



Roj: STS 4199/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4199
Id Cendoj: 28079120012016100728

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10072/2016

Nº de Resolución: 721/2016

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Septiembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones de **Baldomero Y Calixto** (que se adhiere), contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes respectivamente representados por el Procurador Sr. Merino Bravo; y por la Procuradora Sra. De Mera González.

I. ANTECEDENTES

Primero.- Incoada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Zafra, por las normas de la Ley Orgánica 5/95, del Tribunal de Jurado, la causa nº 1/2013 seguido por un delito de asesinato, aborto y tenencia ilícita de armas, se acordó previa las oportunas actuaciones, la apertura del juicio oral, elevando el correspondiente testimonio a la Ilma. Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, que incoó el procedimiento registrado con el Rollo nº 1/2014 y designó Magistrado Presidente al Ilmo. Sr. D. José Antonio Patrocinio Polo. Con fecha 24 de marzo de 2015 se dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: *"Hechos: 1.- Que los acusados hermanos Baldomero , NIF NUM000 Calixto , NIF NUM001 , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, viajaron juntos desde sus respectivos domicilios en la provincia de Valencia a la ciudad de Zafra, Badajoz, en la madrugada del día 27 de febrero de 2012, llevando consigo Baldomero un arma corta semiautomática, calibre 7,65 mm Browning, cargada con cartuchería metálica con proyectiles en estado de funcionamiento idóneo para disparar.*

Calixto conocía que su hermano llevaba el arma pues fue quien precisamente se la pidió a su cuñado, el también acusado Fidel , mayor de edad, con quien tenía una relación normal y, por ello y ante tal petición, éste se la entregó a Baldomero . Dicho arma la tenía guardada Fidel en su domicilio, y no poseía ni guía de pertenencia, ni licencia para su uso, ni documentación alguna. Ninguno de los tres acusados tenía licencias, ni documentación ni las habilitaciones legales necesarias para la posesión y el uso de la referida arma de fuego. No está acreditado que Fidel supiera el uso que se iba a dar a dicho arma. 2.- Los hermanos Calixto Baldomero ya en la mañana del día 27 de febrero de 2012, sobre las 10 horas, llegaron a la nave número 230 del polígono industrial Los Caños de Zafra, emplazamiento del negocio de Justino , lugar en el que, al menos, hay tres dependencias, una utilizada como cuarto de baño y dos más dedicadas a oficinas. En una de las dependencias destinada a oficina o despacho se hallaba trabajando ese día Justino y en la otra dependencia destinada a oficina se hallaba trabajando ese mismo día y a esa hora Evangelina , sobrina y empleada como administrativa de la empresa de su tío Justino . Evangelina estaba embarazada con un tiempo entre cuatro y cinco meses, habiendo concebido un feto varón, sano y perfectamente viable.

Dichos hermanos Calixto Baldomero cuando llegaron a la nave pudieron apreciar y ver a simple vista el estado de embarazo de Evangelina .

Una vez en dicho lugar y después de entrevistarse brevemente con Evangelina , (esta ya conocía a Baldomero de otras ocasiones en que había venido), los hermanos Calixto Baldomero entraron los dos en el despacho donde se encontraba Justino trabajando.

Entretanto, cuando dichos hermanos entraron en el despacho de Justino , Evangelina habló breves instantes por teléfono a las 9,50 horas con otra empleada de la empresa, mujer, que estaba de baja laboral en esos momentos, diciéndole Evangelina a esa persona: " Han entrado ahora en el despacho de mi tío Justino , Baldomero y otra persona y estoy acojonado".

3.- Que una vez en el interior del citado despacho tuvo lugar una discusión entre dichos hermanos y Justino , y, a continuación, se produjeron unos disparos realizados por una pistola corta semiautomática, calibre 7,65 Browning, en perfecto estado de funcionamiento, precisamente el arma que los hermanos Calixto Baldomero habían traído desde Valencia. Cuando se produjeron dichos disparos, ya estaba en el interior de la oficina Evangelina . Tales disparos produjeron las muertes de Justino Y Evangelina , así como del FETO QUE ESTA LLEVABA EN SU SENO, muertes que se produjeron prácticamente en el acto, de forma inmediata tras los disparos, todo acaecido entre las 10 y las 10,30 horas aproximadamente del día 27 de febrero de 2012. Tales disparos fueron ejecutados materialmente por Baldomero estando presente en todo momento Calixto .

Cuando se produjeron los disparos Justino se encontraba sentado en el sillón, y no tenía posibilidad de defensa y Evangelina se encontraba de rodillas en el suelo, y sin posibilidad de defensa.

Prácticamente todos los disparos se ejecutaron muy cerca de los cuerpos de las víctimas, "a cañón tocante" y tenían una trayectoria de ejecución de arriba abajo. Uno de los disparos que recibió Justino lo fue con el cañón del arma introducido en su boca.

Como consecuencia de todo ello Justino presentaba cuatro heridas por arma de fuego, tres en las siguientes regiones: clavícula derecha, cavidad torácica y costado izquierdo, las tres con orificio de entrada y salida, y un proyectil alojado en el interior del organismo, la faringe. Evangelina tenía dos heridas por arma de fuego, atravesando un proyectil el tórax de delante a atrás y el otro proyectil el hemitorax izquierdo de izquierda a derecha atravesando el corazón sin salida, bala alojada en el interior del organismo.

Producidas las muertes, ambos acusados se marcharon del lugar en el vehículo en el que vinieron e hicieron desaparecer el arma, la cual nunca se ha hallado.

Justino contaba con 52 años en el momento de su muerte, estaba casado con Ana y tenía dos hijos, Jon y Leopoldo , ambos mayores de edad. Evangelina contaba con 25 años en el momento de su muerte, estaba casada con Obdulio , era hija de Raúl y de Palmira y tenía un hermano mayor de edad, Sixto .

4.- Baldomero ha estado en situación de detención y prisión provisional por esta causa desde el día 28 de febrero de 2012 hasta la fecha actual, que sigue en situación de prisión preventiva prorrogada.

Calixto ha estado en situación de detención y prisión provisional por esta causa desde el día 8 de marzo de 2013 hasta la fecha actual, que sigue en situación de prisión preventiva prorrogada.

Fidel ha estado en situación de detención y prisión provisional por esta causa desde el día 8 de marzo de 2013 hasta el día 19 de marzo de 2015".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" **FALLO:** Que debo condenar y condeno a: 1.- Baldomero , ya circunstanciado, como autor criminalmente de un delito de ASESINATO, en grado de consumación, ya definido, a la pena de DE DIECISEIS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION, que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la pena de prohibición de acudir a la localidad de Zafra, aproximarse y/o comunicar con los familiares de Justino por tiempo de 20 años. Como autor de un delito de ASESINATO EN CONCURSO IDEAL CON UN DELITO DE Aborto, ambos en grado de consumación, ya definidos, a la pena de PRISIÓN DE DIECINUEVE AÑOS, que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la pena de prohibición de acudir a la localidad de Zafra, aproximarse y/o comunicar con los familiares de Evangelina por tiempo de 25 años. Como autor de un delito de TENENCIA ILICITA DE ARMAS, en grado de consumación, ya definido, a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO, que lleva aparejada la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Un tercio de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular. Por vía de responsabilidad civil indemnizará conjunta y solidariamente con su hermano en las siguientes cantidades. 1.- A cada uno de los padres de Evangelina , Raúl Y Palmira , 30.000 EUROS. 2.- Al hermano Sixto , 30.000 EUROS. 3.- A su cónyuge, Obdulio , 150.000 EUROS. 4.- Al cónyuge de Justino , Ana en

150.000 EUROS. 5.- A cada uno de los hijos de este, Jon Y Leopoldo en 30.000 euros. En todos los casos se aplicarán los intereses legales del artículo 576 LEC . 2.- Calixto , ya circunstanciado, como autor criminalmente responsable de un delito de ASESINATO, en grado de consumación, ya definido, a la pena de DE DIECISEIS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la pena de prohibición de acudir a la localidad de Zafra, aproximarse y/o comunicar con los familiares de Justino por tiempo de 20 años. Como autor de un delito de ASESINATO EN CONCURSO IDEAL CON UN DELITO DE ABORTO, ambos en grado de consumación, ya definidos, a la pena de PRISIÓN DE DIECINUEVE AÑOS, que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la pena de prohibición de acudir a la localidad de Zafra, aproximarse y/o comunicar con los familiares de Evangelina por tiempo de 25 años. Como autor de un delito de TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS, en grado de consumación, ya definido, a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO, que lleva aparejada la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Un tercio de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular. Por vía de responsabilidad civil indemnizara conjunta y solidariamente con su hermano en las siguientes cantidades: 1.- A cada uno de los padres de Evangelina , Raúl Y Palmira , 30.000 EUROS. 2.- Al hermano Sixto , 30.000 EUROS. 3.- A su cónyuge, Obdulio , 150.000 EUROS. 4.- Al cónyuge de Justino , Ana en 150.000 euros. 5.- A cada uno de los hijos de éste, Jon Y Leopoldo en 30.000 euros. En todos los casos se aplicaran los intereses legales del artículo 576 LEC . 3.- Fidel , ya circunstanciado, como autor criminalmente responsable de un delito de TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS en grado de consumación, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio activo durante el tiempo de la condena. Un tercio de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular. Les será de aplicación y abono a los tres acusados todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa. Notifíquese esta resolución a las partes a las que se hará saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil Y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el plazo de diez días desde la última notificación".

La Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 15 de diciembre de 2015 , recurrida ante esta Sala, dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLAMOS:** Se desestiman los Recursos de Apelación interpuestos por las representaciones procesales de Baldomero y de Calixto , contra la Sentencia del Tribunal de Jurado de fecha 24 de marzo de 2015, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz , que confirmamos en su integridad, con declaración de las costas de oficio.

Notifíquese la presente Sentencia al Ministerio Fiscal y a los Procuradores personados, igualmente notifíquese personalmente a los condenados-apelantes para lo cual líbrense exhortos a la Oficina Delegada del Ministerio de Justicia del Centro Penitenciario de Badajoz y al Servicio de Comunicaciones del Ministerio de Justicia en el Centro Penitenciario de Villena (Alicante), respectivamente; haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que se preparará, en su caso, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, ante esta Sala, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representación de **Baldomero y Calixto (que se adhiere al anterior)**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación de Calixto :

PRIMERO.- Por lesión de la presunción de inocencia.

SEGUNDO.- Por lesión de la presunción de inocencia y del principio "in dubio pro reo".

La representación de Baldomero :

PRIMERO.- Por error en la valoración de la prueba.

SEGUNDO.- Por lesión del derecho a la presunción de inocencia.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Por Providencia de esta Sala de fecha 13 de julio de 2016 se señala el presente recurso para fallo para el día 13 de septiembre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia impugnada condena a los dos recurrentes, hermanos, como autores de un delito de asesinato, otro de asesinato en concurso con otro de aborto, y un tercer delito de tenencia ilícita de armas. Una tercera persona es condenada por un delito de tenencia ilícita de armas y no recurre. La sentencia recurrida es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en apelación de la dictada por el Tribunal de Jurado en la Audiencia provincial de Badajoz. En síntesis el relato fáctico refiere que los dos hermanos se desplazaron desde Valencia, su residencia, a Badajoz y se dirigieron a las oficinas en las que desarrollaba su actividad industrial Justino , asistido, en funciones de secretaria, por su sobrina Evangelina , la cual se encontraba embarazada y su estado de gestación era perceptible a simple vista. Discuten y el acusado Baldomero , en presencia del hermano Calixto presente en el acto y sabedor de la llevanza del arma, disparó el arma que portaba y que le había sido suministrado por el tercer acusado no recurrente. Como consecuencia del acto murieron Justino , que se encontraba sentado en el sillón, y su sobrina Evangelina , que se encontraba de rodillas, ambos sin posibilidad de actuar su defensa.

Los recurrentes oponen dos motivos a la condena. El recurrente Sixto , en los dos motivos reproduce la misma pretensión revisora de la condena, la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, si bien en el segundo lo argumenta desde la vulneración del principio in dubio pro reo, reiterando la insuficiencia de la actividad probatoria, valorada por el Jurado y que ha sido objeto de revisión en el recurso de apelación, confirmando la correcta enervación de la presunción invocada. El recurrente Baldomero también opone dos motivos, respectivamente amparado en los números 1 y 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley denunciado la aplicación indebida del art. 144 del Código penal . En el motivo opuesto por el número 2 del art. 849, se limita a su enunciado, sin designar documento alguno. El opuesto por error de derecho se limita a denunciar la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia sobre el concreto hecho del conocimiento del estado de embarazo de la víctima Evangelina contra la que dirigen su acción, consistente en disparar el arma que portaban cuando se encontraba de rodillas en el suelo. El relato fáctico refiere que la víctima Evangelina se encontraba embarazada, de cinco meses de gestación, y esa situación era perceptible y conocida por los acusados.

Con carácter previo a la resolución de la casación opuesta, debemos recordar la doctrina de esta Sala respecto al ámbito de la casación cuando se invoca como fundamento de la impugnación, y de la pretensión revisora, el derecho fundamental a la presunción de inocencia contra sentencias dictada por las Salas de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia conociendo de un recurso de apelación contra la dictada por que Tribunal de Jurado, que, en definitiva, ha percibido con inmediatez la prueba practicada en el juicio oral.

Con las SSTS nº 660/2000 de 12 de Diciembre , 1126/2003 de 19 de Septiembre , la nº 1211/2003 y 41/2009 de 20 de Enero , 168/2009 de 12 de Febrero y 717/2009 de 17 de Junio y las SSTS 85/2012 , 136/2012 y 903/2012 de 21 de Noviembre , debemos recordar que en sus orígenes históricos, la casación no era sino un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica", depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución: "...la Constitución garantiza.... la seguridad jurídica....", de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantiza, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos. La inexistencia de una doble instancia en nuestro ordenamiento procesal penal propició que la casación ampliara su función para cumplir con las exigencias de los Tratados firmados por España que exigían una revisión del pronunciamiento penal condenatorio dictado por los órganos de la jurisdicción penal. Esa ausencia determinó una ampliación de la casación, propiciada por las modificaciones de la Ley orgánica del Poder Judicial, art. 5.4, y de la Ley Procesal Penal , art. 852.

Esa situación ha sido remediada en la reciente ley 41/2015 de 5 de octubre que ha generalizado la segunda instancia en el orden penal de la jurisdicción, como ya existía respecto a las Sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado, cuyos pronunciamientos eran revisados en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia territorialmente competente.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley --principio de legalidad y seguridad jurídica-- máxime en casos como el presente en el que los motivos son por Infracción de Ley.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de Mayo y 1249/2009 de 9 de Diciembre . Por otra parte la impugnación ha de centrarse respecto al contenido argumentando en la sentencia objeto del recurso, la de la apelación, no una mera reiteración de lo que ya fue argüido en la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia como fundamento de la apelación. En materia de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia la impugnación no debe ser una mera reiteración de lo argüido en la apelación, pues la casación no es un instancia, sino que deben plantearse, concretamente, la disidencia con la resolución de la apelación.

La sentencia objeto de la impugnación, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, como ya lo hiciera la dicta por el Tribunal de Artado reproduce la prueba practicada para acreditar la realidad de lo declarado probado. Tiene en cuenta la declaración del imputado Baldomero que afirma su presencia en el hecho y la realización de la acción. La presencia de Sixto resuelta acreditada por sus propias declaraciones en las que reconoce el desplazamiento hasta Zafra, Badajoz, "para hacer fuerza" junto a su hermano. La pericial acredita su presencia en la localidad por las antenas de telefonía móvil. Además, la testigo protegida afirmó saber que Evangelina le comunicó por teléfono que al despacho de su tío habían entrado Baldomero y otra persona. La pretensión de desconocimiento de quien fuera la otra persona se compagina mal con la presencia del recurrente Calixto en la localidad y ser él quien pidió el arma al tercer condenado, pues como se argumenta, no se viaja 700 kilómetros con una pistola para dialogar.

El razonamiento del tribunal que dicta la sentencia de apelación es lógico y sitúa al condenado en los hechos, por su propia declaración y reconocimiento, y al condenado Calixto , al ser él quien pide la pistola y se desplaza con su hermano, desde Valencia a Zafra, según el mismo reconoce, y lo sitúa las antenas de telefonía y lo afirma la testigo protegida que señaló la presencia de dos personas en el despacho del fallecido. Con respecto al conocimiento de la gestación de la fallecida Evangelina , el Tribunal de Jurado lo afirma desde la evidencia de un embarazo de cinco meses respecto a la que testigos y peritos afirman que su evidencia era perceptible, lo que se corrobora con el informe médico, unido al hecho de que el acusado Baldomero conocía a Evangelina y con ella habían hablado días antes de los hechos, siendo perceptible a simple vista la situación de embarazo.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria, los motivos se desestiman, ratificando las argumentaciones contenidas en la motivación de la sentencia del Tribunal de Jurado y de la apelación.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones de los acusados Baldomero y Calixto , contra la sentencia dictada el día **15 de diciembre de 2015 por el Tribunal de Superior de Justicia de Extremadura** , conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, en causa seguida por delitos de delito de asesinato, aborto y tenencia ilícita de armas. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas causadas por mitad . Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martínez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde Carlos Granados Perez



PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andres Martinez Arrieta , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ