

Roj: **STS 5913/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:5913**Id Cendoj: **28079120012011100953**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/07/2011**Nº de Recurso: **11301/2010**Nº de Resolución: **895/2011**Procedimiento: **PENAL - JURADO**Ponente: **ADOLFO PREGO DE OLIVER TOLIVAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP IB 2411/2010,**
STSJ BAL 1400/2010,
STS 5913/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil once.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Matías**, contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, que le condenó por un delito de **asesinato** con alevosía y ensañamiento; 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. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar. Estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Monfort Saez; Siendo parte recurrida la Acusación Particular D^a Yolanda representada por la Procuradora Prieto Lara y el Abogado del Estado. Siendo parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1. - Seguido por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera el procedimiento de La Ley del Jurado nº 3/2008, procedente del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 2 de Palma de Mallorca, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente se dictó Sentencia, con fecha dieciocho de junio de dos mil diez que recogen los siguientes Hechos Probados:

<<El acusado, D. Matías, mayor de edad, con antecedentes penales no computables en esta causa, en la mañana del 13 de septiembre de 2008 y dentro del garaje situado en la CALLE000 nº NUM000 de Es Figueral (Marratxi) que hacía las veces de vivienda, por motivos desconocidos y con la intención de acabar con su vida, comenzó a golpear a Encarnacion por todo el cuerpo. Algunos de dichos golpes fueron provocados con un mando a distancia de televisión. Como resultado de los mismos Encarnacion presentaba múltiples contusiones, hematomas y escoriaciones que le provocaron entre otras lesiones: Hematoma bipalparebral en ambos ojos, fractura de huesos propios de la nariz, infiltrado hemorrágico en el músculo esternocleomastoideo, fractura del asta izquierda del cartílago tiroideos con infiltrado hemorrágico, infiltrado hemorrágico en región parietooccipital, infiltrado hemorrágico en el encéfalo, contusión en lóbulo izquierdo del hígado, infiltrado hemorrágico a nivel del páncreas e infiltrado hemorrágico en la cápsula real izquierda.

Posteriormente, y encontrándose esta tumbada boca abajo en el suelo se tiró encima de ella provocándole una fuerte presión en la espalda y causándole la fractura de las costillas de ambos lados, proyectándose las últimas costillas, tanto del lado izquierdo como del derecho, hacia el interior de las cavidades pleurales. Y, siendo más intensa la presión de las últimas costillas del lado izquierdo, los fragmentos óseos de estas últimas llegaron a

perforar la pleura parietal produciéndole un hemotórax que le causó una insuficiencia respiratoria aguda que le provocó la muerte.

Algunos de los golpes premortales propinados por Matías a Encarnacion , sobre zonas vitales, le produjeron dificultades respiratorias y/o sufrimientos sobreañadidos.

El ataque llevado a cabo por el acusado, Sr. Matías , lo realizó con el conocimiento y aprovechamiento de que Encarnacion había consumido sustancias estupefacientes que neutralizaban su capacidad de reacción.

Tras el fallecimiento de Encarnacion , el acusado, Matías propinó, con un objeto contundente, un fuerte golpe en la frente de la víctima, así como, con sustancia desconocida, quemaduras por el abdomen y zonas adyacentes de su cuerpo.

Encarnacion tenía un hijo, Santos , menor de edad en el momento de su fallecimiento.

Matías causó la muerte de Encarnacion aprovechando, que ésta, se encontraba en un estado de desvalimiento a causa del consumo de sustancias estupefacientes, aumentando, con sufrimientos sobreañadidos su padecimiento.

Matías y Encarnacion mantenían una relación sentimental.

No resulta acreditado que en el momento de los hechos tuviera el acusado gravemente mermadas sus facultades intelectivas y volitivas debido a un trastorno de la personalidad en relación con la ingesta de sustancias estupefacientes.

El acusado se halla privado de libertad por esta causa desde el día 14 de septiembre de 2008 >>.

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

*<< Que debo condenar y condeno a Matías , como autor responsable de un delito de **asesinato** con alevosía y ensañamiento, precedentemente definido, con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco, con efectos agravatorios, a la pena de 23 años de privación de libertad, con la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante todo el tiempo que dure la condena, imponiéndole la prohibición de aproximarse a menos de quinientos metros a los ascendientes, descendientes y hermanos a Encarnacion , así como de comunicarse con ellos por cualquier medio, por el tiempo de veinticuatro años, y a que indemnice a Santos en la suma de 120.000 euros y a Yolanda en la suma de 50.000; todo ello, con imposición de las costas procesales devengadas.*

Dichas cantidades devengarán un interés anual igual al del legal del dinero, incrementado en dos puntos.

Se decreta el abono, para el cumplimiento de la pena, de todo el tiempo de privación de libertad que ha sufrido por razón de esta causa, tanto en situación de prisión provisional como de detención policial.

Se decreta el comiso definitivo de las piezas de convicción intervenidas, a las que se dará el destino legalmente previsto>>.

3. - Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por el acusado Matías , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, que dictó Sentencia, con fecha ocho de noviembre de dos mil diez conteniendo la siguiente Parte Dispositiva:

<<En atención a todo lo anteriormente expuesto, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, RESUELVE:

1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de D. Matías por el Procurador D. Antonio Colom Ferrá, con asistencia del Letrado D. Fernando Mateas Castañer, contra la Sentencia nº 54/10 bis dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado Ilma. Sra. Dª Mónica de la Serna de Pedro, en fecha 18 de junio de 2010 , recaída en el Rollo nº 1/2010 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera .

2º.- Confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

3º.- Declarar de oficio las costas procesales del recurso.

Notifíquese esta sentencia al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado, a los Procuradores de las partes y, personalmente, al acusado, para lo que se libraré el exhorto correspondiente, informándose de que contra la misma cabe recurso de Casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede interponerse ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes a la última notificación practicada, por los motivos expresados en el artículo 856 de la LECriminal y mediante escrito autorizado por Letrado y Procurador>>.



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 el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Matías .

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por indebida inaplicación del art. 139.1º del Código Penal .

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECriminal por indebida inaplicación del art. 139.3º del Código Penal .

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por indebida inaplicación del art. 140 del Código Penal .

MOTIVO CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por indebida inaplicación del art. 139, 1 y 3 y 140 del Código Penal .

MOTIVO QUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECriminal en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).

MOTIVO SEXTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la LECriminal.

4 .- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando la inadmisión de los motivos aducidos y la subsidiaria desestimación del mismo, igualmente los impugnó el Abogado del Estado. La representación de Yolanda igualmente los impugnó; 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 siete de julio de dos mil once.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De los seis motivos formulados contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares desestimatoria de la apelación interpuesta contra la Sentencia del Tribunal del Jurado que condena al recurrente como autor de un **asesinato**, con alevosía y ensañamiento, los motivos 5º y 6º, se refieren a la vulneración de la presunción de inocencia y al quebrantamiento de forma por contradicción y predeterminación del fallo en los hechos declarados probados; dos cuestiones que situadas en la decisión condenatoria del Tribunal del Jurado no fueron motivo de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia cuya Sentencia es, y no la del Tribunal del Jurado, la que constituye el objeto del presente recurso de casación.

Por lo tanto ambos motivos surgen ex novo, lo que determina su inadmisión "a limine" ya que, como recuerda la Sentencia de 26 de febrero de 2001 este recurso extraordinario se dirige a impugnar lo resuelto en la segunda instancia y ha de tratar únicamente sobre si los argumentos empleados por el Tribunal Superior de Justicia son o no adecuados a derecho, sin que aquí se puedan plantear cuestiones diferentes de las tratadas en la sentencia recurrida. En este sentido la sentencia de 31 de mayo de 1999 dice que "ha de señalarse que el recurso de casación se formula contra la sentencia dictada por el Tribunal de apelación, no pudiéndose introducir cuestiones nuevas que no pudieran ser examinadas por éste. En consecuencia, en la reproducción de este motivo no cabe incorporar nuevas versiones de las supuestas infracciones derivadas de la actuación del Magistrado-Presidente que no figuraron en el precedente motivo de apelación".

En igual sentido el Auto 2113/2010 de 25 de noviembre de 2010 de esta Sala Segunda reiteró que la sentencia objeto del recurso de casación es precisamente la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente y por ello no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la desidencia en el recurso de casación queda limitado por lo que fué objeto del recurso de apelación, y por tanto lo que quedó fuera del ámbito de ésta no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación. Por tanto el control casacional se construye precisamente sobre lo que fué objeto del recurso de apelación. En tal sentido la STS 255/2007 .

Por lo expuesto se desestiman los motivos quinto y sexto.

SEGUNDO.- El cuarto motivo, apoyado en el art. 849.1º de la LECriminal, denuncia la indebida aplicación del art. 139 1º y 3º e inaplicación de los arts. 147 y 142 del Código Penal en relación con el art. 77 del Código Penal .



Alega el recurrente, que no existiendo ánimo homicida y sí únicamente el de lesionar, los hechos constituyen un concurso de delito de lesiones y muerte por imprudencia.

El esfuerzo argumental del recurrente es verdaderamente meritorio porque el hecho probado lo que describe es una brutal paliza propinada a la víctima, a la que acabó matando, reventándole el tórax con tan fuerte presión de su cuerpo que le rompió las costillas perforándole la pleura parietal, y causándole una insuficiencia respiratoria que le provocó la muerte.

Es decir que la mató aplastándole el cuerpo. Si a eso se añade la paliza propinada antes, causante de las tremendas lesiones descritas en el relato histórico que afectaron a tráquea, hígado, páncreas, huesos de la nariz, cabeza y riñones, sostener que la intención era lesionar y no matar resulta absolutamente carente de fundamento porque el ánimo homicida es el único que en términos racionales es compatible con la salvaje paliza propinada a la víctima, y más teniendo en cuenta que incluso después de morir continuó golpeándola en la cabeza y le causó quemaduras en el cuerpo. Inusitada ferocidad agresiva que no se compadece con el ánimo de lesionar y que claramente expresa el propósito de acabar con la vida de aquélla.

El motivo cuarto se desestima.

TERCERO.- El motivo primero, por igual cauce del art. 849.1º alega la indebida apreciación de la alevosía del nº 1 del art. 139 del Código Penal . Dice el recurrente que ni las drogas ingeridas por la víctima la dejaron indefensa, ni consta como se inició el ataque, siendo imposible por tanto valorar la agresión como alevosa.

1 .- La alevosía, que cualifica el **asesinato** respecto al tipo genérico del homicidio, existe cuando el sujeto emplea en su ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, (art. 22-1º del CP). La doctrina de esta Sala viene caracterizándola:

A) Por su carácter mixto, y en tal sentido la Sentencia 155/2005 de 15 de febrero subraya que aunque tiene una dimensión predominantemente objetiva, incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta. Y en análogo sentido la Sentencia 464/2005 de 13 de abril , entre otras muchas.

B) Con esa doble dimensión que la convierte en mixta el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos está en la idea de falta de defensa, esto es de la anulación deliberada de la defensa de la víctima (SS 864/97, 13 de junio ; 821/98, 9 de junio ; 472/2002, 14 de febrero ; y 730/2002, de 2 de noviembre). Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes (SS 1031/03, 8 de septiembre ; 1214/03, 26 de septiembre ; 1265/04, 29 de noviembre), lo que significa que no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (SS 1464/03, 4 de noviembre ; 1567/03, 25 de noviembre ; 58/04, 26 de enero ; 1338/04, 22 de noviembre ; 1378/04, 29 de noviembre).

C) Las tres formas que puede adoptar esa idea esencial de la indefensión son: **1)** la alevosía proditoria o traicionera, como trampa, celada, emboscada o traición. En ella se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión como la efectuada (S 82/05, 28 de enero ; 133/05, 7 de febrero); **2)** La alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina o fulgurante, que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en los ataques rápidos y sin previo aviso (S 1031/03, 8 de septiembre ; 1265/04, 2 de noviembre); **3)** La alevosía por desvalimiento, en la que el sujeto busca o se aprovecha de las personales características o de la especial situación en que se encuentra la víctima, muy disminuida en sus posibilidades de defensa (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc...).

D) Acerca de la indefensión que en cualquiera de la tres formas está presente en la alevosía, se ha de destacar que su apreciación no requiere que su eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados, y la tendencia a conseguir su eliminación (S 505/04, 21 de abril), lo que supone que la alevosía no se excluye en casos de intento de defensa, cuando es funcionalmente imposible, y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.

2 .- En el presente caso el relato histórico de la Sentencia declara probado que la víctima había consumido sustancias estupefacientes que neutralizaban su capacidad de reacción. Afirmación intocable que el recurrente, en esta vía casacional del art 849.1º de la LECriminal, no puede suprimir ni contradecir. La agresión además se produjo dentro de un garaje que en la motivación del veredicto los jurados estiman tenía la barreras



cerradas. Y no realizó la víctima acción alguna de defensa, reiterando el hecho probado que se encontraba "en un estado de desvalimiento".

En estas condiciones materiales se evidencia una situación objetiva de indefensión que, fuese buscada o fuese aprovechada por el agresor, convertía la agresión en un ataque de resultado mortal asegurado, sin que a ello se oponga el desconocimiento de cómo empezó el acusado a golpear ni el hecho de que la paliza se mantuviera de manera prolongada, pues como declaró la Sentencia de 13 de marzo de 2009 la necesidad de golpes sucesivos no elimina la alevosía porque ésta no exige prontitud en la causación de la muerte, sino aseguramiento en su producción. Y es claro que en el caso presente encerrada en un garaje y recibidos los primeros golpes que disminuyeron necesariamente su entereza física a juzgar por las lesiones causadas, la continuación de la paliza se desarrolló teniendo ya anuladas sus posibilidades de defensa y dispuso el acusado sin riesgo alguno para sí de todos los golpes que necesitó para causarle la muerte, lo que efectivamente provocó aplastándola cuando inerte se encontraba ya tumbada en el suelo boca abajo.

El motivo primero se desestima.

CUARTO.- El enañamiento se impugna en el motivo segundo, amparado en el art. 849.1º de la LECriminal que denuncia la infracción por indebida aplicación del nº 3 del art. 139 del Código Penal .

El motivo debe desestimarse.

En efecto el relato de hechos probados declara que el acusado aumentó con sufrimientos sobreañadidos el padecimiento de la víctima. Esta circunstancia que cualifica el tipo de **asesinato** exige un elemento objetivo consistente en el mayor desvalor que resulta de la causación de padecimientos innecesarios para la ejecución del delito; y un elemento subjetivo integrado por el plus de culpabilidad que existe en el querer de forma consciente el incremento innecesario del dolor o sufrimiento de la víctima.

Es apreciable enañamiento: por la causación del dolor mediante actos complementarios ejecutados a tal fin sin ser precisos para la consecución del resultado mortal; por la prolongación intencionada de la agonía retrasando la llegada de la muerte precisamente para aumentar el sufrimiento; o por la elección de una acción mortífera especialmente cruel y dolorosa dejando de utilizar otro método mortal posible y menos cruento.

En este caso el acusado eligió el más doloroso y especialmente cruel, innecesario para el logro de un resultado mortal, porque optó por matar a la víctima con una sucesión de golpes, mantenidos durante una paliza prolongada verdaderamente brutal, hasta llegar a la muy cruel acción final de aplastar con su propio cuerpo, el tórax de la agredida, a la que literalmente reventó. Es obvio que eligió un modo de matar especialmente idóneo para hacer sufrir, y no solo necesario para provocar la muerte, que bien podía haber ocasionado de otro modo menos doloroso. Al ánimo de matar se sobreañade el ánimo de aumentar innecesariamente el sufrimiento de su víctima buscando que muriera de forma especialmente dolorosa.

El motivo segundo se desestima.

QUINTO.- El motivo tercero, al amparo del art. 849.1º de la LECriminal denuncia la aplicación indebida del art. 140 , que establece la pena del **asesinato** cuando concurra más de una de las circunstancias del art. 139 del Código Penal .

Condicionado a la estimación de los motivos primero y segundo, la desestimación de éstos conduce a la del presente motivo tercero.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Matías** , contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en causa seguida por un delito de **asesinato** con alevosía y enañamiento; condenándole al pago de las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia de Baleares y a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera (procedimiento de La Ley del Jurado nº 3/2008, procedente del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 2 de Palma de Mallorca) a los efectos procedentes, 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. **Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez Diego Ramos Gancedo**



PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Adolfo Prego de Oliver y Tolivar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ