este motivo.

Vuelve a incidir el recurrente en calificar los puntos objeto del veredicto, cuando, como antes hemos señalado, solo refieren hechos, y no calificaciones jurídicas que serán el resultado de las que se declaren probadas por la votación del jurado.

Consta en los hechos probados que:

"Con anterioridad a la celebración del juicio Armando puso los bienes inmuebles de que era propietario a disposición de Marina y Erasmo , madre y hermano del fallecido, autorizando que se vendan directamente por los mismos o que se les transmita la propiedad para que dispongan de ellos como mejor les parezca".

Señala en este sentido, el TSJ en el FD nº 12º que:

"En lo referente a la atenuante de reparación del daño, del nº 5 del artículo 21 del Código Penal, cuya aplicación cuestionan los apelante es, igualmente, obligado partir de los hechos que el Jurado declaro probados, (en este caso por unanimidad), con el correspondiente reflejo en el relato factico de la sentencia: "Con anterioridad a la celebración del juicio Armando puso los bienes inmuebles de que era propietario a disposición de Marina y Erasmo , madre y hermano del fallecido, autorizando que se vendan directamente por los mismos o que se les transmita la propiedad para que dispongan de ellos como mejor les parezca".

En la motivación del acta del veredicto del Jurado se dice: "El haber puesto Armando sus bienes a disposición de la familia de Rafael , es un dato objetivo porque quedó reflejado en la carta que envió a la familia de Rafael el día 5 de agosto de 2019 lo que podrá ser valorado en su momento únicamente a favor de la madre y hermano de Rafael ".

Cierto que la puesta a disposición de los bienes es un dato objetivo que se desprende de la carta enviada por el condenado a la familia, pero conviene contextualizar dicho ofrecimiento. Se produce cuando Armando llevaba más de un año en prisión provisional y estando embargados los bienes que en ese momento puso a disposición de la familia de la víctima, según se desprende de la pieza separada de responsabilidad civil."

En el presente caso el TSJ rechaza la aplicación de la atenuante de reparación del daño con argumentación acertada, por cuanto podemos puntualizar que:

- 1.- No hay una efectiva reparación del daño, ya que no lo es la simple puesta a disposición de bienes objeto de embargo.
- 2.- No se ha abonado cantidad alguna que pueda permitir "admitir de alguna manera" la reparación del daño a los familiares, teniendo entendido que la muerte no se repara en ningún caso con aportación económica, y menos aún con la simple puesta a disposición de bienes.
- 3.- Hemos señalado en la sentencia 437/2022 de 4 de Mayo la tesis de la indemnización del daño moral en supuestos graves irreparables como pueden ser los delitos contra la libertad sexual o, como aquí ocurre, en los delitos contra la vida.

Se ponen de manifiesto en esta sentencia varias tesis al respecto, a fin de poder evaluar circunstancias como la que en este caso se nos presentan, como si es aplicable la reparación del daño, de las que en este caso citamos dos, a saber:

"1.- La tesis del daño irreversible

Existen supuestos en los que esta posición de regreso al antes es imposible, lo que ocurre también en el orden penal, por ejemplo, en los casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexual en los que ese regreso de la víctima a la situación que tenían antes de ser víctimas, -mujeres y menores de edad, sobre todo-, es imposible, por cuanto el daño dejado por el autor o autores es tan grande e irreversible que no puede satisfacerse con ninguna indemnización ese terrible daño causado que deja a las víctimas en la imposibilidad de regresar a un antes en el que no habían sido víctimas todavía, ya que el terrible hecho sufrido les supone un impacto brutal y una estigmatización permanente de la que no podrán regresar a una situación de previctimización.

2.- La tesis del antes y el después.

La cuestión se trata de poder establecer el canon concreto de determinación del quantum y fijar el haz de criterios para establecer una exacta concreción de la cantidad que se debe ajustar al daño producido al perjudicado y que el autor del ilícito debe responder en la indemnización que se fije en la sentencia.

Pues bien, debemos fijar esta cuestión bajo la tesis del antes y después a la hora de concretar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.

Cierto y verdad es que en muchos casos, quizás en la mayoría de ellos, puede que no sea posible regresar en la misma medida al antes al hecho causante del daño. Pero si esto es así, lo que corresponde, y es esencia de la función judicial, es la de fijar con la mayor exactitud posible cuál es ese perjuicio cuantificado que debe ser resarcido, para que si, al menos, no es posible llegar a la misma situación del antes, que sea posible llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la "mayor aproximación" posible."

En el presente caso el daño causado es irreversible. No se compensa ni con dinero recibido por los familiares de la víctima asesinada. Pero menos con la mera "puesta a disposición de bienes objeto de traba". Y en estos casos los familiares del asesinado no podrán regresar "al antes" por la reparación del daño, y menos si no hay satisfacción económica real y efectiva como en este caso ha ocurrido.

4.- Tratándose de un delito contra la vida se exige para que pueda apreciarse la ponderación de una atenuante una reparación sea efectiva, real y actual, rechazando conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, pero, sobre todo, realizada de modo voluntario sin trabas o embargos precedentes en la pieza de responsabilidad civil.

5.- El tribunal destaca que este hecho se produjo cuando el recurrente llevaba más de un año en prisión provisional y estando embargados los bienes que en ese momento puso a disposición de la familia de la víctima, según se desprende de la pieza separada de responsabilidad civil.

Por todo ello, resulta que no puede prosperar la reclamación efectuada por falta de entidad suficiente de la actuación del recurrente para hacerse acreedor de una rebaja penal en un caso tan grave como el que aquí nos ocupa de un asesinato.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- 3.- Al amparo del art. 852 LECr., así como del art. 5.4 LOPJ, por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, 24.2, 9.3 y 120.3 CE, como consecuencia de la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad por insuficiente, arbitraria y contradictoria motivación de la sentencia recurrida, lo que genera indefensión a esta representación por inaplicación indebida de la atenuante analógica de confesión del art. 21.7 en relación con el art. 21.4 CP y jurisprudencia de aplicación a este motivo.

Postula que se aplique la atenuante de confesión como analógica.

Señala el recurrente que:

"La argumentación del veredicto del jurado señaló: "no consideramos trascendente la confesión de Armando porque la hizo cuando había sido detenido y llevaba meses en el Centro Penitenciario de Villabona, pudiendo haberlo hecho anteriormente" resulta suficiente para negar la aplicación al caso del art. 21.4 CP, pero no la del art. 21.7 CP. en relación al art. 21.4 CP, planteada en nuestro escrito de conclusiones definitivas".

No puede admitirse la aplicación de la atenuante de confesión como analógica.

La cuestión es que el recurrente, al igual que en los motivos anteriores, "huye" de utilizar la infracción de ley del art. 849.1 LECRIM acerca de la postulada confesión de los hechos.

Sobre este extremo señala el TSJ en el FD nº que:

"Ningún reflejo encuentran en el relato de hechos probados de la sentencia las bases fácticas sobre las que construir la reclamada atenuante. Ello es consecuencia de la decisión del Jurado al rechazar la proposición 12 del objeto del veredicto que era del siguiente tenor; "En abril de 2019 Armando declaró la verdad en el Juzgado, colaboración que ha sido muy útil para aclarar la verdad y para que Daniela no quedara sin castigo".

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado, sin perjuicio de que el reconocimiento de los hechos tardío y cuando ya las investigaciones se encontraban muy avanzadas, hasta tal punto que determinaron su ingreso en prisión provisional, se tenga en cuenta a la hora de individualizar la pena a imponer."

Hay que señalar que, como consta reconocido, lo "tardío" de la confesión no puede servir técnicamente para una aminoración de la pena, dado que se ha reconocido de forma muy excepcional en momentos inmediatos al inicio de la investigación, pero no cuando existen ya datos concluyentes de la intervención, y/o cuando se realiza la misma para resolver su propia participación y la de otros intervinientes en el caso de que estos aleguen su exculpación, a fin de fijar los hechos como realmente ocurrieron en caso de declaraciones contradictorias de inculpación y exculpación.

Clarificadora es en este punto la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 567/2013 de 8 May. 2013, Rec. 10001/2013 que señala que:

"Una confesión en cuya génesis solo se descubre la resignación ante lo que se capta como irremediable no puede dar vida a una atenuación por no existir fundamento para el menor reproche penal (entre otras, STS 1619/2000, de 19 de octubre). Ni siquiera la atenuante analógica del art. 21.7, por mucha amplitud que se le quiera dar, permite acoger ese supuesto. Cuando no concurren los requisitos contemplados en el art. 21.4º no es dable la creación de una atenuante por analogía. Recoger como atenuante analógica las atenuantes ordinarias cuando les falta algún requisito legal, sería tanto como derogar de hecho ese requisito querido por el legislador. No hay atenuantes "incompletas" (STS 977/2012, de 30 de octubre). Tan solo ha sido admitida esa vía oblicua en supuestos excepcionales cuando la confesión va seguida de una colaboración relevante (STS 1125/1998, de 6 de octubre), lo que está lejos de suceder aquí."

El jurado concluyó con claridad lo tardío de la confesión del recurrente cuando ya estaba en prisión, y ello no puede conllevar la admisión de uno de los supuestos excepcionales donde cabe esta atenuante como analógica.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- 4.- Al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción de Ley, por inaplicación indebida del art. 21.1º en relación con el art. 20.1 del C.Penal (trastorno mental transitorio), y doctrina jurisprudencial. Al amparo del art. 849.1º LECr. por infracción de Ley, por inaplicación indebida del art. 68 CP.

Insiste el recurrente que debe aplicarse la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, pero ya se ha dado respuesta este extremo y a ello nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- 5.- Al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción de Ley, por inaplicación indebida del art. 21.5º (reparación del daño) o subsidiariamente en relación al art. 21.7º CP y doctrina jurisprudencial.

Insiste el recurrente que debe aplicarse la atenuante de reparación del daño, pero ya se ha dado respuesta este extremo y a ello nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO.- 6.- Al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción de Ley, por inaplicación indebida del art. 21.7º en relación con el art. 21.4º del C.Penal (atenuante de confesión), y doctrina jurisprudencial.

Insiste el recurrente que debe aplicarse la atenuante analógica de confesión, pero ya se ha dado respuesta este extremo y a ello nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEXTO.- 7.- Por infracción de ley y doctrina jurisprudencial, al amparo del número 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender esta parte que ha existido error en la apreciación de la prueba, lo que se evidencia con documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del Tribunal, sin que ello resulte contradicho por otros elementos probatorios. A los debidos efectos de lo preceptuado en el art. 855 de la Locr., se señalan los siguientes documentos.

Ya hemos tratado en el FD nº 7 la infracción de ley por la vía del art. 849.2 LECRIM en cuanto a la exigencia de que se trate de documentos literosuficientes que no queden contradichos por otros elementos probatorios, siendo exigentes ambos requisitos en la doctrina jurisprudencial.

Hace referencia el recurrente a informes periciales, escritos presentados en el órgano judicial, informes policiales, cartas particulares, etc, pero ello no puede tener cabida en la vía del art. 849.2 LECRIM además de estar contradichos por los elementos probatorios y valorativos que se han expuesto a lo largo de la sentencia y con referencia tanto a la del Tribunal del Jurado como a la del TSJ.

Sobre el informe pericial se desarrolla una detallada exposición acerca de las conclusiones de la pericial, pero sobre este tema ya se ha tratado de forma extensa en la presente sentencia. Y hay que recordar que sobre el alcance de la afectación del trastorno de la personalidad del recurrente y su afectación de obcecación compulsiva ha habido sendas periciales y sobre ello ya ha expuesto su pronunciamiento el jurado fijando que la afectación solo provocó una "merma" de sus facultades.

Se ha analizado ya este extremo que el recurrente vuelve a traerlo por la vía restrictiva del art. 849.2 LECRIM que respecto a las periciales lo tiene sumamente marcado en cuanto exista un apartamiento claro de la única pericia, pero no cuando hay dos periciales y ha habido decisión al respecto del jurado.



No puede pretenderse en sede casacional un nuevo pronunciamiento "huyendo" del ya realizado por el jurado. No puede convertirse la sede casacional en una vía de revaloración probatoria y reexamen de lo ya resuelto y valorado.

Lo mismo cabe decir de la carencia de relevancia ex art. 849.2 LECRIM del resto de los "documentos" que se citan como "utilizables" por la vía del art. 849.2 LECRIM. Ya se han tratado estos extremos con sentido desestimatorio.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Desestimándose los recursos, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HA LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados Daniela y Armando , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 26 de noviembre de 2021, que desestimó íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación de la acusada Daniela y estimó íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación de la Acusación Particular Erasmo y Marina y desestimó íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación de Armando , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Segunda, del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, de fecha 17 de junio de 2021, que condenó a los citados acusados por un delito de asesinato y de tenencia ilícita de armas. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Susana Polo García Leopoldo Puente Segura