



Roj: **STS 4676/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4676**

Id Cendoj: **28079120012017100850**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2017**

Nº de Recurso: **10376/2017**

Nº de Resolución: **804/2017**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

**Sentencia núm. 804/2017**

Recurso Nº: 10376/2017

Fecha de sentencia: 11/12/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10376/2017

P Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

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

Transcrito por: CPB

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10376/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal Sentencia núm. 804/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 11 de diciembre de 2017.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10.376/2017P, interpuesto por **D. Romeo**, representado por la procuradora Dª Paloma Rabadan Chaves, bajo la dirección letrada de D. Javier Zafra Anta, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Baleares, con fecha 27 de abril de 2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y como parte recurrida **D. Jose Ángel**, representado por la procuradora Dª María del Carmen Hurtado de Mendoza, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Arbona Femenia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 6 de Palma de Mallorca, instruyó Sumario nº 3/2015, contra D. Romeo, por un delito de robo con violencia, asesinato e incendio, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Baleares, que en la causa nº 48/2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«I.- En Palma, en la madrugada del día 23 de Diciembre de 2015, en hora no precisada pero comprendida entre las 11 de la noche y las 6 de la mañana, el acusado Romeo, nacido el NUM000 de 1992, ejecutoriamente condenado mediante sentencia de fecha 7/4/2014 por un delito de lesiones, en fecha 5/11/2014 por un delito de violencia sobre la mujer, y en fecha 25/11/2014 por un delito de resistencia a agentes de la autoridad y por un delito de lesiones, antecedentes no apreciables a los efectos de reincidencia, privado de libertad por ésta causa desde el día 24 de Diciembre de 2015, sabiendo que su vecina Marí Luz, a la que conocía desde niño, solía guardar dinero en su domicilio, sito en la planta NUM001 de la C/ DIRECCION000 nº NUM002, cuya ubicación, próxima a la puerta de entrada al edificio, alejada de las viviendas de los pisos superiores, conocía el acusado, así como también conocía la distribución interior de la misma, y que Marí Luz estaría sola, lo que le facilitaría la realización de lo que se proponía, con intención de obtener lo que encontrase de valor, llamó a la puerta, siendo consciente de que Marí Luz estaría desprevenida y que le abriría la puerta sin desconfiar de él y, cuando abrió Marí Luz, prácticamente de inmediato y en el propio recibidor comenzó a golpearla repetidamente en la cara con intención que le entregase alguna cantidad u objeto de valor, de forma que ella no pudo reaccionar pues el acusado le propinó golpes repetidos con tal fuerza que le rompieron el tabique nasal, lo que le causó gran dolor, abundante sangrado y la dejó aturdida, trasladándola el acusado al interior de la vivienda donde siguió golpeándola con gran fuerza siempre en el rostro con ambas manos, en ambos lados de la cara y usando en ocasiones los puños, o también un objeto contundente y un arma de filo (éstos dos últimos no han sido identificados), acciones que provocaron la ruptura del tabique en múltiples pedazos comprometiendo la función respiratoria y causando abundante sangrado; hematomas en ambos ojos, rotura de labio inferior, de frenillo, rotura parcial de diente y hemorragia interna subaracnoidea, golpes que iba profiriendo el acusado siempre en el rostro, uno sobre otro y que causaron gran dolor a la víctima, de lo que era consciente el acusado, quien, podía percibir a la vista de las agresiones que profería, el dolor que causaba y pese a ello reiteraba los golpes hasta que finalmente con intención de consumar la muerte, procedió a presionar con su mano la boca, tapando completamente la cavidad oral, al tiempo que la asió por el cuello con su brazo desde la espalda, apretando con fuerza, estrangulándola, lo que le produjo la muerte por sofocación-estrangulación.

A continuación, comenzó a registrar la vivienda, haciendo suya una cantidad indeterminada de dinero, un reloj y una pulsera.

Acto seguido, con intención de ocultar los vestigios de su acción, arrastró el cuerpo de Marí Luz hasta su dormitorio y prendió fuego al colchón, esparciendo el contenido de unas botellas de licor y abriendo las espitas del gas de la cocina situada en la planta inferior, (y que el acusado conocía que era la que se usaba normalmente, a pesar de que existía otra cocina en la planta superior) acciones éstas últimas que el acusado llevó a cabo con la intención de que el fuego se propagara más rápidamente, a pesar de tener conocimiento de que en el edificio había tres viviendas más ocupadas, una de ellas por sus abuelos y un tío; y de que al ubicarse el fuego en los bajos del edificio ello supondría no sólo el riesgo para los referidos ocupantes, por el previsible ascenso de las llamas y humo, sino que también obstaculizaría las posibles vías de escape.

El fuego desencadenado por la acción del acusado prendió con llamas de importancia, hasta el punto de que carbonizó parte del cuerpo de la víctima, quemó el colchón por completo, inundó de humo y hollín la totalidad de la vivienda, y quemó parcialmente ropas y parte del somier, que el acusado había colocado junto al foco de fuego por él creado, aunque no llegó a magnificarse debido a la falta de oxígeno, por estar las puertas y ventanas completamente cerradas.

Los desperfectos producidos en la vivienda no se han valorado, pero son notoriamente superiores a 400 € y han sido abonados por la Cia de Seguros CASER.



**II.-** Marí Luz , nacida el NUM003 de 1970, tenía dos hermanos, Jose Ángel y Juan Alberto , a quienes estaba muy unida y con quienes mantenía una fraternal relación afectiva.

**III.-** El acusado está diagnosticado de TDAH y presenta una problemática intermitente aunque a la vez recurrente de consumo abuso de alcohol y cocaína, que había retornado en fecha no exactamente determinada, pero en cualquier caso en un periodo temporal inmediatamente anterior a los hechos, habiendo consumido alcohol en la noche de autos, lo que mezclado con la medicación que tomaba, afectó su capacidad volitiva relajando sus frenos inhibitorios, pese a que actuó con plena capacidad intelectual.»

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

«CONDENAMOS al acusado Romeo cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de los delitos de asesinato, robo con violencia e incendio ya definidos, concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal agravante de aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo y/o auxilio de otras personas y atenuante analógica del art. 20.2° en relación con los arts. 21.1 ° y 21.7° del C.P . que han sido definidas a las penas de:

25 AÑOS de PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el delito de asesinato.

4 AÑOS y 3 MESES de PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el delito de robo con violencia en casa habitada.

7 AÑOS y 6 MESES de PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el delito de Incendio.

Se condena al acusado a que indemnice a D. Jose Ángel y D. Juan Alberto , hermanos de la fallecida en la suma de 50.000.-€ a cada uno de ellos, por los daños y perjuicios causados. Dicha suma devengará los intereses del art 576 de la Lec ;

Se condena igualmente al acusado al pago de las costas procesales causadas, entre las que se incluyen las de la acusación particular.

Para el cumplimiento de las penas se abonará al acusado el tiempo de prisión preventiva que haya sufrido por razón de esta causa.»

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por el procesado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

**1º.-** Se interpone al amparo del artículo 849.2 de la L.E.Criminal , por error en la apreciación de la prueba, al no haber recogido la sentencia como hecho probado que el acusado había consumido cocaína en el momento de los hechos

**2º.-** Se interpone al amparo del artículo 842.2 de la L.E.Criminal , por error en la apreciación de la prueba, al no haber recogido la sentencia como hecho probado que el acusado padecía un trastorno del control del comportamiento, trastorno del control de impulsos.

**3º.-** Se interpone al amparo del artículo 849.2 de la L.E.Criminal , por error en la apreciación de la prueba, al considerarse en la sentencia como hecho probado que el fuego desencadenado por la acción del acusado prendió con llamas de importancia.

**4º.-** Se interpone al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la L.E.Criminal , por infracción del artículo 24.2 de la Constitución , en relación con el artículo 53, nº 1 del propio texto constitucional en lo relativo al derecho fundamental a la presunción de inocencia, al condenar por un delito de robo de los artículos 237 y 242.2º del Código penal .

**5º.-** Se interpone por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal , por aplicación indebida del artículo 139 del Código penal , cuando debió aplicarse el artículo 142.1 de dicho Código , subsidiariamente el artículo 138 del mismo cuerpo legal .

**6º.-** Se interpone por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal por errónea e indebida aplicación de las circunstancias 1ª y 3ª del artículo 139 del C.P ., y subsidiariamente errónea e indebida aplicación del artículo 139.2 del C.P . al imponer la pena en su grado máximo



**7º.-** Se interpone por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal , por errónea e indebida aplicación de los artículos 237 y 242.2º, e inaplicación del artículo 234.2 del Código penal , y subsidiariamente indebida aplicación del artículo 66.1 al imponer la pena máxima de la mitad inferior.

**8º.-** Se interpone por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal , por errónea e indebida aplicación del artículo 351 párrafo primero del C.P. y falta de aplicación del 351, párrafo segundo en relación con el artículo 266 del mismo Código , y subsidiariamente indebida aplicación del artículo 66.1 CP al imponer la máxima de la mitad inferior.

**9º.-** Se interpone por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal , por errónea e indebida aplicación del artículo 22.2 del CP (circunstancia agravante de aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo y/o auxilio de otras personas).

**10º.-** Se interpone por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal , por falta de aplicación de la eximente incompleta 1ª del artículo 21 en relación con el artículo 20-1º C.P . (El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión). Y también la falta de aplicación de la eximente incompleta 1ª del artículo 21 en relación al artículo 20.2º C.P . (El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos), en relación cada una de ellas al artículo 66.12ª del C.P .

**11º.-** Se interpone por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal , por errónea o indebida aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código penal , en relación con el artículo 20.1 del C.P .

**12º.-** Se interpone por infracción de ley, ex artículo 849.1 de la L.E.Criminal , por errónea aplicación del artículo 66.1-7ª del C.P ., al mantener el fundamento cualificativo de la agravación.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 23 de noviembre de 2017.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** El primero de los motivos se formula al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la apreciación de la prueba, al no haber recogido la sentencia como hecho probado que el acusado había *consumido cocaína* en el momento de los hechos.

Con el propósito de dar cumplimiento a la exigencia del precepto invocado el recurrente cita como documentos de los que entiende que se deriva el error de la sentencia de instancia, en primer lugar, las diligencias policiales NUM004 , en concreto la diligencia de ingreso en los Servicios de Seguridad e Intervención de Sustancia Estupefaciente y el dictamen NUM005 , relativo a la investigación de drogas de abuso en muestras de cabello. En segundo lugar el acta-denuncia que consta al folio 175 del expediente.

**2.-** Una vez más hemos de recordar que el recurso de casación surgió como mecanismo que garantizara una adecuada, además de uniforme, interpretación de la norma. La substantiva o la procesal. Pero siempre partiendo de un valladar no superable: la incolumidad del relato fáctico que el tribunal de la única instancia conformó por su análisis de la prueba cuya producción ocurrió a su presencia.

Fue tardíamente que se admitió una excepción a la reconsideración de tal declaración fáctica. Así, dado que el documento podía ser valorado con identidad de inmediación por el tribunal del recurso y por el de la instancia, se admitió aquel en el supuesto en que un documento revelara el error padecido. Pero, coherentemente, se excluyó ese cauce cuando otros medios de prueba, respecto de los cuales el Tribunal de casación carecía de aquella inmediación, hubiera sido fundamento de la decisión de la instancia.

Posteriormente incluso se produjo una evolución, y no solamente legislativa, por la que se rebajaron las exigencias del documento, ya no necesariamente auténtico ni que fuera evidente lo que proclamaba. Y, tras la instauración del sistema constitucional democrático, se autorizó el control de las conclusiones del presupuesto fáctico de la condena bajo el canon de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Eso sí cuando, no con una evaluación alternativa de la prueba, sino con revisión del proceso crítico del tribunal de instancia, se pudiera decir que éste se apartó de las pautas de la lógica o la experiencia, o se fundó en material sin validez constitucional. Con lo que, además, se dio cumplimiento al derecho a una revisión de toda decisión de condena ratificado en tratados internacionales, incluso en ausencia de o que pudiera denominarse segunda instancia.



Ahora bien, la jurisprudencia, por todas la STS 279/2015 de 11 de mayo , recuerda que por documento a efectos casacionales no cabe incluir la mera documentación de diligencias que no constituyen prueba documental.

Por citar algunas sentencias entre las más recientes, cabe aludir a las siguientes que efectúa precisas exclusiones al respecto. La de este Tribunal Supremo nº 160/2015 de 10 de marzo, en la que se establece que: *En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de Noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma..."* , quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, tampoco tiene carácter documental a los efectos de este cauce casacional el soporte audiovisual en el que se haya podido grabar el acta del juicio o cualesquiera declaraciones testimoniales o de imputados, ni tampoco las fotografías, pues su contenido depende del lugar desde donde se toman, la luz del día, la calidad de la foto o el color, circunstancias que solo pueden ser valoradas por el Tribunal de instancia, que está en relación a ello es situación distinta por la inmediatez de que dispuso y de la que carece esta Sala Casacional.

Tampoco tienen naturaleza de documento casacional las diligencias de reconocimiento en rueda porque solo recogen las manifestaciones de quien las efectúa, que como tales son declaraciones personales –STS 574/2004–, ni el acta de los registros domiciliarios ni las comparecencias de los agentes policiales que intervinieron en las mismas, unas y otras son manifestaciones de las personas concernidas – STS 950/2006 .

Y la sentencia nº 852/2013 de 14 de noviembre de esta misma Sala , que también enseña como impide la viabilidad del motivo la falta de idoneidad casacional de los documentos invocados para justificar el error valorativo. Se trata de diligencias contenidas en el atestado -folio 17, negativa a la firma del acusado; folio 38, cacheo del detenido; folio 46, valoración provisional de la droga- y de diligencias sumariales -folios 163, 215 a 223, referidos a los análisis de la composición cuantitativa y cualitativa de la droga y folio 90, acta judicial de entrada y registro-.

Hemos dicho en una jurisprudencia reiterada que ni el acta de registro ni, por supuesto, la reseña de efectos encierran el carácter de documento a efectos casacionales. Se trata de diligencias incorporadas al proceso que se limitan a constatar una serie de datos que han de ser luego objeto de valoración por el Tribunal a quo. Así lo ha entendido esta Sala de forma reiterada, siendo las SSTS 141/2013, 15 de febrero ; 322/2008, 30 de mayo , 1616/2000, 24 de octubre y 456/1998, 23 de marzo , fiel expresión de este criterio. También hemos dicho en innumerables ocasiones -de las que las STS 546/2007, 12 de junio y 795/2007, 3 de octubre , son buena muestra-, que ni las diligencias policiales, ni la declaración judicial del condenado ni, por supuesto, el acta del juicio oral, son documentos a efectos casacionales, conforme viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, cfr. SSTS 480/2003, 4 de abril ; 196/2006, 14 de febrero y 284/2003 , 24 de febrero).

Ninguno de los documentos invocados en este caso puede cumplir los requisitos cuya exigencia deriva de esa doctrina.

Por sí sólo es ello suficiente para determinar que el motivo no debió ser admitido y, ya en este trance, debe ser desestimado.

**SEGUNDO.**- Con igual amparo procesal del artículo 842.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la apreciación de la prueba, se insta la casación de la recurrida al no haber recogido en ella como hecho probado que el acusado padecía un *trastorno del control del comportamiento* , con trastorno del control de impulsos.

Tampoco aquí los documentos invocados -folios 519 a 527 y el acta del juicio oral así como el Informe de Urgencias, obrante al folio 525 del expediente-, por aplicación de la doctrina que acabamos de exponer, reúnen la condición de documento a efectos casacionales.

El motivo se rechaza

**TERCERO.**- Y aún se reitera la invocación del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , referido al error en la apreciación de la prueba, para justificar el tercero de los motivos, en el que se afirma que dicho error surge al considerarse en la sentencia como hecho probado que el fuego desencadenado por la acción del acusado prendió con llamas de importancia.

El documento ahora invocado viene constituido por los folios 401 a 407 que recogen el Informe de las causas del incendio, y que conforme a la doctrina invocada tampoco reúne los requisitos que le habiliten para acudir a este cauce casacional.

A lo que ha de añadirse que la calificación de las dimensiones del incendio como de «importancia» constituye un juicio de valor normativo a discutir en la discusión sobre la subsunción de los hechos en la norma penal.



Ya recordábamos en nuestra STS nº 462/2014, resolviendo el recurso nº 2246/2013, que el supuesto de aplicación de una norma penal puede venir constituido por enunciados fácticos susceptibles de ser considerados como verdaderos o falsos. Se refieran a hechos externos o internos (psicológicos, como la intención o el conocimiento que el sujeto tiene de algo). Pero también por enunciados cuya formulación exige un juicio de valor, a recaer sobre un determinado dato empírico que, para su calificación jurídica, debe ser puesto en relación con determinados referentes o criterios valorativos. De esos juicios no cabe predicar verdad o falsedad, sino aceptabilidad o no. Tales criterios -axiológicos en general (fealdad) o, en casos, normativos (ajenidad de una cosa)- pueden ser de una diversa objetividad. De suerte que el *desiderátum* de taxatividad propia de la norma penal se satisface en mayor medida según sea mayor ese grado de objetividad.

La diferenciación, entre lo fáctico descrito y lo valorativo afirmado, desde la perspectiva del recurso de casación, se traduce en la selección del cauce procesal para la impugnación.

Los enunciados empíricos, sean externos o psicológicos, solamente pueden impugnarse por el cauce del artículo 849.2 o por el del 852 (presunción de inocencia) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los juicios de valor admiten el mismo cauce solamente cuando la queja se refiere al objeto de valoración, es decir al dato que ha de contrastarse con los criterios valorativos. Así cuando el presupuesto de la norma es la fealdad de una secuela, lo que concierne a las características del resto lesivo que sufre la víctima. Pero no el predicado que tal dato merece en función del canon de belleza/fealdad. Este juicio es ya un juicio normativo -no jurídico, aunque de consecuencias jurídicas- cuya impugnación encuentra habilitación a través de la previsión del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por ello también desestimamos este motivo.

**CUARTO.- 1.-** En el cuarto motivo, con amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia infracción del precepto constitucional, concretamente del artículo 24.2 de la Constitución Española, en relación con el artículo 53, número 1, del propio Texto Constitucional en lo relativo al derecho fundamental a la presunción de inocencia, al condenar por un delito de robo de los artículos 237 y 242.2º del Código Penal.

Ese hecho sólo se puede entender probado, según afirma el recurrente, con la propia declaración del mismo, que reconoció haber cogido la cantidad de 40,00 euros, un collar y una cadena, habiéndolos tirado posteriormente a un contenedor, tal y como se recoge en la propia sentencia objeto de recurso.

Se añade, eso sí, que no se ha podido probar en modo alguno que el recurrente se apoderase de cosas muebles ajenas, a excepción de lo referido anteriormente y que, en cualquier caso, se trata de objetos cuyo importe no se ha probado que supere los 400,00 euros.

Concluye el motivo alegando que los actos de violencia no pueden justificar por sí solos la aplicación del artículo 237 del Código Penal.

**2.-** Basta el propio texto del motivo para su rechazo. Admite la violencia y la sustracción. La entidad de lo sustraído en el caso de la modalidad violenta imputada no excluye en ningún caso la tipicidad.

No se discute obviamente la utilización de violencia ni la realidad de una sustracción admitida por el acusado. Por ello es incuestionable la consideración de los hechos, tal como son declarados probados, incluso en esa reducida expresión, como robo violento.

El motivo se rechaza.

**QUINTO.- 1.-** El quinto de los motivos alega infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 139 del Código Penal, ya que estima que debió aplicarse el artículo 142.1 de dicho Código, o subsidiariamente el artículo 138 del mismo cuerpo legal.

Parte de la negación de que el acusado tuviera intención de matar a nadie, y continúa negando que se pueda hablar de alevosía e imputar al recurrente un delito de asesinato del artículo 139 del Código Penal.

Pretende justificar tal tesis en que, debido al estado que presentaba el recurrente en el momento de los hechos, tras haber consumido alcohol, drogas y sustancias estupefacientes y mezclarlas con los medicamentos prescritos precisamente por su adicción a dichas sustancias y para paliar los efectos del TDHA y ansiedad, presentaba un estado más agresivo de lo normal, estando afectada su capacidad volitiva.

**2.-** El cauce casacional elegido circunscribe el debate admisible a la mera subsunción del hecho que la sentencia declara probado, sin variación alguna, en la norma penal que se denuncia vulnerada.

El recurso comienza por poner en cuestión el dato de la intención homicida que, además de inequívocamente resultante de los actos del recurrente que se declaran probados, solamente puede ser impugnado por otros



cauces como el relativo a la denuncia de vulneración del precepto constitucional que garantiza la presunción de inocencia.

En cuanto a la calificación que estima concurrente la alevosía, tampoco cabe aceptar la tesis del recurrente que pretende que la misma es incompatible con el estado de ansiedad y de minoración de capacidad volitiva subsiguiente a la ingesta de alcohol y medicinas por el acusado. Ni tal incompatibilidad cabe predicarla de manera genérica, ni hay razones para predicarla en el caso que juzgamos. En éste porque el motivo parte de un dato de hecho que la sentencia no da por probado. En efecto la declaración de hechos probados de la recurrida, tras describir las circunstancias que alega el motivo, concluye que afectó a la capacidad volitiva del acusado relajando sus frenos inhibitorios, pero que actuó con plena capacidad intelectual.

Por ello, en sede de fundamentación jurídica, el tribunal de la instancia pudo valorar que el ataque a la víctima fue sorpresivo sin que ella pudiera hacer nada por defenderse, estimando que la agresión fue súbita e inopinada, comenzada en el recibidor de la casa, siendo el agresor de juventud y fortaleza física de tal suerte que frente a aquel la víctima estaba indefensa, no dándole tiempo ni a pedir auxilio, al ser golpeada nada más abrir la puerta. Y, en lo subjetivo, afirma la sentencia que el recurrente era consciente de esas circunstancias y decidió aprovecharlas.

Concurren así todos los elementos de la agravante de alevosía: normativo, consistente en que se proyecte en un delito contra las personas; un elemento objetivo relativo al modo de actuar del agente, que se presenta como el elemento esencial de la agravante pues el Código Penal describe la acción típica como el *empleo de medios, modos o formas*; y, finalmente, un elemento subjetivo, consistente en que el sujeto actúe con dolo, intención que ha de abarcar tanto la utilización de los medios, modos o formas, como la finalidad de asegurar al ejecución o impedir la defensa.

El motivo se rechaza.

**SEXTO.- 1.-** El sexto de los motivos se formula por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por errónea e indebida aplicación de las circunstancias 1ª a 3ª del artículo 139.1 del Código Penal, y subsidiariamente errónea e indebida aplicación del artículo 139.2 del Código Penal al imponer la pena en su grado máximo.

Se reitera que no concurre la circunstancia agravante de alevosía, y se añade que en el presente caso no concurren ninguno de los elementos del ensañamiento.

En consecuencia, según el penado, no entraría en juego el segundo inciso del primer apartado del artículo 139 del Código Penal impidiendo por tanto la aplicación de la pena en su grado máximo.

**2.-** En relación a la alevosía nos remitimos a lo que acabamos de exponer al respecto.

En cuanto al ensañamiento, reiterando una vez más que en este cauce casacional no cabe cuestionar la premisa de hecho dado por probado, sino solamente su calificación jurídica, hemos de partir de dicho enunciado que expone lo que se tiene por probado. Allí se dice que el acusado fue profiriendo (sic) golpes, «uno sobre otro» causantes de gran dolor a la víctima y que el acusado era consciente de ello y que tales golpes se sucedieron hasta que ya llevó a cabo la acción homicida por estrangulamiento y asfixia. Estas últimas actuaciones eran las funcionales al propósito homicida de tal suerte que el gran dolor previo, cuyos efectos también describe profusamente la sentencia, era gratuito o innecesario para ese objetivo letal. Y la sentencia recoge el informe forense que estableció que los múltiples traumatismos en partes blandas e incluso las lesiones con arma blanca estaban dirigidas a conseguir un fin ajeno a la muerte.

Como recuerda la sentencia recurrida en sede de fundamentación jurídica el dolor, calificado sin duda de inhumano y prologado desde la consciencia de su innecesidad constituye el conjunto de elementos que caracteriza la agravante de ensañamiento, conforme a jurisprudencia allí citada y que damos aquí por reproducida.

Por ello es de aplicación lo que dispone el artículo 139 en su apartado 2, concurriendo alevosía y ensañamiento, procede imponer la pena de asesinato en su mitad superior.

El motivo se rechaza.

**SÉPTIMO.- 1.-** Impugna la sentencia el recurrente, en el séptimo motivo, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por errónea e indebida aplicación de los artículos 237 y 242.2º del Código Penal e inaplicación del artículo 234.2 del Código Penal, y subsidiariamente indebida aplicación del artículo 66.1 al imponer la pena máxima de la mitad inferior.



Como argumento se limita a remitir a lo dicho en el motivo cuarto. Y, de manera subsidiaria, alega que tampoco resultaría aplicable la agravante prevista en el apartado 2 del artículo 242 del Código Penal de casa habitada. Al respecto alega que la casa, era el único escenario donde el recurrente se podía apropiar del dinero de la víctima.

2.- Respecto a la cuestión de la tipicidad nos remitimos, como el recurrente, a la respuesta dada al motivo cuarto.

Y en cuanto al escenario del delito, del que no se cuestiona que fuera casa habitada, basta decir que en todos los supuestos del tipo agravado el efecto sustraído se encuentra en la misma. Por ello esa ubicación del objeto de la sustracción no solamente no se opone sino que es condición de la impugnada tipificación.

No obstante la pretensión referida a la sanción del robo merece acogida en un aspecto. La declaración de hechos probados presupone que existe entre este delito y el asesinato una relación de medio a fin. Es de aplicar por ello una regla de determinación de la pena, por más que no la invocada del artículo 66, sino la del artículo 77 cuyo apartado tercero ordena que, en caso de concurso medial, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

La pena por el delito más grave, concurriendo una atenuante sería la de 22 años y seis meses, es decir la máxima de la mitad inferior, siguiendo así la pauta de la sentencia recurrida de imponer la máximo posible, pero ahora sin computar la concurrencia de la agravante excluida en esta sentencia. De penar separadamente ambos delitos las penas mínimas posibles serían la de 20 años y un día por el delito de asesinato, y tres años y seis meses por el robo. Lo que excede en un año la concreta máxima por el delito más gravemente penado.

En consecuencia procede estimar la aplicabilidad de dicho artículo 77, penado el concurso medial con la pena de 23 años de prisión, superior a la del delito más grave pero inferior a la suma de ambas penas.

En esa concreta medida estimamos el motivo.

**OCTAVO.- 1.-** El octavo motivo se funda en la alegación de infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por errónea e indebida aplicación del artículo 351 párrafo primero del Código Penal y falta de aplicación del artículo 351, párrafo segundo en relación con el artículo 266 del mismo código, y subsidiariamente indebida aplicación del artículo 66.1 Código Penal al imponer la máxima de la mitad inferior.

Es aquí donde replantea la objeción ya formulada al combatir la valoración probatoria sobre la importancia del incendio derivado de su acción.

Se afirma al respecto que, no llegó a revestir entidad muy grave, precisamente por la constatación de que se fue auto-extinguendo por la falta de oxígeno, por lo que los vecinos que estaban en el edificio no tuvieron que ser desalojados.

2.- La valoración de gravedad se traduce en la concreta exigencia del tipo penal y no en otros criterios no enunciados en el artículo 351 del Código Penal. Dice éste en el párrafo primero: Los que provocaren un incendio que comporte un **peligro para la vida o integridad física** de las personas, serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años.

De tal suerte que la posibilidad de imponer una pena de grado inferior exige que sea atendida la **menor entidad** del peligro causado o que así proceda atendidas las demás circunstancias del hecho.

En todo caso la remisión a la sanción bajo el tipo penal de los daños descrito en el artículo 266 del Código Penal se condiciona a que no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas.

El hecho declarado probado, del que ha de partirse conforme a lo que impone el cauce casacional del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que prendió fuego a un colchón, esparciendo botellas de licor y abrió espitas de gas, acciones sin duda facilitadoras de una pronta expansión de las llamas. Y que ese era el propósito del autor que sabía que en el inmueble había viviendas y habitadas.

Es verdad que, desde una perspectiva objetiva, fuera del propósito del autor, la efectiva capacidad de expansión se vio conjurada, en frase de la sentencia, sin «magnificarse» debido a la falta de oxígeno, al estar ventanas y puertas cerradas. Pero la exclusión del riesgo ocurre cuando éste ya había sido generado en medida suficiente para, también en expresión de los hechos probados, haberse llegado a inundar «de humo y hollín la totalidad de la vivienda». Lo que supone que si bien el riesgo no llegó a realizarse en resultado de efectivo daño para la, al menos, integridad física de los habitantes, la existencia de aquél fue indudable.



En la STS 675/2017 de 20 de febrero , recordando las nº 569/2007 de 29 de junio , nº 184/2006 de 26 de febrero y la nº 932/2005 de 14 de julio , dejamos dicho en relación al tipo penal del artículo 351 del Código Penal que el tipo objetivo de este delito «consiste en prender fuego a una cosa no destinada a arder, comportando su potencial propagación, es decir, la creación de un peligro para la vida o integridad física de las personas....».

Y que, a esos efectos, «...es irrelevante la entidad real que el fuego pueda alcanzar (mejor haya alcanzado, matizamos aquí) siendo lo esencial el peligro potencial, la propagación, generado por la acción de prender fuego...».

Más recientemente en la misma línea cabe citar la STS 338/2010 de 16 de abril o la 432/2010 de 29 de abril .

**3.-** No establece el precepto una limitación en los sujetos pasivos, contrayéndolos a las personas que corren el peligro de resultar dañados en su vida e integridad física ya que el bien jurídico se lesiona, cuando cualquier persona que se hallare en el edificio incendiado o lugar al que puedan acceder las llamas o humos pueda resultar afectada en su vida y en su salud como consecuencia directa del fuego provocado. STS 986/2012 de 12 de diciembre .

El tipo del artículo 351 ha sido calificado como según las SSTS de 13 de marzo de 2000 y las nº 969/2004 de 29 de julio , la nº 381/2001 de 13 de marzo y la nº 932/2005 de 14 de julio: «..de un delito de consumación anticipada, pues se produce cuando se aplica el medio incendiario al objeto que se trata de incendiar con posibilidad de propagación, siendo por ello indiferente su mayor o menor duración y el daño efectivamente causado, consumándose por la simple causación del incendio siempre que el agente conociera la estancia en el edificio que incendia de una o varias personas» ( STS 13.3.2000 ).

Y en cuanto al elemento subjetivo basta que al propósito de hacer arder la cosa se añada la conciencia del peligro para la vida o integridad física de las personas que ello comporta, teniendo en cuenta el riesgo de propagación..." Con la advertencia de que: «...La intención del agente en este delito ha de abarcar solo el hecho mismo de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas, aunque éste debe ser conocido por él, al menos a título de dolo eventual,...» ( SSTS 142/97 de 5 de febrero , nº 2201/2001 de 6 de marzo de 2002 y la nº 724/2003 de 14 de mayo ), «y desde el punto de vista subjetivo, el dolo no comprende la voluntad de causar daños personales siendo suficiente la intención del agente de provocar el incendio y la conciencia del peligro..»

Por otra parte la naturaleza del tipo penal ha sido clasificada entre los delitos, «...a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto ( SSTS 2201/01 de 6.3 , 1263/03 de 7.10 ). Es decir que no requiere que la acción del acusado haya originado un riesgo efectivo referido a bienes concretos. El peligro no es tampoco el meramente abstracto presumido *ex lege* con imposibilidad de rechazo del tipo por prueba de que en el caso no hubiera podido llegar a realizarse.

Se trata según una autorizada opinión doctrina de un delito de peligro presunto o hipotético pero del que cabe acreditar la exclusión de concurrencia de riesgo en el caso concreto. También denominado en algún caso como delito de aptitud.

Finalmente también es de destacar, según deriva de la ubicación sistemática en el Código Penal, que el bien jurídico protegido no lo es ya el patrimonio sino la seguridad general y solo incidentalmente la propiedad ( SSTS núms. 1284/98 de 31 de octubre , 1457/99 de 2 de noviembre y 1208/2000 de 7 de julio y la de 7 de octubre de 2003 ).

Desde esa premisa, en determinados casos, hemos estimado que cabe concurso ideal entre ese delito y el de resultado lesivo. Lo que no es objeto de pretensión por la acusación en este caso (63/2006 de 31 de enero, 653/2004 de 24 de mayo).

Por ello el motivo se rechaza.

**NOVENO.-** Mejor suerte merece el motivo noveno en el que se denuncia infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por errónea e indebida aplicación del artículo 22.2 del Código Penal (circunstancia agravante de aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo y/o auxilio de otras personas).

Reitera que el único escenario donde se podía llevar a cabo el robo era precisamente su vivienda, Allí era donde estaba el dinero

La sentencia parte de que el acusado buscaba al cometer el delito un **lugar** en el que la víctima se viera en la dificultad de ser auxiliada.



Establece el actual Código Penal que constituye circunstancia agravante ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

Respecto de dichas agrupadas circunstancias hemos dicho en STS 185/2017 de 23 de marzo que: *El actual tratamiento unitario se justifica porque todos ellos tienen como elemento común el tratarse de circunstancias que debilitan la defensa del ofendido y facilitan la impunidad del agresor, lo que intensifica su naturaleza subjetiva de ser elementos puestos conscientemente al servicio del designio criminal, de suerte que será la acreditación de haber sido eficaces para facilitar la defensa o evitar la impunidad lo que justificará su apreciación como incremento del disvalor de la acción y no tanto la simple invocación de encontrarnos ante el recurso al medio descrito en la agravante que se comenta (Cfr. Sentencia de esta Sala 623/2002, de 9 de abril).*

*Se insiste en que, de estos elementos, el subjetivo, consistente en buscar de propósito una especial incidencia sobre la mayor facilidad en la realización de la conducta criminal, es de mayor trascendencia, ya que el objetivo o topográfico, referente a las condiciones del lugar, es contingente y susceptible de valoraciones contradictorias en función de las circunstancias concretas de cada caso.*

Así pues, tanto por doble valoración del mismo presupuesto fáctico para justificar una doble agravación, como por considerar que no concurre el plus de antijuridicidad que da lugar a la agravante por razón del lugar de comisión del delito, en particular en ausencia del elemento subjetivo de preordenación de su elección para la comisión del delito, debemos excluir esta agravación con la subsiguiente estimación del motivo con los efectos que diremos en la segunda sentencia

**DÉCIMO.- 1.-** El motivo décimo se formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación de la Eximente Incompleta 1º del artículo 21 en relación al artículo 20.1º Código Penal (el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión). Y también la falta de aplicación de la Eximente Incompleta 1ª del artículo 21 en relación al artículo 20.2º Código Penal (el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos), en relación cada una de ellas al artículo 66.12ª del Código Penal.

Y subsidiariamente, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de la circunstancia atenuante analógica del artículo 21.7ª en relación al artículo 20.1º Código Penal como muy cualificada y también la inaplicación de la analógica del artículo 21.7ª en relación al artículo 20.2º como muy cualificada, en relación cada una de ellas con el artículo 66.1-2ª del Código Penal.

Si se tiene por probado el consumo de alcohol, drogas y sustancias estupefacientes por parte del recurrente, así como la mezcla con los medicamentos, también debe darse por probado que dicha mezcla afectó a su capacidad volitiva, relajando sus frenos inhibitorios e incrementado su agresividad.

También estima acreditada la adicción a las citadas sustancias.

**2.-** Nuevamente es necesario recordar a la parte que, si antes no logra la modificación del relato de hechos probados, la impugnación por este cauce del ordinal 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no tolera otro debate que el relativo a la calificación jurídica que procede a partir de dicho relato de lo que resulta probado según la sentencia de instancia.

La sentencia recurrida declara probado que el consumo de alcohol por el acusado, que padece un trastorno de déficit de atención e hiperactividad (TDAH), afectó a la capacidad volitiva de aquél *relajando sus frenos inhibitorios*, pero actuó con plena capacidad intelectual.

En sede de fundamentación jurídica, no solamente argumenta la exclusión de cualquier diagnóstico de patología psiquiátrica, sino que concreta aquella afirmación del hecho probado asumiendo las conclusiones del informe pericial. Y constata que el acusado tiene un historial de consumo de alcohol, sin que en el momento de la exploración se observe patología alguna reseñable. Pero sobre todo afirman que «el relato de hechos y la amnesia que refiere el acusado no se explica desde le punto de vista médico legal ni en el marco de una intoxicación etílica aguda ni de ninguna patología psiquiátrica». Y, finalmente afirma el dictamen que «no es posible conocer, siquiera con carácter retrospectivo el estado mental del informado **en el momento de la comisión de los hechos** que se siguen en esta causa pero una vez analizados los datos recogidos anteriormente **no queda evidenciada la existencia de alteraciones que mermen su capacidad cognitiva ni volitiva**».



No obstante la sentencia recurrida asume que existe alguna influencia en la capacidad de autodeterminación volitiva que mide en el sentido de justificar una atenuante analógica del artículo 21.7 en relación con los artículos 21.1 y 20.2 del Código Penal .

Limitado pues el debate a la afirmación del recurrente de que el hecho probado debería haber llevado a una minoración de la responsabilidad penal superior a la estimada en la recurrida, no queda sino advertir de que no existe en el hecho probado ninguna circunstancia que justifique un efecto modificativo superior al ya reconocido en la sentencia de instancia.

En el caso resuelto en nuestra STS nº 2807/2017 , pese a alegarse que el acusado sufría como en este caso el TDAH, se rechazó para el acusado otra atenuante diversa de la analógica simple argumentado este Tribunal Supremo que, aunque había resultado : *probado que el acusado en el momento de los hechos llevaba toda la noche sin dormir, pues estaba de fiesta desde las 21 horas del día anterior, consumiendo bebidas alcohólicas cuya composición y cantidad no se han determinado, pero que necesariamente disminuyeron su voluntad y capacidad para calibrar el alcance de sus actos y para comprenderlos.*

*Esto es, se apreció un estado de embriaguez en el acusado que sustenta la aplicación de la atenuante simple de embriaguez por vía analógica pero no se consideró probado que ese estado de ebriedad hubiera provocado una anulación de sus facultades cognitivas y volitivas del acusado o una severa merma de esas facultades del discernimiento sobre la antijuricidad a la agresión o de la capacidad de autodeterminación a la hora de ejecutar los golpes y puñetazos en la cabeza de la víctima.*

En el Auto de esta Sala de 1 de junio resumíamos la doctrina jurisprudencial diciendo para un caso de actuación de un sujeto en condiciones similares tanto de ingesta de tóxicos como de diagnóstico de TDAH:

*La jurisprudencia de este Tribunal tiene reiteradamente declarado, en relación a la apreciación de las atenuantes de 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 solo la existencia de 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 29/2012, de 18 de enero ).*

*La doctrina de esta Sala, de la que es exponente la STS 741/2013, de 17 de octubre , ha establecido que la aplicación de la eximente completa del art.20.1 del Código será sólo posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión.*

*La eximente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aunconservando la apreciación sobre la antijuricidad del hecho que ejecuta ( art. 21.1ª CP ).*

*C) En el caso concreto que nos ocupa, la sentencia de instancia declaró probado que el acusado sufría en el momento de los hechos un trastorno de déficit de atención e impulsividad y trastorno por uso perjudicial por el consumo de cannabis y benzodiacepinas, que podían limitar en el momento de los hechos su capacidad volitiva, pero no la cognoscitiva.*

*Para la Sala de instancia, de conformidad con el criterio de los médicos forenses, la afectación por impulsividad y déficit de atención combinada con el consumo habitual de drogas no tuvo una incidencia esencial y determinante en el desarrollo de los hechos. A tal efecto, destaca cómo su comportamiento no es fruto de un mero impulso súbito, sino que denota una cierta planificación, como se evidencia por el hecho de contar con la participación de otro, ir armados y actuar ambos de forma conjunta.*

*Ahora bien, señala la Sala, los médicos coinciden en apuntar que dicho comportamiento pudiera estar influenciado por un déficit de control de sus impulsos. Déficit de control que no cabe considerar, a tenor de los informes médicos y de la planificación en los hechos enjuiciados, que fuera de intensidad importante, descartando que tuviera anulada o gravemente mermada la capacidad para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a su comprensión, razón por la que debe descartarse la eximente completa, así como la incompleta de alteración psíquica.*



*Por ello, la Sala de instancia aprecia, acertadamente, la concurrencia de una atenuación en su responsabilidad criminal, pero eso sí, sin el carácter de eximente o atenuante muy cualificada por alteración grave de la conciencia de la realidad.*

*La alteración de sus facultades volitivas, atendiendo a su enfermedad, como pusieron de manifiesto los peritos, produce una disminución no grave del control de impulsos.*

La aplicación de esta doctrina nos lleva también a rechazar este motivo.

**UNDÉCIMO.**- El motivo undécimo reitera la pretensión de que se ha incurrido en infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por errónea e indebida aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7ª del Código Penal, en relación con el artículo 20.1 del Código Penal. Y ello porque el recurrente entiende que la intoxicación del penado, aún no siendo plena, le provocó una perturbación importante.

Damos por reproducido lo que dijimos en el anterior fundamento para rechazar también este motivo.

**DUODÉCIMO.**- El último motivo pretende también que se incurre en infracción de ley por errónea aplicación, ex artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del artículo 66.1-7ª del Código Penal al mantener el fundamento cualificado de la agravación.

La razón de esa pretensión deviene de una premisa constituida por la no aplicabilidad de la agravante de ensañamiento y, en su caso, la agravante de vivienda habitada así como alevosía, no puede aplicarse un fundamento cualificado de la agravación.

Fracasadas sendas pretensiones anteriores ahí referidas, conlleva ello que también ésta deba ser rechazada.

**DECIMOTERCERO.**- La parcial estimación del recurso lleva a declarar de **oficio las costas** del mismo conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## FALLO

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

**Estimar parcialmente** el recurso de casación formulado por **D. Romeo**, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Baleares, con fecha 27 de abril de 2017, cuya resolución casamos y anulamos en parte con declaración de oficio de las costas de este recurso.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10376/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña.

María Josefa Lobón del Río

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 11 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto la causa rollo nº 48 seguida por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Baleares, dimanante del Sumario nº 3/2015, instruido por el Juzgado de instrucción nº 6 de Palma de Mallorca, por un delito de robo con violencia, asesinato e incendio, contra D. Romeo, de nacionalidad española, nacido el NUM000 de 1992, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 27 de abril de 2017,



que ha sido recurrida en casación por el procesado y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se acepta la declaración de hechos probados de la recurrida, advirtiendo de la inexistencia de una voluntad del acusado dirigida a aprovecharse de la ejecución del hecho en la vivienda de la víctima como medio de facilitación de la comisión del delito

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones expuestas en la sentencia de casación estimamos que no concurren méritos para estimar apreciable la agravante del artículo 20.2 del Código Penal y que debemos penar el delito contra la vida y el robo con una sola pena correspondiente al concurso medial entre ambos.

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 y 77 del Código Penal fijamos la pena por el concurso de delitos en 23 años y mantenemos las demás penas y decisiones de la recurrida.

En todo caso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal se fija en 30 años de prisión el máximo de cumplimiento efectivo de las penas, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **Condenar** al acusado D. Romeo , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de los delitos de asesinato, robo con violencia e incendio ya definidos, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica del artículo 20.2º en relación con los artículos 21.1 º y 21.7º del Código Penal que han sido definidas a las penas de:

**23 años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el delito de asesinato, y en concurso con el delito de robo con violencia.

**7 años y 6 meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el delito de incendio.

Se condena al acusado a que indemnice a D. Jose Ángel y D. Juan Alberto , hermanos de la fallecida en la suma de 50.000.-€ a cada uno de ellos, por los daños y perjuicios causados. Dicha suma devengará los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se condena igualmente al acusado al pago de las costas procesales causadas, entre las que se incluyen las de la acusación particular.

Para el cumplimiento de las penas se abonará al acusado el tiempo de prisión preventiva que haya sufrido por razón de esta causa.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal se fija en 30 años de prisión el máximo de cumplimiento efectivo de las penas, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo

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

Así se acuerda y firma.