



Roj: **STS 2094/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2094**

Id Cendoj: **28079120012018100273**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/06/2018**

Nº de Recurso: **10756/2017**

Nº de Resolución: **271/2018**

Procedimiento: **Penal. Jurado**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11527/2017,**
STS 2094/2018

RECURSO CASACION (P) núm.: 10756/2017 P

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 271/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 6 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10756/2017 por infracción de ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto penal interpuesto por D.^a Encarnacion y D. Valentín , representados por el procurador D. Rafael Núñez Pagán bajo la dirección letrada de D. Adolfo Prego de Oliver y Puig de la Bellacasa, como acusación particular, y por D. Jesús Ángel representado por D. Javier Zabala Falcó bajo la dirección letrada D. David García Asenjo, contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 2017, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en rollo de apelación procedimiento Tribunal del Jurado nº 90/2017. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 4 de Pozuelo de Alarcón instruyó Procedimiento del Tribunal del Jurado 1/2015 contra D. Jesús Ángel , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16 Rollo Tribunal del Jurado 1759/2016) que, con fecha 4 de mayo del 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

«Primero.- Sobre las 14,00 horas del día 4 de Febrero de 2015, Jesús Ángel, mayor de edad, sin antecedentes penales, se encontraba en la vivienda que compartía con su madre, Penélope, sita en la CALLE000, NUM000, portal NUM001, piso NUM002 - NUM003 de Pozuelo de Alarcón.

Segundo.- En un momento dado el acusado golpeó intencionadamente y de forma sorpresiva y sin posibilidad de defensa alguna, al menos en cuatro ocasiones, con un objeto contundente a su madre, Penélope, en la zona parieto-temporal de la cabeza, provocando en la víctima un estado de aturdimiento y conmoción.

Tercero.- El acusado aprovechando el estado de aturdimiento en el que se hallaba su madre a consecuencia de los golpes con el objeto contundente sobre la cabeza, aplicó sobre el cuello de la misma un objeto metálico previamente calentado, con el fin de incrementar su dolor innecesariamente.

Cuarto.- El acusado aprovechando el estado de aturdimiento en el que se hallaba su madre a consecuencia de los golpes con el objeto contundente sobre la cabeza, le introdujo una bolsa de basura en la boca y le tapó la nariz, evitando que pudiera respirar y ocasionando con ello la muerte por asfixia de la misma.

Quinto.- La fallecida era de estado soltera, dejando padre Florencio, madre Celsa y hermanos Valentín y Encarnación.

Sexto.- El acusado al tiempo de cometer los hechos padecía una esquizofrenia hebefrénica, lo que unido al consumo de alcohol, cannabis y benzodiacepinas le provocó un estado que afectó de manera grave y significativa a sus capacidades intelectivas y volitivas, sin llegar a anular completa y absolutamente tales capacidades».

SEGUNDO.- La Audiencia de Instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «FALLO: Que debo condenar y condeno a **Jesús Ángel**, como autor de un delito de asesinato de los artículos 139.1a y 3a, en relación al artículo 140 del C. Penal, concurriendo la eximente incompleta de alteración psíquica del artículo 21.1 del C. Penal en relación al 20.1 del mismo texto legal, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de **dieciocho años de prisión**, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y costas que comprenderán las de la acusación particular.

Se aplicará al penado la medida de seguridad de internamiento para tratamiento médico en centro psiquiátrico adecuado a su dolencia, en los términos establecidos en los artículos 96, 97, 99 y 104.1 del C. Penal y concordantes, conforme lo señalado en esta sentencia y por tiempo máximo de 25 años.

Se abonará al acusado el tiempo de prisión preventiva.

Deberá indemnizar a los padres de su madre fallecida, Florencio y Celsa, en la suma de 85.000 euros a cada uno, con los intereses legales del artículo 576 de la L.E.Civil.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dentro de los diez días siguientes a la última notificación de la misma, en la forma prevista en los artículos 846 bis b) y 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ».

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Jesús Ángel y por la representación procesal de D^a Encarnación y D. Valentín, como acusación particular, dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 20 de octubre de 2017, cuya Parte Dispositiva es la siguiente: «DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de D. Jesús Ángel y la representación procesal de D^a Encarnación y D. Valentín, contra la sentencia dicta por el Magistrado- Presidente del Tribunal del Jurado, D. Francisco David Cubero Flores, designado en la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 4 de mayo de 2017, y la confirmamos; con declaración de oficio de las costas devengadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser anunciado ante esta Sala, dentro del plazo de cinco días, mediante escrito autorizado por un Abogado y suscrito por un Procurador».

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional, por la representación procesal de D. Jesús Ángel y la representación procesal de D^a Encarnación y D. Valentín, ejerciendo la acusación particular, 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.

QUINTO.- El recurso interpuesto por D. Jesús Ángel se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**



UNICO: En primer lugar, la vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio; en segundo lugar, la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia; en tercer lugar, la aplicación indebida de la circunstancia de la alevosía; en cuanto lugar la aplicación indebida de la circunstancia de ensañamiento y, finalmente, la inaplicación indebida de la circunstancia 1ª del art. 20 del Código Penal .

El recurso interpuesto por Dª Encarnacion y D. Valentín se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

UNICO.- Al amparo del artículo 851.3 de la LECRIM . por infracción del principio de congruencia al no haberse resuelto sobre el incremento de la pena a imponer planteado en el Recurso de apelación formulado.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 25 de abril de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Jesús Ángel :

PRIMERO: El primer motivo de recurso, bajo la cobertura del artículo 852 LECRIM , denuncia una doble vulneración de derechos fundamentales: el de la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.3 y de la garantía de presunción de inocencia del artículo 24.2 CE . Alegaciones que requieren un tratamiento diferenciado.

1. Considera vulnerado el recurrente el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, porque entiende que su capacidad de consentimiento al autorizar el acceso al que compartía con su madre y que permitió el descubrimiento del cadáver de ésta, se encontraba viciada, ya que padece una grave afección mental, esquizofrenia, y acababa de ser dado de alta en la unidad de psiquiatría del hospital. A consecuencia de tal infracción constitucional reivindica la nulidad de toda la prueba practicada a partir de los hallazgos obtenidos en el mismo.

Hemos reiterado en cuanto a los recursos de casación en las causas decididas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia, que la resolución o decisiones impugnadas ante este Tribunal Supremo son las que dicho Tribunal Superior de Justicia adopta.

Lo anterior nos lleva al examen del fundamento jurídico segundo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Allí se justifica el rechazo de la apelación, en primer lugar, porque la defensa pudo y debió plantear esta cuestión como previa a la celebración del juicio ante el Jurado, al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 36 de la LOTJ , extremo que el recurso combate alegando que fue incluida como cuestión previa al plantear el escrito de defensa.

El citado artículo 36 de la LOTJ habilita un trámite para plantear de forma previa al dictado del auto de hechos justiciables y de constitución del Jurado, las cuestiones que requieran un pronunciamiento en sede jurisdiccional, con apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, entre las que se encuentra la vulneración de algún derecho fundamental o la impugnación de los medios de prueba propuestos por las demás partes (apartados b) y e) del artículo 36 LOTJ).

Establece así la ley un espacio de depuración y saneamiento de la actividad probatoria y de la actividad procesal realizada, con el fin de evitar un pronunciamiento sobre estos aspectos por parte del Tribunal de Jurado, que podría suponer el entorpecimiento de la función de fijación del hecho que en esencia le corresponde. Así lo apuntó la STS 293/2007 de 10 de abril , que transcribe el Tribunal apelación, y lo ha repetido más recientemente la STS 128/2018 de 20 de marzo .

La decisión sobre la nulidad de un medio de prueba por vulneración de un derecho fundamental corresponde adoptarla al Magistrado Presidente del Jurado, con sujeción a revisión a través del recurso de apelación. Todo ello con anterioridad al juicio oral, sin que quepa diferir tal cuestión ni reproducirla al comienzo de la vista, sin perjuicio del recurso que pueda formularse contra la sentencia.

Una vez concluida la fase probatoria, el Magistrado Presidente, al hacer entrega al Jurado del objeto del veredicto y en el trámite de instrucciones advertirá sobre «la necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él», declaración que en su caso debe articularse a través del trámite del artículo 36 LOTJ .

2. Además, la sentencia recurrida se pronuncia acerca de la regularidad de la actuación policial cuestionada.

Como hemos recordado en otras ocasiones (SSTS 727/2003 16 de mayo , 530/2009 13 de mayo , 478/2013 de 6 de junio , 103/2015 de 24 de febrero o 423/2016 de 18 de mayo), el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental del individuo que, según el artículo 18.2 de la Constitución sólo cede en



caso de consentimiento del titular; cuando se trate de un delito flagrante, o cuando medie resolución judicial. La Declaración Universal de los Derechos Humanos proscribió en su art. 12 las injerencias arbitrarias en el domicilio de las personas, reconociendo el derecho de éstas a la protección de la ley contra las mismas. En la misma forma se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17. Y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone en su artículo 8 que, «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Se trata, por lo tanto, en cuanto recogido con ese carácter en la Constitución, de un derecho fundamental que protege una de las esferas más íntimas del individuo, donde desarrolla su vida privada sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, a salvo de invasiones o agresiones procedentes de otras personas o de la autoridad pública, aunque puede ceder ante la presencia de intereses que se consideran prevalentes en una sociedad democrática.

Según ha declarado el Tribunal Constitucional, resaltando el carácter de base material de la privacidad (STC 22/1984 de 17 de febrero), el domicilio es un «espacio apto para desarrollar vida privada»(STC 94/1999 de 31 de mayo , F. 4), un espacio que «entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad»,«el reducto último de su intimidad personal y familiar» (STC 22/1984 de 17 de febrero , STC 160/1991 de 18 de julio y 50/1995 de 23 de febrero , STC 69/1999 de 26 de abril y STC 283/2000 de 27 de noviembre). Esta Sala, entre otras en la STS 1108/1999 de 6 de septiembre , ha afirmado que «el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental». Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad.

3 . En este caso, el Tribunal de Apelación respaldó como racional el criterio del Magistrado Presidente en cuanto éste, en aras a dotar de efectividad el derecho a la tutela judicial efectiva sin atisbo de indefensión, motivó en la sentencia las razones por las que descartó cualquier vicio en el consentimiento del acusado, cuando éste franqueó el acceso a su domicilio a los agentes que allí acudieron, ante los avisos que alertaban de que su madre no se había presentado al trabajo, no respondía a los mensajes o llamadas, ni había movido su vehículo, lo que hizo nacer en alguna de sus amigas el temor a que le hubiera podido ocurrir algo.

El acusado consintió el acceso, lo que, como explicó en Tribunal Superior de Justicia, habilitó la actuación policial. Una intervención que de manera principal perseguía comprobar si la moradora de la vivienda se encontraba en condiciones o precisaba auxilio. Es decir, inicialmente de carácter asistencial, y que una vez descubierto el cadáver, se limitó al aseguramiento del acusado mediante su detención, y el aviso al Juzgado de Instrucción.

El Tribunal de apelación, al igual que previamente el Magistrado Presidente, no apreciaron déficit en el consentimiento, pues, por más que el discurso del Sr. Jesús Ángel pudiera estar dotado de alguna incoherencia, su estado de alteración psíquica no resultaba notorio, lo que enlaza con el hecho de que los miembros del Jurado simplemente apreciaran, en orden al pronunciamiento que se les reclamó sobre la concurrencia de una eventual circunstancia de exención de responsabilidad por alteración psíquica, una afectación parcial. O como destacó el Tribunal de apelación, que al ser examinado momentos después de su detención por especialistas en psiquiatría del Hospital Puerta de Hierro, no se recomendara su traslado a un centro hospitalario. También concluyeron ambos Tribunales «que ninguna diligencia de investigación se llevó a cabo desde el descubrimiento o hallazgo casual del cadáver hasta la llegada de la comisión judicial».

Es decir, sometió la cuestión al triple prisma de análisis, que desde antiguo sugirió la doctrina de esta Sala (STS 330/1999 de 6 de marzo entre otras) y que se proyecta sobre la situación "antes", "durante" y "después" de la diligencia de entrada, sin que pueda advertirse arbitrariedad o falta de lógica en el razonamiento.

Sostiene el recurso que el Tribunal Superior justificó la actuación policial en un supuesto de flagrancia delictiva. Ciertamente no se aprecia la inmediatez con la acción delictiva «que se esté cometiendo o acabara en ese momento de cometerse» que viabilizara la entrada, en cuanto que fue esta la que permitió el hallazgo. En cualquier caso, la actuación policial quedó validada por un consentimiento que no puede entenderse viciado.

En definitiva, la argumentación plasmada en apelación desvanece cualquier duda razonable respecto a la vulneración del derecho fundamental alegado.



Este apartado del motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo apartado del único motivo, denuncia vulneración de la presunción de inocencia que a su vez proyecta en cuatro aspectos: la autoría de los hechos, las condiciones fácticas que sustentan la apreciación de la alevosía; las que operan respecto al ensañamiento; y finalmente las que comportan el sustrato fáctico de la eximente parcialmente apreciada, que entiende debió serlo como completa.

1. Hemos dicho de manera reiterada que la verificación de la existencia de prueba de cargo bastante requiere una triple comprobación. En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él de suficiente contenido incriminatorio. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.

Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el Jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia por él dictada, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, donde deberá haber procedido a las comprobaciones antes mencionadas. En consecuencia, en estos aspectos ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto 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 del Jurado.

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 (entre otras SSTS 847/2013 de 11 de noviembre o la más reciente 163/2017 de 14 de marzo.)

2. En este caso, podemos afirmar que el Tribunal de apelación actuó con arreglo a esas pautas y abordó en profundidad y con lógica las cuestiones planteadas.

Respaldó el Tribunal de apelación el juicio de inferencia que a partir de los distintos indicios tomados en consideración, sustentó las afirmaciones fácticas del Tribunal Jurado para afirmar indubitadamente la intervención en los hechos del recurrente. Es decir, que éste se encontraba en la vivienda compartía con su madre sobre las 14 horas del día 4 de febrero de 2015, data del crimen, lo que dedujo de su propias manifestaciones y de las de la testigo que sobre esa hora (entre las 14 o 15 horas de ese mismo día) llamó a la puerta de la fallecida y detectó como alguien observaba a través de la mirilla; lo que se cohonestó con la información que proporcionó la autopsia respecto a la hora de la muerte, aproximadamente a las 14 horas de ese mismo día. Además, en la habitación del ahora recurrente se encontró un martillo, instrumento idóneo para causar lesiones como las que presentaba la víctima en la cabeza, y en el fregadero un instrumento apto para provocar quemaduras como las halladas en el cuello del cadáver. La hipótesis de que precisamente tal objeto se calentó a fin de que alcanzara la temperatura capaz de ocasionar aquellas, se sustentó en los restos de sangre localizada en la puerta del horno instalado en la vivienda, restos biológicos que, debidamente analizados, resultaron pertenecer al acusado, así como los perfiles de ADN que se obtuvieron debajo de las uñas de la víctima, lo que implica ineludiblemente contacto entre ésta y su agresor.

Refrendó la sentencia recurrida las conclusiones probatorias alcanzadas por el Jurado, que confrontó con las distintas hipótesis de descargo opuestas por la defensa, ahora reproducidas en el recurso, que parten



fundamentalmente de la consideración aislada de cada uno de los indicios valorados, y no del engarce lógico de todos ellos.

Esta Sala tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Y en este caso, la sentencia recurrida escrutó los indicios acreditados por prueba directa, desde la óptica de su lógica o cohesión, y la de su suficiencia o calidad concluyente, para confirmar que conducen naturalmente al hecho que de ellos se hace depender, a partir de una inferencia lo suficientemente sólida y compacta para descartar hipótesis alternativas.

Por todo ello, y desde el análisis que en este momento nos incumbe, hemos de concluir que la intervención que en los hechos probados se atribuye al acusado y la consecuente declaración de culpabilidad que en ellos se asienta, se ha sustentado en prueba legalmente obtenida y practicada, de contenido incriminatorio bastante, y suficiente y racionalmente valorada.

TERCERO. Otro de los apartados del único motivo formalmente planteado proyecta la garantía de presunción de inocencia sobre la alevosía, pues sostiene que faltaría la prueba respecto al carácter sorpresivo del ataque que sustentó su apreciación y consecuente calificación de los hechos como asesinato.

1. La alevosía que cualifica el homicidio en asesinato del artículo 139.1 CP aparece descrita en el artículo 22.1 CP, según el cual concurre «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».

A partir de esa definición legal, la jurisprudencia de esta Sala ha exigido para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación 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, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (SSTS 907/2008 de 18 de diciembre ; 25/2009 de 22 de enero ; 37/2009 de 22 de enero ; 172/2009 de 24 de febrero ; 371/2009 de 18 de marzo ; 854/2009 de 9 de julio ; 1180/2010 de 22 de diciembre ; 998/2012 de 10 de diciembre ; 1035/2012 de 20 de diciembre ; 838/2014 de 12 de diciembre ; 110/2015 de 14 de abril o 253/2016 de 32 de marzo).

Recordábamos en la STS 253/2016 de 31 de marzo que en lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala ha distinguido tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha. La alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto. Y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente.

2. Dos son los extremos en los que se basó la apreciación de esta circunstancia. De un lado, afirmó el relato de hechos probados «En un momento dado el acusado golpeó intencionadamente y de forma sorpresiva y sin posibilidad de defensa alguna, al menos en cuatro ocasiones, con un objeto contundente a su madre, Penélope, en la zona parieto-temporal de la cabeza, provocando en la víctima un estado de aturdimiento y conmoción».

Apartado que claramente describe un ataque sorpresivo que aniquila las posibilidades de defensa de la víctima, y que se consideró probado proyectando los indicios analizados anteriormente, interpretados a partir de la información que suministró el informe de autopsia. Especialmente en relación a la ubicación de las



lesiones causadas con un instrumento contundente en la parte trasera lateral de la cabeza, y la ausencia de sintomatología defensiva en manos y brazos respecto a tal agresión.

A ese ataque que sorprendió a la víctima, se suma un segundo que colma los presupuestos de la alevosía por desvalimiento, que el *factum* describe del siguiente modo: «el acusado aprovechando el estado de aturdimiento en el que se hallaba su madre a consecuencia de los golpes con el objeto contundente sobre la cabeza, le introdujo una bolsa de basura en la boca y le tapó la nariz, evitando que pudiera respirar y ocasionando con ello la muerte por asfixia de la misma».

El sustento probatorio se extrae también en éste caso del informe de autopsia que concretó como causa de la muerte la asfixia y no los previos golpes en la cabeza, que, sin embargo, provocaron una sensación de aturdimiento y conmoción, sobre el que actuó el acusado al aplicar sus maniobras asfixiantes.

Por lo demás, como razonó el Tribunal de apelación, las afirmaciones respecto a la situación de indefensión sobre la que actuó el agresor no se desvanecen por la existencia de lesiones cutáneas propias de las que pretende desasirse del taponamiento de boca y nariz, expresión de un natural instinto de conservación.

Respecto a la reacción de la víctima, dijimos en la STS 51/2016 de 3 de febrero que la eliminación de toda posibilidad de defensa que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin capacidad verdadera de surtir efecto contra el agresor y la acción homicida (en este sentido STS 626/2015 de 18 de octubre y las que ella cita). Y en este contexto deben ubicarse los infructuosos intentos de la anciana por desasirse. No existió una defensa mínimamente efectiva que permita entender que los perfiles de la alevosía se desvanecen.

En definitiva, tampoco en este caso puede entenderse desvirtuada la garantía de presunción de inocencia.

CUARTO.- El siguiente submotivo se proyecta sobre la prueba que acredita la base fáctica de la agravante de ensañamiento que fue igualmente apreciada.

1. El artículo 139 CP se refiere al ensañamiento como agravante específica del asesinato con la expresión «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido». Por su parte, el artículo 22.5ª del mismo texto, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito». En ambos casos se hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el asesinato la muerte, causa de forma deliberada otros males que exceden a los inherentes a la acción típica, innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado, que buscan provocar un sufrimiento añadido a la víctima. Males innecesarios causados por el simple placer de hacer daño, lo que supone una mayor gravedad del injusto típico.

El ensañamiento requiere un elemento objetivo constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima.; y otro subjetivo, que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima. En la medida que el sujeto no suele exteriorizar su propósito, este segundo elemento puede inferirse racionalmente de los actos objetivos que han concurrido en el caso (entre otras SSTS 1554/2003 de 19 de noviembre , 357/2005 de 20 de abril , 147/2007 de 19 de febrero , 713/2008 de 13 de noviembre , 66/2013 de 25 de enero ; 489/2015 de 16 de julio , 707/2015 de 13 de noviembre , 535/2016 de 17 de junio , 161/2017 de 14 de marzo).

Respecto al elemento subjetivo resaltó la STS 707/2015 de 13 de noviembre con cita de otros precedentes, que «es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio, de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que sea un prolegómeno agónico del desenlace final. Se caracteriza por una cierta frialdad en la ejecución ya que se calcula hasta el milímetro la fase previa de aumento injustificado del dolor y sólo movido por el placer personal o por el odio a la persona agredida a la que se agrava su situación, anunciándole, antes de su muerte, que debe sufrir o haciéndole sufrir o experimentar un dolor añadido deliberadamente escogido. En definitiva, se trata de una modalidad de tortura realizada por un particular y por tanto atípica, innecesaria para causar la muerte y que produce sufrimientos físicos e incluso mentales ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, sometiéndola sin dolores físicos a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico». En definitiva se trata, dijo STS 896/2006 de 14 de septiembre «en la complacencia en la agresión -por "brutal" o salvaje (Cfr. STS de 7-11-2001, nº 2105/2001) que haya sido la agresión- en la forma realizada con la finalidad de aumentar deliberadamente el dolor del ofendido (Cfr. STS de 29-9- 2005, nº 1042/2005)».

En ocasiones esta Sala ha hablado de la necesidad de un ánimo frío, reflexivo y sereno en el autor, como una proposición concreta de ese doble elemento subjetivo - deliberación e inhumanidad-, «no encontrándose en



la cólera que hiere o golpea ciegamente y sin cesar» (STS 2.187/1988 de 26 de septiembre), para lo que «resulta secundaria la consideración exclusivamente numérica de las puñaladas inferidas a la víctima» (STS 2469/2001 de 26 de diciembre).

No obstante la más moderna jurisprudencia no exige esa frialdad de ánimo porque el desvalor de la acción y del resultado que constituye el fundamento de este elemento del delito de asesinato, no puede quedar subordinado al temperamento o modo de ser específico del autor del delito, que es el que determina un comportamiento más o menos frío o reflexivo o más o menos apasionado o acalorado. La mayor antijuridicidad del hecho y la mayor reprochabilidad del autor, que habrían de derivar en ese aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido, nada tienen que ver con esa frialdad de ánimo o ese acaloramiento que la realización del hecho puede producir en el autor del delito (SSTS 276/2001 de 27 de febrero , 2404/2001 de 12 de diciembre , 996/2005 de 13 de julio). Hay quien controla más y quien controla menos sus sentimientos. Y hay quien los mantiene disimulados en su interior. Y de esto no puede hacerse depender la existencia o no de ensañamiento (STS 775/2005 de 12 de abril). En definitiva se interpreta el término "deliberadamente" como el conocimiento reflexivo de lo que se está haciendo, y la expresión "inhumanamente" como el comportamiento impropio de un ser humano (SSTS 1176/2003 de 12 de septiembre y 1760/2003 de 26 de diciembre). El autor debe actuar de modo consciente y deliberado, para lo cual es suficiente que pueda afirmarse que sabía que con esa forma de actuar necesariamente aumentaba el sufrimiento de la víctima. «No es preciso, por lo tanto, que exista frialdad de ánimo, ni tampoco que la acción vaya dirigida directa y exclusivamente a la causación de mayor dolor» (STS 477/2017 de 26 de junio).

2. En este caso afirma el hecho probado «el acusado aprovechando el estado de aturdimiento en el que se hallaba su madre a consecuencia de los golpes con el objeto contundente sobre la cabeza, aplicó sobre el cuello de la misma un objeto metálico previamente calentado, con el fin de incrementar su dolor innecesariamente».

Este fragmento colma los presupuestos de aplicación del ensañamiento que ahora se discute. La prueba al respecto se extrajo de los datos suministrados por el médico forense que llevó a cabo la autopsia, y por los peritos del Instituto Nacional de Toxicología. De las manifestaciones de unos y otros se desprende que la víctima presentaba en el cuello una fortísima quemadura, que por su morfología, profundidad y consecuencias sobre la piel, sugería la de aplicación de un objeto metálico incandescente. Todo ello previo a provocar su asfixia con una bolsa de plástico. Lo que se suma a los datos ya analizados respecto al elemento encontrado en fregadero, fotográficamente documentado, y los restos de sangre del acusado en el horno, lo que sugiere su utilización para el calentamiento.

Deducir, pues, como hace el Tribunal de apelación, que el recurrente con ese actuar aumentó de forma deliberada e inhumana el dolor de la víctima, sin que ello fuera necesario para su fallecimiento, es razonable, en los términos que expone la sentencia recurrida en su fundamentación jurídica.

QUINTO.- En último lugar proyecta el recurso la vulneración de la presunción de inocencia en relación a la aplicación del artículo 21,1 CP en relación con el 20.1 CP , circunstancia que reclama como completa.

Sostiene que la actuación del acusado se produjo bajo los efectos de un grave brote psicótico de la esquizofrenia hebefrénica que padecía, sobre el que operó el consumo alcohol y cannabis, agravando y potenciando sus efectos.

La sentencia del Tribunal Jurado declaró probado que «el acusado al tiempo de cometer los hechos padecía una esquizofrenia hebefrénica, lo que unido al consumo de alcohol, cannabis y benzodiazepinas le provocó un estado que afectó de manera grave y significativa a sus capacidades intelectivas y volitivas, sin llegar a anular completa y absolutamente tales capacidades».

1. La jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1170/2006 de 24 de noviembre ; 455/2007 de 19 de mayo ; 258/2007 de 19 de julio ; 939/2008 de 26 de diciembre ; 90/2009, de 3 de febrero ; 983/2009 de 21 de septiembre ; 914/2009 de 24 de septiembre ; 29/2012 de 18 de enero o 473/2017 de 26 de junio entre otras) tiene reiteradamente declarado, en relación a la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, que ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que el sistema del Código Penal vigente exige no sólo un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico- normativo). La jurisprudencia anterior al vigente Código ya había declarado que no era suficiente con un diagnóstico clínico, pues era precisa una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva, «ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo» (STS 51/2003 de 20 de enero y STS 251/2004, de 26 de febrero).



En la práctica se analiza y examina el material probatorio atinente al elemento biopatológico, se establece el grado y la intensidad del padecimiento psíquico, y después se extrae operando con tal base biopatológica la conclusión pertinente sobre si el autor de la conducta delictiva actuó en el caso concreto comprendiendo la ilicitud del hecho y con posibilidad de actuar conforme a esa comprensión, o, en su caso, con una comprensión o una capacidad de actuación limitadas o excluidas (SSTS 914/2009, de 24 de septiembre ; 983/2009 de 21 de septiembre ; 90/2009 de 3 de febrero ; 649/2005 de 23 de mayo ; 314/2005 de 9 de marzo ; 1144/2004 de 11 de octubre ; 1041/2004 de 17 de septiembre ; y 1599/2003 de 24 de noviembre , entre otras muchas). Esta conclusión -expresada con una nueva dicción legal que viene a sustituir a lo que antes, con menor rigor técnico, se cifraba en la merma o anulación de las facultades intelectivas o volitivas- suele estar en relación simétrica directa con el grado de limitación psíquica del sujeto.

La esquizofrenia esta descrita como un tipo de trastorno psicótico, y respecto a estos ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, entre otras STS 745/2013 de 7 de octubre , que cuando el autor del hecho delictivo padece un trastorno psicótico ha de atenderse al caso concreto para dilucidar si la enfermedad mental ha influido en su imputabilidad, a cuyos efectos resulta relevante averiguar si se hallaba desestabilizado por la psicosis en el momento del hecho. De modo que las consecuencias serán muy diferentes a la hora de ponderar su imputabilidad si se encuentra bajo los efectos o no de un brote psicótico. En el primer caso la alteración psíquica podría determinar una exención completa de su responsabilidad o, cuando menos, incompleta; y en cambio si no se halla bajo los efectos de un brote psicótico y tampoco se acredita una merma grave de su capacidad de autocontrol, habría que apreciar solo una atenuante analógica de alteración psíquica.

2. En este caso el Tribunal de apelación confirmó las conclusiones probatorias del Jurado que no apreció alteración o trastorno de tal entidad susceptible de suministrar base fáctica para la circunstancia de exención ahora demandada. Lo hizo a partir de la pericial forense y de los múltiples informes que se vertieron en el juicio oral por los peritos, que descartaron que el acusado actuara bajo un brote psicótico que le impidiera ser consciente del acto criminal que estaba cometiendo, todo ello en relación con la propia dinámica de los hechos, incluido su esfuerzo por tratar de eliminar rastros.

La lectura del fundamento sexto de la sentencia recurrida nos permite comprobar que el Tribunal de apelación dio respuesta a las distintas cuestiones que el recurso planteó entonces, las mismas que reproduce ahora. Y lo hizo a través de una revisión razonable de la valoración probatoria que realizó el Tribunal Jurado y que se plasmó en el fragmento transcrito, que descarta la completa anulación de las facultades del acusado cuando cometió los hechos, lo que determina el acierto de la exención parcial apreciada y el rechazo de la eximente demandada.

También este último apartado del único motivo formulado se desestima y con él, la totalidad del recurso.

Recurso de Dña. Encarnacion y D. Valentín

SEXTO.- Sostiene los recurrentes que la sentencia dictada por el Tribunal de apelación no dio respuesta a la cuestión que la acusación particular ejercitada por ellos había planteado en su recurso de apelación, en el que se solicitó una elevación de la pena al entender que no concurrían los elementos fácticos que justificaban la existencia de un trastorno psiquiátrico en el acusado, idóneo para sustentar la eximente incompleta apreciada. Por ello, al amparo del artículo 851.1 denuncia incongruencia omisiva y solicita la nulidad de la sentencia recurrida.

1 . La Sala de apelación desestimó el recurso de apelación formulado por la acusación particular porque, en su intervención en el acto de la vista, la representación procesal de aquella varió el objeto de su recurso. El motivo sobre el que éste se planteó, cuestionaba las bases fácticas que habían justificado la apreciación de la circunstancia eximente incompleta de alteración psíquica, mientras que en la vista lo que interesó es la elevación de la pena, sobre la base de un error en su individualización.

La intervención de las partes en la vista del recurso de apelación, como ocurre en el recurso de casación en el marco del artículo 896 LECRIM , ha de centrarse en los elementos o puntos más relevantes de los escritos de recurso, adhesión o impugnación, sin que sea admisible al planteamiento de cuestiones novedosas distintas de las introducidas en momento hábil respecto a las que las partes afectadas no se hayan podido defender. Así lo reclama el principio de igualdad de armas que rige el proceso penal también proyectado en la fase de recurso, lo demanda la necesidad de salvaguardar el principio de contradicción y enlaza con la exigencia de buena fe procesal (artículo 11 LOPJ).

Y en este caso, a la vista del acta que documenta la vista de apelación se comprueba que los recurrentes no se atuvieron al motivo esgrimido. Que, en cualquier caso, habría de haber sido desestimado, pues su éxito estaba vinculado a una nueva valoración de la prueba practicada, que, el cauce por la que el recurrente optó al formular la apelación, no permitía.



2 . El vicio denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva" o también "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada. Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, por lo que no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la contestación a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión.

El derecho a la tutela judicial efectiva incluye, en palabras del Tribunal Constitucional, «el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja imprejuzgada alguna de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal, se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental» (STC 67/2001, de 17 de marzo).

Esta Sala ha seguido la misma línea y ha precisado que para que pueda prosperar un motivo de casación por quebrantamiento de forma basado en incongruencia omisiva, es necesario que la omisión padecida venga referida a pretensiones jurídicas mantenidas, que no puedan razonablemente entenderse implícita o tácitamente desestimadas. Ha exigido, además, que, aun existiendo el defecto, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso, y que se haya intentado corregir el mismo por la vía del complemento de sentencia que faculta el artículo 267.5 de la LOPJ , que en este caso no se ha intentado (entre otras SSTs 495/2015 de 29 de junio ; 744/2015 de 24 de noviembre o 377/2016 de 3 de mayo).

3. En este caso la parte ahora recurrente no ha agotado todos los medios a su alcance para intentar la subsanación del defecto que ahora denuncia, en cuanto que ha prescindido del remedio que contempla el artículo 267.5 LECRIM . Pero además, lo señalado tanto por el Tribunal de apelación en la sentencia recurrida, como lo dicho ahora al resolver el recurso interpuesto por el condenado, que avala como racional la valoración de la prueba en la que se sustentó la apreciación de la eximente combatida, dejan sin posibilidad de éxito la pretensión de los ahora recurrente.

Por todo ello el motivo se desestima y, con él, la totalidad del recurso.

Costas.

SÉPTIMO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM , los recurrentes habrán de soportar las costas de esta instancia, con pérdida en el caso de la acusación particular, del depósito realizado.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por las representaciones de D. Jesús Ángel y de D^a Encarnación y D. Valentín , como acusación particular, contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 2017, dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rollo de apelación procedimiento Tribunal del Jurado nº 90/2017) en causa seguida por delito de asesinato.

Condenar a los recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos y en su caso, a la pérdida del depósito constituido.

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

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer

Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Ana Maria Ferrer Garcia