

Roj: **STS 566/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:566**Id Cendoj: **28079120012017100128**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/02/2017**Nº de Recurso: **10291/2016**Nº de Resolución: **91/2017**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Febrero de dos mil diecisiete.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Adriano y Cesareo, contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que les condenó por un delito consumado de asesinato; los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Romojaro Casado y Moya Gómez. Siendo parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1. - Seguido por la Audiencia Provincial de Barcelona (Oficina del Jurado), el procedimiento de La Ley del Jurado nº 15/2015, procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Martorell (Causa num. 1/2012), por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente se dictó Sentencia, con fecha 30 de julio de 2015 que recogen los siguientes Hechos Probados:

<<Conforme al VEREDICTO alcanzado por el Jurado popular, declaro probado que los acusados Cesareo, mayor de edad, de nacionalidad peruana, y con antecedentes penales no computables en esta causa, y Adriano, mayor de edad, nacido en Brasil y ejecutoriamente condenado por sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona en fecha 12 de julio de 2007 por un delito de homicidio, a la pena de 5 años de prisión, y que fue extinguida el 31 de enero de 2011, hacia las 4:00 horas del día 16 de abril de 2012, se encontraban en compañía de Justiniano, en el aparcamiento situado en la Estación de Ferrocarriles de la Generalitat de Catalunya de la localidad de Sant Andreu de la Barca, cuando, en un momento dado, y con el propósito de acabar con la vida de Justiniano, le atacaron, golpeándole con puños y pies, además de emplear un objeto contundente y un arma blanca, ocasionándole numerosas contusiones, erosiones, incisiones, fracturas y heridas en rostro, cabeza, cuello, tórax y extremidades, por las que el Sr. Justiniano resultó con siete lesiones contusas en regiones craneal, facial, cervical y parte superior del tórax; dos erosiones superficiales en manos, seis heridas por arma blanca en regiones bucal, facial y cervical, una herida incisa superficial en región inframentoniana derecha y cinco heridas inciso penetrantes a nivel latero cervical derecho, latero cervical izquierdo, infraauricular izquierdo, región mentoniana derecha y región bucal; incisión en lámina derecha de cartílago tiroides con aplastamiento de dicha lámina, incisión en lámina izquierda de cartílago tiroides y sección longitudinal en línea media y ambos cartílagos; fractura conminuta de maxilar superior y maxilar inferior a nivel de parte superior y maxilar inferior a nivel de parte superior de alveolos dentales; avulsión dental; fractura nasal; broncoaspiración; hemorragia subdural en hemisferio izquierdo y hemorragia subaracnoidea difusa.

Durante la agresión, además, introdujeron el arma blanca en la cavidad bucal de Justiniano y realizaron múltiples movimientos con ella, seccionando lengua, labios, mucosa gingival superior e inferior y provocando fractura lineal de ambos maxilares con fractura conminuta, avulsión de piezas dentales superiores y movimiento de



piezas dentales inferiores, todos ellos actos innecesarios para darle muerte y dirigidos de forma consciente y deliberada por parte de los acusados, a producirle un innecesario sufrimiento.

Finalmente, provocaron una herida inciso penetrante a nivel cervical izquierdo, que lesionó la vía aérea y produjo una insuficiencia respiratoria, secundaria a hemorragia respiratoria, que provocó su fallecimiento.

Justiniano no tuvo posibilidad alguna de defenderse de forma eficaz del ataque recibido, por lo súbito e inopinado de la agresión, que fue conjunta por parte de los dos acusados, además de que la víctima había ingerido previamente alcohol, que dificultaba sus habilidades motoras, hallándose una concentración en sangre de 2,02 g/l.

La víctima era hijo de Sonsoles , con la que convivía, y de Juan Ignacio , además de tener una hermana, mayor de edad, Carina >>.

2. - Oído el veredicto de culpabilidad emitido por el Tribunal del Jurado, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente se emitió el siguiente pronunciamiento:

<<Que debo CONDENAR Y CONDENO a los acusados Cesareo Y Adriano como autores penalmente responsables de un delito consumado de asesinato del artículo 139,1 y 3 C.P. , con ensañamiento, concurriendo en el Sr. Adriano la agravante de reincidencia del artículo 22,8 C.P . a la pena, para este último, de 24 años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo y, para el primero, a la de 22 años de prisión, con la inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo.

Indemnizarán conjunta y solidariamente a la madre de Justiniano , Sonsoles , en la suma de 200.000 euros por la pérdida de su hijo, y en la suma de 50.000 euros, indemnizarán al padre, Juan Ignacio y a su hermana Carina , en otros 50.000 euros.

Deberán, asimismo, satisfacer las costas causadas en el presente procedimiento.

Notifíquese esta sentencia a las partes y hágaselas saber que contra la misma podrán interponer recurso de apelación por alguno de los motivos que se relatan en el artículo 846 bis c/ de la L.E.Crim ., dentro de los diez días siguientes a la última de las notificaciones, para ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Autónoma>>.

3 .- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por los acusados, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, que dictó Sentencia, con fecha 10 de marzo de 2016 conteniendo la siguiente Parte Dispositiva:

<< LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, ACUERDA: Que debemos DESESTIMAR y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales respectivas de Adriano Y Cesareo contra la sentencia de 30 de julio de 2015 dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Procedimiento núm. 15/2015 del indicado Tribunal del Jurado, derivado de la Causa de Jurado núm. 1/2012 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Martorell; la cual CONFIRMAMOS íntegramente declarando de oficio las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y a los acusados, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal >>.

4.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley y precepto constitucional, interpuesto por los recurrentes, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Cesareo .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE . **Motivo segundo.** - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim , denuncia aplicación indebida del art. 22.5 CP , negando la presencia de ensañamiento.

Motivos alegados por Adriano .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim (vulneración del derecho a la presunción de inocencia art. 24.2 CE). **Motivo segundo.** - Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del art. 120.3 CE .

Motivo tercero. - Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del art. 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva). **Motivo cuarto.** - Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim denuncia falta de claridad en los hechos probados. **Motivo quinto.** - Por



quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim, denuncia la utilización de conceptos jurídicos que implican predeterminación del fallo. **Motivo sexto.** - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 139.1 y 3 CP. **Motivo séptimo.** - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de las agravantes de alevosía y ensañamiento. **Motivo octavo.** - Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim por incongruencia omisiva.

4.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos solicitando su inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día nueve de febrero de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Casareo .

PRIMERO.- El primer motivo de casación discurre a través del art. 5.4 LOPJ (sería más correcto invocar el art. 852 LECrim proyección específica en el proceso penal de la más genérica previsión del art. 5.4 LOPJ). Se invoca el derecho a la **presunción de inocencia** (art. 24.2 CE).

A juicio del recurrente los elementos probatorios manejados no serían suficientes para desmontar esa presunción de rango constitucional. El testimonio inculpatario (identificación) estaría desacreditado. El error producido en una de las ruedas cuestiona la consistencia del reconocimiento. Las contradicciones que quiere descubrir entre las dos declaraciones del testigo protegido acentuaría esa incredibilidad, agravada por la circunstancia de haber identificado a dos personas cuando manifestó que sólo pudo ver a uno de los agresores. La presencia de las huellas del recurrente en los vehículos ubicados en el lugar de los hechos tendría otra explicación: los encuentros con su novia allí mismo, ratificados por ésta y verosímiles por estar situado en ese lugar el centro donde estudiaba la citada (Tomasa). Las declaraciones de los titulares de los turismos sobre su ubicación y tiempo de permanencia avalaría esa versión. La grabación, por fin, de una cámara de seguridad no permitiría identificar al otro acusado: la prenda que sirve de conexión con él (sudadera con capucha) es tan habitual que carece de valor identificatorio.

Como resalta el Ministerio público la condena se sustenta en una prueba contundente. La fortaleza del cuadro probatorio que fundó la convicción del jurado no puede cuestionarse por el expediente, tan usual como poco fértil, de fragmentar el resultado probatorio, en lugar de contemplarlo en su conjunto como debe hacerse, muy especialmente en la técnica de la prueba indiciaria.

Contamos con una prueba directa: declaraciones de un testigo vertidas con el carácter de prueba preconstituida rodeada de todas las garantías inherentes a ese mecanismo de anticipación probatoria. Se ve reforzada por un cuadro indiciario de enorme potencial acreditativo. Cada indicio aisladamente separado podría ser insuficiente para fundar la condena (indumentaria de uno de los agresores; huellas dactilares en los vehículos y en el envoltorio del cuchillo; haber estado momentos antes en compañía del acusado...). Pero interrelacionados entre sí y combinados con la testifical conforman una base probatoria más que sobrada para soportar la convicción plasmada por el Jurado en su veredicto. Una única hipótesis es capaz de dar explicación a toda esa amalgama de elementos que apuntan en idéntica dirección: la propuesta como cierta en el veredicto del tribunal popular. Pensar en un error del testigo (o alternativamente, un difícilmente explicable falseamiento deliberado de la realidad para el que no se encontraría móvil verosímil); en una *desdichada* casualidad (vestimenta similar de uno de los autores a esas horas intempestivas precisamente en aquel lugar y que además curiosamente camina junto con otras dos personas); conectada con la también *desafortunada* presencia de sus huellas dactilares por también *desgraciada* coincidencia en los vehículos (en disposición coherente con la forma del ataque); y además en el envoltorio donde estaba un cuchillo, es demasiado presumir. Solo desde la hipótesis acusatoria cuadran todos esos datos con naturalidad.

Lo argumenta la sentencia de apelación de forma sintética pero rotunda en el primero de sus fundamentos de derecho. Compendia la serie de indicios que tejen una tupida red capaz de sostener la certeza proclamada por el jurado.

La afirmación proclamada respecto de la culpabilidad es acorde con el cuadro probatorio. No hay lesión de la presunción de inocencia.

El motivo decae.



SEGUNDO.- En el motivo segundo, formalizado a través del art. 849.1º LECrim , se discute primeramente la concurrencia de **ensañamiento** como circunstancia que convierte el homicidio en asesinato (art. 139 CP) y que, unida a la alevosía apreciada, determinará una redoblada agravación (art. 140 CP).

Aunque la queja se plantea como *error iuris*, contiene ingredientes que nos acercan a un motivo por presunción de inocencia. Y es que si atendemos estrictamente al hecho probado no hay más salida que acatar sin posible paliativo la subsunción jurídico penal realizada por el Magistrado Presidente: *"Durante la agresión, además, introdujeron el arma blanca en la cavidad bucal de Justiniano y realizaron múltiples movimientos con ella, seccionando lengua, labios, mucosa gingival superior e inferior y provocando fractura lineal de ambos maxilares con fractura conminuta, avulsión de piezas dentales superiores y movimientos de piezas dentales inferiores, todos ellos actos innecesarios para darle muerte y dirigidos de forma consciente y deliberada por parte de los acusados, a producirle un innecesario sufrimiento"*.

Estamos ante un paradigmático supuesto de ensañamiento.

El recurso lucha por entender que primero se produjo la muerte y luego esas maniobras tan despiadadas y brutales en la cavidad bucal. Pero esa hipótesis entra en abierta contradicción con una prueba tan objetiva como es el informe de autopsia ratificado en el plenario por los forenses. El jurado ha dado prevalencia a ésta frente a las manifestaciones más confusas y ambivalentes del testigo. La opción del jurado aparece rodeada de toda lógica. Es difícil desde la posición del testigo precisar la exacta secuencia. La relata como simple intuición en este punto (momento del fallecimiento) Frente a esa mera impresión se alza el informe forense concluyente en ese extremo: esas heridas son vitales; se realizaron cuando la víctima estaba todavía con vida.

La crítica que se intenta frente al informe forense carece del más mínimo rigor.

A la vista del tipo de heridas resulta absurdo discutir sobre la presencia de un cuchillo (ya fuese el aportado por Moises , según apunta la prueba; ya fuese otro: a estos efectos es indiferente).

TERCERO.- En el mismo *ubi* casacional y con igual falta de consistencia impugna también el recurrente la apreciación de la agravante de **alevosía** .

Tampoco es cuestionable: ni desde el hecho probado (que otra vez no se respeta), ni desde el acervo probatorio con que contó el jurado. La forma en que se produjo el ataque, según relató el testigo, proporciona una firme plataforma para sustentar la alevosía en su modalidad de ataque sorpresivo e inesperado. Acentúa la indefensión tanto la situación de vulnerabilidad de la víctima derivada de la previa ingesta de bebidas alcohólicas objetivada por el informe de autopsia; como el inmediatamente precedente escenario de confianza (agresores y agresor caminando juntos compartiendo bebida).

También en este particular el informe pericial aporta elementos difícilmente rebatibles. Se habló por la perito de unas heridas o signos de defensa tan nimios que permiten descartar cualquier significativa o digna de tal nombre reacción defensiva. Se desbordan así los linderos del abuso de superioridad para adentrarnos en el terreno de la alevosía (art. 22.1 CP).

Recurso de Adriano .

CUARTO.- Los motivos primero a tercero de este recurrente son refundibles: todos combaten la valoración probatoria aunque invocando no solo la presunción de inocencia (motivo primero) sino también, de forma un tanto forzada, la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión (motivo segundo), así como la falta de motivación (motivo tercero). Los arts. 24.1 y 2 y 120.3 CE constituirían el referente constitucional de la queja, triple en su presentación pero única en su materialidad.

Los motivos tampoco pueden acogerse.

Contamos en este caso con prueba exclusivamente indiciaria, pero concluyente y sólida. Si el recurrente estaba momentos antes con la víctima y el otro acusado; si caminaban los tres juntos; si no hay dudas de que el otro acusado fue uno de los dos agresores (declaración testigo protegido); si apenas transcurrió tiempo desde que son objeto de una grabación andando hasta que es asesinado el acompañante en un lugar muy próximo, no hay ningún salto lógico en la conclusión de que el otro agresor, al que el testigo no identificó, es este recurrente. Su indumentaria, captada por la cámara, ratifica esa secuencia argumentativa.

Que no haya huellas, ni restos de ADN (que no hay de nadie; según el razonamiento del recurrente no habría ningún agresor!, aunque sí agresión), o que el testigo no haya podido identificarlo (lo que concuerda con su inicial aclaración: solo logró ver las facciones de uno de los dos agresores) no desvirtúa esa secuencia lógica, asumida también por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al desestimar la previa apelación

QUINTO.- Los motivos cuarto y quinto utilizan cauces equivocados (quebrantamiento de forma por falta de claridad o predeterminación) para insistir en temas vinculados a la presunción de inocencia.



La redacción del *factum* no genera dificultad de entendimiento alguno. El art. 851.1 LECrim exige un defecto inmanente al hecho probado; no en relación con la prueba practicada.

La predeterminación del fallo (art. 851.1 LECrim), por su parte no es canal inidóneo para debatir sobre la embriaguez de la víctima o la hipotética situación similar de agresores.

Por lo demás estos dos motivos no concuerdan con el previo recurso de apelación en el que se articuló un único motivo por presunción de inocencia. La asimetría entre apelación y casación debe llevar a la inadmisión de ésta en lo que se aparta de aquélla. La casación se interpone contra la sentencia recaída en apelación. No cabe rescatar supuestos defectos de la sentencia de instancia para fundar en casación quejas que no se hicieron valer ante el Tribunal Superior de Justicia.

SEXTO.- El motivo sexto es tributario del motivo primero. Impugna la aplicación del art. 139 (art. 849.1 LECrim) pero partiendo de la inexistencia de prueba de la autoría. Igual sucede con la referencia a la reincidencia en el motivo octavo (art. 851.3 LECrim).

Desactivada la queja por vulneración de la presunción de inocencia aquí se debiera imponer una inadmisión (art. 884.3 LECrim) que en este momento se convierte en causal de **desestimación**.

SÉPTIMO.- Los motivos séptimo y octavo cuestionan la aplicación de las circunstancias de ensañamiento y alevosía. Nada hay que añadir a lo ya razonado al desestimar las alegaciones esencialmente similares del anterior recurrente. Estos dos motivos, que tampoco se hicieron valer por este recurrente en la apelación previa, deben ser igualmente **desestimados** .

OCTAVO .- Habiéndose desestimado ambos recursos procede condenar a los impugnantes al pago de las respectivas costas procesales (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Adriano** , contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que le condenó por un delito consumado de asesinato, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

2.-DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Cesareo** , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas que le condenó por un delito consumado de asesinato; condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) y a la Audiencia Provincial de Barcelona (Oficina del Jurado) a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Tournon Francisco Monderde Ferrer Luciano Varela Castro Antonio del Moral García Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral García , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.