



Roj: **STS 3486/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3486**

Id Cendoj: **28079120012018100447**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/10/2018**

Nº de Recurso: **10149/2018**

Nº de Resolución: **472/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 15146/2017,**
STS 3486/2018

RECURSO CASACION (P) núm.: 10149/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 472/2018

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 17 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 10149/2018P por infracción de ley, interpuesto por **D. Leonardo**, contra sentencia dictada el 12 de diciembre de 2017 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Ceuta y Melilla, en apelación de la sentencia dictada el 6 de junio de 2017 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla (Rollo núm. 955/2017) dimanante del sumario (2/2016) del Juzgado de Instrucción nº 16 de Sevilla, por delito de agresión sexual y asesinato. Estando representado el acusado por la procuradora D^a. Silvia de Carrión Sánchez, bajo la dirección letrada de D. Eugenio Manuel Guevara Valdés.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Sevilla, dimanante del sumario número 2/2016, incoado por el Juzgado de Instrucción número 16 de los de Sevilla, Rollo de Sala con número 955/2017, se dictó sentencia con fecha 6 de junio de 2017, que contiene los siguientes **hechos probados**:



«Apreciando en conciencia la prueba practicada expresa y terminantemente declaramos probados los siguientes Hechos:

PRIMERO.- El acusado, Leonardo , mayor de edad y sin antecedentes penales, desde fecha no determinada, venía alimentando en privado fantasías sexuales visionando imágenes y videos de sexo explícito del tipo sadomasoquista relativas a violaciones múltiples y sometimiento de mujeres mediante penetraciones anales a través de determinadas páginas de internet.

Para este fin utilizaba el ordenador marca Acer modelo Aspire S.750 propiedad de su compañera sentimental, usado indistintamente por ambos, al que instaló la aplicación denominada "Ccleaner" para borrar los rastros de navegación y limpiar el registro del sistema ubicado en la ruta.

SEGUNDO.- La tarde del día 23 de febrero de 2016, Coro , nacida el NUM000 /1984, hija de Sebastián y de Elena , natural de Tomares, abrumada por la inestabilidad emocional que venía sufriendo desde hace varios años, decidió, como en otras ocasiones anteriores, reclamar la atención de sus familiares y amigos y, con este propósito, aprovechando los fármacos prescritos por el psiquiatra al que acudió por primera vez el pasado 17 de febrero y otros barbitúricos y benzodiacepinas que fue acumulando de tratamientos anteriores, concibió la idea de ingerir dichos medicamentos en dosis superiores al consumo terapéutico, verificando previamente, a través de internet, las dosis letales de alguno de estos fármacos y los horarios de cierre del parque de María Luisa de esta Ciudad.

Para llevar a cabo este plan, terminada su jornada laboral, se desplazó en su vehículo Suzuki matrículaWDK desde su domicilio en Tomares hasta Sevilla, estacionando el turismo en la Calle Ramón Carande en tomo a las 20.45 horas. A continuación se dirigió al domicilio de un compañero de trabajo, situado en la calle Porvenir, a escasos minutos del lugar donde aparcó el vehículo y, tras entregar a la esposa de éste un regalo que había comprado para él, preguntó a ésta la hora de cierre del referido parque y se marchó en torno a las 21.00 horas.

Sobre las 21.45 horas envió a varios amigos (que en su mayoría no se conocían entre si) un texto de despedida de contenido idéntico desde las inmediaciones del parque de forma simultánea, poniendo seguidamente el teléfono en el modo avión, lo que dificultaba su localización.

TERCERO.- En el interior del parque caminó hasta llegar a un banco de mampostería situado en las inmediaciones de la Glorieta "Juanito Reina" (lugar conocido por las personas que frecuentan el parque para mantener encuentros sexuales) y, en un camino de albero que se adentra perpendicularmente desde una vía principal asfaltada, lugar escasamente iluminado y revestido de arbustos y palmeras, Coro continuó con su plan ingiriendo conjuntamente barbitúricos y benzodiacepinas.

Esa misma tarde, en torno a las 21.30 horas, Leonardo entró en el parque donde llegó desde su domicilio sito en la CALLE000 de esta Ciudad conduciendo una bicicleta con la intención de observar a las parejas que acudían habitualmente a la zona indicada o de mantener, si se daba la oportunidad, un encuentro de naturaleza sexual, incluso después del horario de cierre de las diversas puertas que lo circundan (que en invierno estaba fijado en torno a las 22.00 horas), y de cuyo interior podía salir sin muchas dificultades después de dicha hora.

Después de ingerir Coro los fármacos indicados los principios activos de éstos se manifestaron en forma de somnolencia, y Leonardo , al acercarse al banco donde ésta se encontraba sola, pudo advertir el aturdimiento que sufría y concibió la idea de mantener un encuentro sexual con ella con el propósito de satisfacer sus inclinaciones sexuales.

Aprovechando la limitación de la capacidad de movimientos que empezaba a manifestarse por el efecto de dichos fármacos, la despojó del pantalón y así, colocando su espalda contra la superficie dura del banco abrió sus piernas venciendo su leve resistencia e introdujo sus dedos en la vagina por debajo de las bragas con tal intensidad que le produjo un desgarró en la horquilla vulvar posterior y periné que afectó a piel, membrana perineal y músculo transverso del periné, así como equimosis en región frontal y en arco zigomático y lesiones en la cara interna de ambos muslos compatibles con marcas de retención .

A continuación, advirtiendo el acusado por el contacto físico que mantenía con Coro , la nula capacidad de movimiento de ésta, decidió aprovechar la situación descrita con el fin de realizar las fantasías sexuales visionadas a través de imágenes y videos de internet para su propia satisfacción sexual.

Leonardo , valiéndose del abatimiento profundo en el que se encontraba Coro por los efectos sedantes e hipnóticos de los fármacos, aunque no anestésicos ni analgésicos no evitando por tanto el dolor , antes de protagonizar la escena que se había representado para conseguir su propia excitación, despojó a la víctima de la bragas ligeramente manchadas de sangre y, tras quitarle el resto de la ropa que vestía, incluso los calcetines, colocó a Coro de rodillas con el abdomen pegado a la superficie dura de mampostería del lateral del mismo banco donde se desarrolló la primera secuencia de la penetración vaginal con los dedos, introduciéndole a



continuación por la cavidad anal un objeto como de dimensiones superiores a la capacidad normal de dilatación del esfínter anal, compatible a las dimensiones de un bidón de agua de los utilizados en las bicicletas como la que usaba el acusado para desplazarse, con tal virulencia que produjo un amplio desgarro circunferencial con morfología estrellada que afectó a la piel de la cara externa, mucosa interna, lacerando el esfínter en toda su extensión, produciéndole un desgarro lineal de 2.5 centímetros de longitud que afectó en profundidad a la mucosa y capa muscular, así como lesiones longitudinales radiales que se continúan desde el ano sobre línea dentada hasta el recto en una extensión de unos 90 mm, una lesión vascular arterial y venosa y una hemorragia extendida hacia arriba de 9 centímetros de longitud desde el borde interno del ano y ubicada en la pared rectal y en la superficie externa de la vagina, llegando hasta la zona de unión de ésta con el cuello del útero, causando a la misma también hematomas en cara anterior de ambas rodillas y pierna derecha.

CUARTO.- El progresivo y cada vez más intenso sangrado interior por las graves heridas que había llevado a efecto en la cavidad anal y rectal se puso de manifiesto en el lugar donde desarrollaba la escena descrita de tal manera que tuvo que limpiar la sangre que fluía con varios pañuelos que cogió del interior del bolso de Coro, antes de vestir a ésta con la misma ropa que llevaba, salvo las bragas y un jersey, para trasladarla completamente inerte a otro banco de mampostería similar situado a una distancia de 30 o 40 metros del anterior, donde arrojó el resto de los pañuelos que utilizó para limpiar el flujo cada más intenso de sangre que brotaba a consecuencia de las heridas producidas, así como el jersey que le había quitado después de utilizarlo con la misma finalidad. Seguidamente tras cubrirle la cara con la capucha de una prenda de abrigo con cremallera y sujetar el asa del bolso con el peso de su cuerpo, simulando que estaba dormida, se marchó del lugar, llevando consigo el instrumento que había introducido en la cavidad anal, a una hora no determinada pero en todo caso anterior a las 4.30 horas de la madrugada del día 24 de febrero de 2016, abandonando a Coro en el parque todavía cerrado al público.

Coro a consecuencia del shock hemorrágico producido por las graves lesiones anales y rectales descritas falleció dos o tres horas después de la agresión sexual siendo consciente del dolor.

Las lesiones sufridas por Coro implicaban un riesgo vital muy severo que precisaban intervención médica especializada inmediata para detener la hemorragia y evitar su muerte.

QUINTO.- En el momento de su muerte Coro tenía 31 años de edad, contando con padres, Sebastián y Elena, y una hermana, Amalia (sic)».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente parte dispositiva:

«Que debemos condenar y condenamos al acusado, Leonardo, como responsable en concepto de autor de un delito de agresión sexual y otro delito de asesinato ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de quince años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta, y a la pena de veinticuatro años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta por el delito de asesinato.

Por aplicación del artículo 76.1 b) el límite máximo de cumplimiento de ambas penas queda fijado en treinta años de prisión, siendo de aplicación el artículo 36.2 del Código Penal con respecto a cada una de las penas privativas de libertad impuestas.

Le condenamos también al pago de las costas procesales incluidas las causadas por la acusación particular salvo un tercio que se declara de oficio.

Por vía de responsabilidad civil y en concepto de daños morales Leonardo indemnizará los padres de Coro, Sebastián y Elena, con la cantidad de 100.000 euros que se dividirá entre ambos por partes iguales, y a su hermana Amalia con la cantidad de 25.000 euros, cantidades éstas a las que será de aplicación el interés legal de acuerdo con lo previsto del artículo 576 de la LEC(sic)».

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el acusado, en base a los apartados e y b del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con fecha 13 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es la siguiente:

«Que desestimando los recursos formulados por la representación procesal de Leonardo y Por el Ministerio Fiscal y la acusación particular y de contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla de 6 de Junio de 2017, la confirmamos íntegramente. Sin costas(sic)».

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por **D. Leonardo**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.



QUINTO.- El recurso interpuesto por **D. Leonardo**, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Primer motivo de casación: infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim: por inaplicación del artículo 20.2 CP en relación con el artículo 21.2 CP.

2.- Segundo motivo de casación: infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim: por inaplicación del artículo 142.1 CP.

3.- Tercer motivo de casación.- Infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim: por inaplicación del artículo 138 CP.

4.- Cuarto motivo de casación.- Infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim: por inaplicación del artículo 77 del Código Penal.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, interesa la inadmisión a trámite del recurso interpuesto, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 25 de septiembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Sevilla condenó al acusado **Leonardo** como autor de un delito de agresión sexual y otro delito de asesinato, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de quince años de prisión por el primero y de veinticuatro años de prisión por el segundo, fijando en treinta años el límite máximo de cumplimiento. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestimó los recursos de apelación interpuestos por el condenado, por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, y confirmó la sentencia de instancia. Contra la sentencia de apelación interpone el acusado recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrIm), denuncia la indebida inaplicación del artículo 20.2 en relación con el artículo 21.2 del Código Penal (CP). Sostiene que, de las pruebas practicadas, concretamente, de la declaración del recurrente y de su compañera sentimental, se desprende que, en la noche de los hechos, el recurrente, que era habitual consumidor de alcohol, bebió una botella de ron junto con su mujer y, tras ello, abandonó el domicilio familiar con sus facultades seriamente afectadas. Además, en esa ocasión consumió cocaína. Y el informe psicológico acredita la adicción al alcohol y en él se afirma que en el momento de los hechos estaba bajo un gran desorden emocional con pérdida del control de los impulsos, deterioro cognitivo y trastorno de personalidad.

1. Ya hemos reiterado en numerosas ocasiones que el motivo de casación por infracción de ley del artículo 849.1º de la LECrim impone un total respeto al relato fáctico, que ha de ser considerado en su integridad, sin prescindir de ninguno de los hechos que se contienen en el mismo y sin añadir otros diferentes.

2. En los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial, asumidos por el Tribunal de apelación, no se contiene ninguna referencia a que el acusado se encontrara bajo los efectos de bebidas alcohólicas o de cualquier otra sustancia. No existe, pues, base fáctica para apreciar la eximente, semieximente o atenuante postuladas por el recurrente. Ello sería suficiente para desestimar el motivo.

Si se atiende a las razones existentes para negar esa afectación, desde la óptica de la valoración de la prueba, ha de señalarse que, en sentido contrario a las afirmaciones del motivo, además de que la descripción de los hechos no concuerda con una afectación de ese tipo, se declara probado que el acusado, ahora recurrente, "desde fecha no determinada, venía alimentando en privado fantasías sexuales visionando imágenes y vídeos de sexo explícito del tipo sadomasoquista relativas a violaciones múltiples y sometimiento de mujeres mediante penetraciones anales a través de determinadas páginas de internet" (sic), lo cual es coherente con la naturaleza brutal de los hechos ejecutados. E igualmente se declara probado que el recurrente llegó al lugar de los hechos conduciendo una bicicleta, lo que excluye cualquier afectación profunda a causa del consumo de bebidas alcohólicas.

En la sentencia de instancia, la Audiencia entendió que no estaba acreditada la limitación de su normal capacidad, ni tampoco el consumo de drogas o alcohol en día de los hechos. Y para ello tiene en cuenta que, aunque el acusado manifestó que había consumido el día 23 de febrero la última dosis de droga antes de entrar en el parque y que había ingerido abundantes bebidas alcohólicas, el testigo **Jose Pablo** declaró que lo había visto en el parque sobre las 20,30 o 20,45 horas y no notó que tuviera olor a alcohol y lo vio mejor que nunca. Argumentos que son atendidos igualmente por el Tribunal de apelación, que, además, menciona la declaración de la compañera sentimental del recurrente, que afirma ser desconocedora de que fuera consumidor de sustancias estupefacientes.



Por todo ello, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la inaplicación indebida del artículo 142.1 CP. Hace referencia a la distinción entre dolo eventual y culpa consciente. En el desarrollo del motivo argumenta que los hechos no son susceptibles de ser calificados como un delito de asesinato, pues no se ha demostrado que el acusado trasladara el cuerpo de un banco a otro del parque para evitar su descubrimiento ni que articulara todo un plan premeditado para eludir la responsabilidad criminal, sugiriendo que fue la propia víctima, aún con vida, quien se trasladó de un lugar a otro. De ello deduce que actuó con culpa consciente, ya que confió en que el resultado no se produjera, sin que tuviera intención de causar la muerte. No se representó como probable el daño ni el resultado definitivo, dice, ya que los medios empleados en la relación sexual consentida eran inidóneos para acabar produciendo el resultado. Argumenta que no era consciente de que su acción generaba un peligro concreto elevado que acabaría produciendo un resultado lesivo.

1. En las sentencias de esta Sala 172/2008, de 30 de abril, y 716/2009, de 2 de julio, recogido también en las sentencias 890/2010, de 8 de octubre y 1187/2011, de 2 de noviembre, se decía que "el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado". Se seguía diciendo, más adelante, que "ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico...En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado" (STS de 1 de diciembre de 2004, entre otras muchas). Y se concluía que "...se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca".

La diferencia con la imprudencia se residencia generalmente en el grado de probabilidad de producción del resultado, obtenido desde las características de la conducta y de la naturaleza del riesgo creado.

En definitiva, es necesario establecer que, con una determinada conducta, dadas las circunstancias, se está creando un riesgo no permitido para un bien jurídico, y que, por las características del caso, entre ellas, la intensidad o gravedad del propio riesgo, existe una alta probabilidad de que se produzca el resultado típico.

Al tiempo es preciso determinar que el sujeto conoce que, con su comportamiento, está creando tal clase de riesgo no permitido para el bien jurídico protegido; que concurre una alta probabilidad de causación del resultado, y que, a pesar de ello, decide ejecutar y ejecuta la conducta. Bien porque asume tal resultado pese a todo, o bien porque le resulte indiferente. No basta, pues, con el conocimiento de la creación del riesgo, pues el dolo debe abarcar también la alta probabilidad del resultado. Aunque, en numerosas ocasiones, de la intensidad del riesgo ya se desprenda el conocimiento de la probabilidad del resultado .

2. En el caso, de las características de los hechos que se declaran probados en la sentencia, resulta sin dificultad que el recurrente fue absolutamente consciente de la conducta que ejecutaba, y de la escasísima resistencia que la víctima oponía, de manera que sabía que, con tal forma de actuar, al introducir por la cavidad anal de la víctima un objeto como el que se describe, muy superior en sus dimensiones a la capacidad normal de dilatación del esfínter anal, y hacerlo con gran virulencia, lo más probable era que se produjera un desgarramiento que, en una zona tan vascularizada, daría lugar a una hemorragia que podía ser importante, poniendo en riesgo, por ello, la vida de la víctima. Efectivamente, en los hechos probados se consigna que la acción del acusado "produjo un amplio desgarramiento circunferencial con morfología estrellada que afectó a la piel de la cara externa, mucosa interna, lacerando el esfínter en toda su extensión produciéndole un desgarramiento lineal de 2,5 centímetros de longitud que afectó en profundidad a la mucosa y capa muscular, así como lesiones longitudinales radiales que se continúan desde el ano sobre línea dentada hasta el recto en una extensión de unos 90 mm., una lesión vascular arterial y venosa y una hemorragia extendida hacia arriba de 9 centímetros



de longitud desde el borde interno del ano y ubicada en la pared rectal y en la superficie externa de la vagina, llegando hasta la zona de unión de ésta con el cuello del útero".

El recurrente fue, además, consciente de que ese riesgo de desgarro y hemorragia se concretó, pues ésta, así como su importancia, fueron percibidas sobradamente por el recurrente, como lo acreditan los efectos que utilizó para limpiar la sangre que fluía del cuerpo de la mujer.

La aceptación del resultado final, la muerte de la víctima a causa de la hemorragia, cuya alta probabilidad era igualmente evidente, se manifiesta en la ejecución de una acción tan brutal como la descrita en el hecho probado, y, además, en la conducta posterior del recurrente al vestir a la víctima y abandonarla, en hora anterior a las 4,30 de la madrugada, en el parque que aún estaba cerrado al público, suprimiendo así, cualquier posibilidad razonable de que pudiera ser asistida médicamente.

Así, pues, de las características de los hechos que se declaran probados se desprende como única conclusión lógica que el recurrente actuó con un conocimiento suficiente del riesgo que creaba para la vida de la víctima, con una altísima probabilidad de producción del resultado letal, por lo que ha de afirmarse que actuó dolosamente.

En consecuencia, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la inaplicación del artículo 138 CP. Niega el recurrente la concurrencia de la alevosía y sostiene que la muerte no se causó con la intención de evitar que se descubriera la agresión sexual.

1. Dado el cauce casacional elegido, deben dejarse a un lado las alegaciones que desconocen los hechos que se han declarado probados, pues, como hemos dicho, es necesario respetar el relato fáctico en su integridad. Las cuestiones relacionadas con la presunción de inocencia exceden del ámbito del motivo y, por otro lado, ha sido examinadas y resueltas en la sentencia recurrida con argumentos que han de considerarse razonables y ajustados a la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional. Insiste en que debió apreciarse la imprudencia.

2. En cuanto a la alevosía, dispone el artículo 22.1ª del Código Penal que es circunstancia agravante «ejecutar el hecho con alevosía» y que hay alevosía «cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, como consecuencia, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS nº 1866/2002, de 7 noviembre).

Es constante la jurisprudencia que entiende que los elementos de la alevosía no solo concurren en los casos de ataque a traición y por sorpresa, sino también cuando se trata de personas indefensas o en nítida situación de inferioridad y ésta es aprovechada por el autor al ejecutar su acción. (STS nº 240/2017, de 5 de abril).

3. En el caso, de los hechos probados resulta que el recurrente, al encontrar a la víctima, "pudo advertir el aturdimiento que sufría"; que "aprovechó la limitación de movimientos que empezaba a manifestarse"; y que continuó su acción "advirtiendo el acusado por el contacto físico que mantenía con Coro , la nula capacidad de movimiento de ésta"; y que ejecutó la última parte de la agresión "valiéndose del abatimiento profundo en el que se encontraba Coro ".

De estos aspectos de los hechos probados se desprende la concurrencia de los elementos de la alevosía llamada de desvalimiento, pues, de un lado, la víctima no se encontraba en condiciones de defenderse o resistirse a la agresión sexual que el recurrente ejecutó contra ella. Y, de otro lado, el recurrente se percató de tal situación y se aprovechó de la misma para ejecutar su acción.

4. En el apartado 4 del artículo 139 se recoge, como circunstancia que cualifica el homicidio en asesinato, el que se cometa para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. Argumenta el recurrente que no debe aplicarse cuando la misma agresión sexual es la que causa la muerte, pues entonces no se comete el asesinato con la intención de ocultar la agresión.



En el caso, la agresión sexual se ejecuta mediante una conducta que causa unas gravísimas lesiones en la víctima que provocan una abundante hemorragia. El recurrente fue consciente del resultado lesivo causado y, al tiempo, del riesgo vital que había creado, que solo se evitaba si la víctima recibía atención médica inmediata. A pesar de ello, y con la evidente intención de ocultar lo ocurrido, procedió a vestir a la mujer y a colocarla en un banco como si estuviera dormida, "simulando que estaba dormida", se dice en la sentencia. Abandonándola a continuación a pesar de la hora, antes de las 4,30 de la madrugada, y cuando el parque aún estaba cerrado al público, lo que implica, como hemos dicho más arriba, la supresión de cualquier posibilidad lógica de que recibiera una pronta asistencia médica.

La primera parte de la acción supone una agresión sexual que ataca al tiempo la vida, mediante la creación del riesgo con alta probabilidad del resultado. Se trata ya de un acto agresivo de naturaleza alevosa que ataca al tiempo la vida y la libertad sexual de la víctima. Y es completado con la actuación final del acusado, que, al impedir cualquier auxilio a la víctima, asegura el resultado de muerte con la finalidad de evitar que se descubra la agresión sexual que había cometido.

En consecuencia, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el cuarto motivo, al amparo también del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 77 CP. Sostiene que la causa de la muerte fue la misma agresión sexual, lo que conduciría a la imposición de una sola pena al tratarse de un concurso ideal de delitos.

1. Aunque el recurrente no planteó esta cuestión en el recurso de apelación, por lo que, en principio, no podría ser ahora planteada en casación, esta Sala ha señalado algunas excepciones a esta doctrina. Y así, ha recordado, (STS nº 320/2018, de 29 de junio) que "es jurisprudencia consolidada de esta sala que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, sin que puedan formularse, ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral (SSTS de 8 de febrero de 1996 y de 10 de noviembre de 1994).

La doctrina jurisprudencial (STS. 707/2002 de 26.4) admite dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar, cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo, la apreciación de una circunstancia atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa".

2. En el caso, la Audiencia consideró que existía un concurso real entre los dos delitos. Probablemente dado que no es coincidente la acción constitutiva de la agresión sexual, y la que causa la muerte. Pues, efectivamente, la agresión sexual se ejecuta en dos fases diferenciadas. En primer lugar, mediante la introducción de los dedos en la vagina de la víctima. Y, en segundo lugar, con la introducción violenta en la cavidad anal de la víctima de un objeto romo de las características descritas. Acción, esta segunda, que, además de atacar a la libertad sexual, causó las lesiones que dieron lugar a la hemorragia que, junto con la falta de asistencia médica que el acusado se aseguró, dieron lugar a la muerte.

En consecuencia, podría sostenerse que el delito de agresión sexual ya se había consumado con los primeros actos, de forma que la condena por ese delito sería procedente aun cuando no hubieran tenido lugar los actos posteriores mediante los que continuó la agresión sexual, lo que explicaría la existencia de un concurso real.

Sin embargo, la jurisprudencia, (STS nº 125/2018, de 15 de marzo, entre otras muchas), a través del concepto de la unidad natural de acción, ha venido considerando de forma reiterada que las distintas acciones ejecutadas en un espacio temporal único que atacan de distinta forma la libertad o indemnidad sexual de una misma víctima, constituyen un solo delito y no un delito por cada una de esas acciones. De manera, que esa conducta, integrada por varias acciones distintas, aunque idénticas en su significado, vendrían a constituir un solo delito y no varios.

En consecuencia, no puede descomponerse la agresión sexual en dos delitos.

Por otro lado, el artículo 77 del CP considera que existe concurso ideal cuando un solo hecho constituya dos o más delitos. En el caso, al apreciarse un solo delito de agresión sexual y al coincidir parte de la acción con la que causa la muerte, se trataría de un solo hecho y de dos delitos diferentes.



Así pues, al haber existido una sola agresión sexual, aunque conformada por varias acciones, y un asesinato causado por una de ellas, ambos delitos vienen a concurrir idealmente, en la medida en que un solo hecho constituye dos delitos.

El motivo, por lo tanto, se estima.

FALLO

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

1º. Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Leonardo , contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Ceuta y Melilla (12 de diciembre de dos mil diecisiete) que resolvía recurso de apelación interpuesto contra sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha seis de Junio de dos mil diecisiete.

2º. Se declaran de oficio las costas del presente recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

RECURSO CASACION (P) núm.: 10149/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 17 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10149/2018P, interpuesto por D. Leonardo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Ceuta y Melilla, con fecha 12 de diciembre de 2017, dimanante de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª, Rollo de sala 955/2017), que condenó al acusado Leonardo , como responsable en concepto de autor de un delito de agresión sexual y otro delito de asesinato ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de quince años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta, y a la pena de veinticuatro años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta por el delito de asesinato. Por aplicación del artículo 76.1.b) el límite máximo de cumplimiento de ambas penas queda fijado en treinta años de prisión, siendo de aplicación el artículo 36.2 del Código penal con respecto a cada una de las penas privativas de libertad impuestas. Le condena también el pago de las costas procesales incluidas las causadas por la acusación particular salvo un tercio que se declara de oficio. Por vía de responsabilidad civil y en concepto de daños morales Leonardo indemnizará a los padres de Coro , Sebastián y Elena , con la cantidad de 100.000 euros que se dividirá entre ambos por partes iguales, y a su hermana Amalia con la cantidad de 25.000 euros, cantidades éstas a las que será de aplicación el interés legal de



acuerdo con lo previsto del artículo 576 de la LEC. Recurrída en apelación, se confirmó íntegramente. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal del acusado y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Procede apreciar la existencia de un concurso ideal del artículo 77 del Código Penal entre los delitos de agresión sexual y de asesinato por los que ha sido condenado el recurrente, imponiendo la pena correspondiente al delito más grave, el asesinato, en su mitad superior y concretamente en el máximo legal de 25 años de prisión dada la naturaleza brutal y especialmente grave de los hechos concretos por los que recae la condena.

FALLO

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

1º. Condenamos al acusado **D. Leonardo** como autor de un delito de asesinato en concurso ideal con un delito de agresión sexual a la pena de veinticinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

2º. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet