



Roj: **STS 970/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:970**

Id Cendoj: **28079120012017100187**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2017**

Nº de Recurso: **10538/2016**

Nº de Resolución: **163/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 163/2017

Fecha de sentencia: 14/03/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P) Número del procedimiento: 10538/2016 P Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández Transcrito por: ARB Nota:

Resumen

Asesinato.- Desestimatoria.-

RECURSO CASACION (P) núm.: 10538/2016 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 163/2017

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 14 de marzo de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10538/2016P, por infracción de Ley y de precepto Constitucional, interpuesto por **D. Bernardino**, representado por la procuradora D^a. Teresa Marcos Romero, bajo la dirección letrada de D.^a María Dolores Escrig i Antoni, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con fecha 13 de julio de 2016, que estimaba en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Tribunal del Jurado número 57/2015), con fecha 1 de marzo de 2016. En calidad de parte recurrida, las acusaciones particulares **Candida**, **Magdalena**, **Esperanza** y **Rebeca**, representadas por el procurador D. Luis Arredondo Sanz, bajo



la dirección letrada de D. Víctor Bouzas Galbán y la Xunta de Galicia, representada y defendida por el Letrado de la Xunta de Galicia D. Guillermo Folgueral Madrigal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Pontevedra, el procedimiento del Tribunal del Jurado número 57/2015, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de los de Cangas del Morrazo, Rollo de Sala con número 3/2016, se dictó sentencia con fecha 1 de marzo de 2016, que contiene los siguientes **hechos probados**:

«1.- El día 24 de febrero de 2014, en hora próxima a las 18 horas, el acusado Bernardino, mayor de edad y sin antecedentes penales, que viajaba en el vehículo Citroén ZX matrícula K, en compañía de Filomena, en lugar no determinado, con el propósito de acabar con su vida, le golpeó repetidamente en la cabeza y cara, ocasionándole herida incisa-contusa en el puente de la nariz, fractura desplazada de huesos propios, hematoma periorbitario derecho y varias contusiones en la región frontal del cuero cabelludo y, sirviéndose de un instrumento cortante, le asestó tres puñaladas en el cuello, una en la muñeca y doce en la región anterior del tórax, produciéndose la muerte inmediata por la laceración cardíaca con hemopericardio. 2.- El ataque a Filomena fue sorpresivo e inesperado para la misma, hasta el punto que no pudo ni tuvo oportunidad de defenderse. 3.- Filomena estaba casada con el acusado, Bernardino, desde hacia más de 24 años y tenían seis hijos: Esperanza (nacida el día NUM000 de 1993), Rebeca (nacida el NUM001 de 1997), Encarnación, nacida el NUM002 de 2002), Sabina (nacida el NUM003 de 2007), Erasmo (nacido el NUM004 de 2011) y Eva (nacida el NUM005 de 2013). 4.- En el momento de los hechos, Filomena se encontraba en la quinta semana de gestación, circunstancia conocida por el acusado que no tenía intención de provocar la inviabilidad del feto, pero sabiendo que esta se podía producir y sin importarle que se produjera, como de hecho se produjo. A efectos de responsabilidad civil, se declara probado que en el momento de los hechos, además de los seis hijos referidos, la víctima Filomena contaba con seis hermanas: Magdalena, Felisa, Santiago, Celestina, Micaela y Amalia »(sic).

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

«Que atendiendo al veredicto de culpabilidad emitido por el Tribunal del Jurado Condono a Bernardino, como autor responsable de un delito de asesinato del art. 139,1 del CP, concurriendo la circunstancia agravante de inhabilitación absoluta durante el tipo de la condena y prohibición de aproximación y comunicación por cualquier medio con los hijos de la víctima por tiempo de 21 años. Por vía de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a los hijos menores de la víctima, al tiempo del fallecimiento, en la cantidad de 60.000 euros y en 30.000 euros a los mayores y en concepto de daño moral en 6000 euros a cada una de las hermanas de la víctima. Se impone al acusado el pago de las costas procesales, en los términos expuestos en el fundamento de Derecho sexto de esta resolución»(sic).

TERCERO.- En fecha 8 de marzo de 2016, se dictó auto de complemento y aclaración de la anterior sentencia, con la siguiente parte dispositiva:

«Se acuerda el complemento y aclaración de la sentencia dictada en el presente procedimiento en el sentido siguiente: En el antecedente de hecho tercero donde dice: "dos delitos de Asesinato", debe decir: "un delito de asesinato del art. 139.1a del C. Penal, en concurso ideal con un delito de aborto del art. 144 del CP en relación con el art. 77 del C. Penal", añadiendo "con inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo de la condena". En el antecedente de hecho cuarto donde dice "de delito de Asesinato", debe decir: "un delito de asesinato del art. 139.1ª del C. Penal, en concurso ideal con el art. 77 del C. Penal", añadiendo "con inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo de la condena". Añadir en el fundamento jurídico cuarto de la misma el siguiente párrafo: "De conformidad con lo dispuesto en el art. 55 del Código Penal, se impone al acusado la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, en atención a que se estima que este derecho tiene vinculación directa con el delito cometido, ya que los hijos son perjudicados, al haber sido privados de su madre por el acusado cuya violenta personalidad pone de manifiesto su incapacidad para ejercer los deberos propios de la patria potestad y teniendo en cuenta el prioritario interés de los menores y el evitar daños a su normal desarrollo."

Completar el fallo de la sentencia en lo relativo a delito y penas a imponer que debe decir:

"Condono a Bernardino, como autor responsable de un delito de asesinato del art. 139,1ª del CP en concurso ideal con un delito de aborto del artículo 144 del C#P, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco y la atenuante de confesión a la pena de veinte años de prisión, accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo



de la condena y prohibición de aproximación y comunicación por cualquier medio con los hijos de la víctima por tiempo de 21 años»(sic).

CUARTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el acusado, en base a los apartados e y b del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con fecha 13 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es la siguiente:

«1) Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado y condenado Bernardino. 2) En consecuencia, con revocación parcial de la sentencia dictada el 1 de marzo de 2016 por la Ilma. Sra. Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado constituido en la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra (rollo número 57/2015), condenamos al acusado Bernardino, como autor responsable de un delito de Asesinato del art 139, 1 del CP., en concurso ideal con un delito de aborto del artículo 144 del CP, en relación con el art. 77 del C. Penal, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco y la atenuante de confesión a la pena de veinte años de prisión, accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación y comunicación por cualquier medio con los hijos de la víctima por tiempo de 21 años. Por vía de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a los hijos menores de la víctima, al tiempo del fallecimiento, en la cantidad de 60.000 E y en 30.000 E a los mayores.

Se impone al acusado el pago de las costas procesales de la primera instancia en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho sexto de la resolución impugnada»(sic).

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

SEXTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente **D. Bernardino**, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Primero: por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, al haberse vulnerado el artículo 25 de la CE, en cuanto que el fundamento de derecho segundo de la Sentencia del Tribunal del Jurado (vid. Páginas 15 a 19), porque con el debido respeto entendemos que no debe concurrir la agravante de alevosía por cuanto el relato fáctico proporcionado por el Jurado, con la inclusión de los conceptos transcritos, predetermina la condena por el delito del artículo 139.1 del Código Penal.

2.- Segundo: en relación con el anterior motivo, también por infracción de Ley con sede en el artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 139.1 del Código Penal, toda vez que la aplicación de la agravante de "alevosía sorpresiva" se ampara en considerar probado "no cabe duda que el ataque inesperado del acusado a la víctima, consciente y aprovechando la indefensión de la víctima, que además se encuentra sola con el agresor, en un paraje aislado, propinando tal número de golpes y puñaladas perimortales y dirigidos a zonas vitales y definidas, con arma blanca que portaba a aquel fin no dando opción a reacción alguna de la misma,... (página 18, párrafo primero)", cuando realmente no existe una prueba de cargo determinante que pueda mantener esa afirmación o deducción.

3.- Tercero: por infracción de Ley con sede en el art. 846 bis c) letra de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 21.3 del Código Penal, ya que, la desestimación de la obcecación alegada se ampara, sobre todo, en la decisión del Jurado de que las periciales refieren en nuestro representado estaba en pleno uso de facultades, sin tener en cuenta las manifestaciones del acusado respecto a la discusión referida con la víctima (páginas 24 y 25 de la Sentencia del Jurado).

4.- Cuarto: por infracción de Ley con sede en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los motivos expuestos, respecto de que la pena a imponer para al acusado para el supuesto de ser estimados los motivos anteriores, sería determinada por un delito de homicidio en concurso ideal con un delito de aborto, conjugado con dos atenuantes (obcecación y confesión/colaboración) y una circunstancia agravante (parentesco) -hecho probado cuarto, páginas 25 y 26 de la Sentencia del Jurado-.

SÉTIMO.- Instruidos las partes recurridas y el Ministerio Fiscal, interesan la inadmisión a trámite del recurso interpuesto, por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 8 de marzo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El recurrente fue condenado en sentencia dictada por el Tribunal del Jurado como autor de un delito de asesinato en concurso ideal con un delito de aborto, con la agravante de parentesco y la atenuante de confesión, a la pena de veinte años de prisión. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, que, en los aspectos penales, fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia. Contra la sentencia de este último interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del artículo 25 de la Constitución, pues entiende que no debe concurrir la agravante de alevosía «por cuanto el relato fáctico proporcionado por el jurado, con la inclusión de los conceptos transcritos, predetermina la condena por el delito del artículo 139.1º del Código Penal» (sic). En el segundo motivo, nuevamente se queja de la apreciación de la alevosía, aunque ahora mencionando el artículo 849.1º de la LECrim y la aplicación indebida del artículo 139.1º, afirmando el carácter sorpresivo del ataque cuando realmente, dice, no existe prueba de cargo que permita mantener esa afirmación fáctica.

1. En el primer motivo, de una forma un tanto confusa, se refiere el recurrente a la vulneración del artículo 25 de la Constitución, sin razonamiento alguno explicativo de su alegación, y haciendo mención expresa a continuación a la predeterminación del fallo, que no serviría como apoyo a aquella alegación, sino a otra queja diferente por quebrantamiento de forma. Ninguna de las dos alegaciones, tal como han sido planteadas puede ser atendida. No puede apreciarse predeterminación en tanto que el recurrente omite precisar qué términos o frases de los hechos probados suponen el empleo de conceptos jurídicos que sustituyan la necesaria narración de lo ocurrido. Tampoco se aprecia vulneración alguna del principio de legalidad, pues declarándose probado que el ataque ha sido sorpresivo, en nada se vulnera la ley al apreciar la agravante de alevosía, según ha entendido reiterada jurisprudencia de esta Sala.

2. En cuanto al segundo motivo, en el que nuevamente cuestiona la pertinencia de apreciar la alevosía, aunque en un primer momento alega infracción de ley, se refiere en segundo lugar a la inexistencia de prueba de cargo, es decir, en realidad, a la presunción de inocencia. Respecto de la primera alegación, como hemos dicho, el Tribunal del Jurado declaró probado que el ataque fue sorpresivo e inesperado para la víctima, por lo cual no pudo defenderse. La jurisprudencia ha entendido que, para apreciar la alevosía, es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, como consecuencia, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS nº 1866/2002, de 7 noviembre). También ha señalado en algunas ocasiones que la forma tradicional del ataque alevoso viene constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa. Así, es ataque alevoso el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino (STS nº 382/2001, de 13 de marzo y las que se citan en ella), ejecutado contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que tiende a suprimir la posibilidad de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. Pero también reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce, imprevisiblemente, un cambio cualitativo en la situación (STS nº 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho. (STS nº 1031/2003, de 8 de setiembre). Habiéndose declarado probado que se atacó de forma sorpresiva e inesperada para la víctima y que ello determinó la inexistencia de posibilidades de defensa, es clara la pertinencia de apreciar la agravante de alevosía. 3. En cuanto a la existencia de prueba de cargo sobre ese concreto aspecto, ha de señalarse en primer lugar, que en las causas seguidas por el procedimiento de la Ley orgánica del Tribunal del jurado, la existencia y suficiencia de la prueba ya ha sido examinada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, por lo que, como ya hemos dicho en otras ocasiones, entre otras en STS nº 390/2009, de 21 de abril y, mas recientemente en STS nº 847/2013, de 11 de noviembre, que «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 del Tribunal, 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». En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia se examinan los razonamientos contenidos en la sentencia del Tribunal del jurado, según los cuales se tiene en cuenta para afirmar que el ataque ha sido sorpresivo e inesperado, que la víctima presentaba dieciséis puñaladas, tres en cuello, una en la muñeca, y doce en la región anterior del tórax, alcanzándole el corazón, así como golpes en cabeza y cara; que, según la prueba pericial forense, el cuerpo de la víctima no presentaba ninguna herida de defensa; y que en las uñas de la víctima no aparecen restos de ADN del recurrente Y ha de convenirse en que dado el número de heridas causadas a la víctima, la inexistencia de signo alguno de defensa conduce a afirmar, como viene a hacer el Tribunal de apelación, que es racional concluir que el ataque tuvo que ser sorpresivo e inesperado hasta el punto de impedir cualquier clase de defensa. Por lo tanto, ha de concluirse que ha existido prueba de cargo y que ha sido valorada racionalmente por el Tribunal, no vulnerándose por ello la presunción de inocencia. Por todo ello, ambos motivos se desestiman.

SEGUNDO.- En el tercer motivo, con cita del artículo 846 bis c), letra b) de la LECrim , denuncia la indebida inaplicación del artículo 21.3 del C. Penal .

1. La referencia al artículo 846 bis c) de la LECrim constituye, sin duda, un error, pues el precepto no se refiere a la regulación del recurso de casación. Ha de entenderse, en cualquier caso, que lo que alega es infracción de ley, que entiende cometida al no aplicar un precepto penal sustantivo que considera aplicable a los hechos. Como hemos reiterado en numerosas ocasiones este motivo de casación solamente permite verificar si el Tribunal de instancia ha interpretado y aplicado correctamente los preceptos pertinentes, pero siempre en relación con los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes.

2. En el caso, en el escueto desarrollo del motivo, el recurrente alega que la desestimación de la obcecación alegada se ampara sobre todo en la decisión del jurado al valorar las pruebas periciales, de las que extrae que el recurrente estaba en pleno uso de sus facultades mentales en el momento de los hechos, sin tener en cuenta las manifestaciones del acusado respecto a la discusión previa con la víctima. El motivo pudo ser inadmitido, ya que se basa en alegaciones contrarias a los hechos probados (artículo 884.3 de la LECrim), en los que no se contiene ningún elemento fáctico relativo a una situación que pudiera servir de base para apreciar la atenuante de obcecación. En segundo lugar, tal y como se razona en la sentencia impugnada, no existen razones que avalen una rectificación en los hechos que se han declarado probados por el Tribunal del Jurado, por lo que no resulta posible apreciar la concurrencia de dicha circunstancia. En consecuencia, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el cuarto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , alega que, estimados los motivos anteriores, la pena sería la correspondiente a un delito de homicidio en concurso ideal con un delito de aborto, con la concurrencia de las atenuantes de obcecación y de confesión y la agravante de parentesco. Desestimados los anteriores motivos del recurso, el presente queda sin contenido, lo que conduce a su desestimación.

FALLO

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

1º. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Bernardino , contra sentencia dictada por la sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con fecha 13 de julio de 2016 , en causa seguida contra Bernardino , por delito de asesinato.

2º Imponer a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.



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

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Pablo Llarena Conde Juan Saavedra Ruiz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ