



Roj: **STS 1756/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1756**

Id Cendoj: **28079120012022100436**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2022**

Nº de Recurso: **10528/2021**

Nº de Resolución: **410/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Málaga, Tribunal del Jurado, Sección 100ª, (proc. 3/2020),
STSJ AND 9577/2021,
STS 1756/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 410/2022

Fecha de sentencia: 27/04/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10528/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/04/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceut y Melilla.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10528/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 410/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 27 de abril de 2022.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones del acusado D. Pablo y de la Acusación Particular D. Ramón, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de fecha 17 de mayo de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por indicado recurrente acusado y estimó el formulado por la representación de la recurrida acusada Dña. Maite, contra la sentencia dictada por la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado de fecha 2 de diciembre de 2020 de la Audiencia Provincial de Málaga, Oficina del Jurado, que condenó por delito de asesinato alevoso al recurrente acusado y a la recurrida acusada como encubridora de un delito de asesinato alevoso, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. Juan Carlos Martín Márquez y bajo la dirección Letrada de D. Francisco Javier San Segundo Arenas y la Acusación Particular representada por el Procurador D. Álvaro Ignacio García Gómez y bajo la dirección Letrada de Dña. Patricia Berna Muñoz de Laborde y la recurrida acusada Maite representada por el Procurador D. José Bernardo Cobo Martínez y bajo la dirección Letrada de D. Francisco Porrás Brenes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Málaga, Oficina del Jurado, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Málaga, bajo el nº 1/19 de Ley del Jurado, se dictó sentencia con fecha 2 de diciembre de 2020 que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declaran como tales los que integran el siguiente relato: El acusado, Pablo salió en compañía de su pareja sentimental Maite en la noche del 29 al 30 de diciembre de 2018 y junto a dos amigos suyos, Carlos Manuel y Ruth, a cenar y a tomar algo en distintos lugares de la zona de DIRECCION000, en Málaga, acabando finalmente en el bar DIRECCION001, sito en la CALLE000 de Andalucía, de esta ciudad. Sobre las 3.24 horas, cuando Pablo salió a la puerta del local a fumar, se encontró con su amigo Alberto, quien también se encontraba fuera del establecimiento, saludándose ambos efusivamente, tras lo cual Alberto se incorporó al grupo y pasó con ellos el resto de la noche madrugada. A eso de las 4.20 horas abandonaron el local y tras comprobar que el resto de bares estaba cerrando, se subieron al vehículo marca Citroën matrícula NUM000, propiedad de Maite y conducido por Pablo, en el que siguieron en amable compañía, dejando finalmente en su domicilio a Carlos Manuel y a Ruth, sito en CALLE001 NUM001, continuando su marcha los tres, y tras comprar algo de comer y beber en una tienda abierta en horario nocturno, llegaron hasta la PLAYA000 (Málaga). Una vez en ese lugar, entorno a las 5.40 horas de la mañana, Pablo, tras coger un cuchillo que llevaba en el coche, cuya hoja medía 20 centímetros de largo y en su parte más ancha, 4,5 centímetros, con un borde cortante y otro romo, salió del coche junto Alberto y se dirigió a la zona de la playa donde, con ánimo de acabar con su vida, de forma sorpresiva y por la espalda, la emprendió a puñaladas con él, quien apenas pudo hacer nada para defenderse, recibiendo, en incesante sucesión, 18 puñaladas. Acto seguido, Pablo requirió la ayuda de su pareja, Maite, quien había presenciado todo desde el vehículo, para que introdujera el cuerpo, todavía con vida de Alberto en el maletero del coche, donde lo encerraron imposibilitando definitivamente y de mutuo acuerdo cualquier posibilidad de sanar de sus heridas, de manera que acabó muriendo desangrado a lo largo de los minutos siguientes. Justo después, la acusada condujo el vehículo en dirección a Málaga. Este, mientras el acusado Pablo se sentó en la parte trasera del coche, tras el asiento del copiloto, cuya parte trasera dejó impregnada de sangre. Tras hacerlo, mientras iban en el vehículo Pablo mandó varios mensajes, vía DIRECCION002, a las 5.59 horas, a su amigo Carlos Manuel para tratar de simular que había dejado a Alberto previamente, de manera que cuando se descubrieran los hechos no le vincularan con ellos. Así le escribió "Pipa soy Pablo mi mue ma dejao solo stoy solo y aburrio", "este se fue pa la PLAZA000 lo he dejao ayi" y "ase un rato". Los acusados llegaron hasta la zona del PASEO000, donde en torno a las 6.10 horas y a la altura del Gran Hotel DIRECCION003, en el carril derecho, sentido Almería, de forma accidental, se abrió el maletero, que pudo haber sido mal cerrado, cayendo el cuerpo de Alberto al suelo, ya sin vida, saliendo del vehículo Martin, percatándose que había un vehículo detenido a unos metros del cuerpo, después de haberle atropellado, momento en el cual, también salió del vehículo Maite, poniéndose al volante Martin para a continuación salir huyendo del lugar, dirigiéndose a la casa de Maite. En la casa de Maite, sito en la AVENIDA000, NUM002 de Málaga, se lavaron para eliminar los rastros de sangre de Alberto y se cambiaron de ropa, tirando a la basura las zapatillas que ambos portaban durante esos hechos y el pantalón vaquero, camiseta y jersey que vestía Martin, dejando en la casa de Maite el chaquetón que había llevado toda la noche madrugada. El vehículo en el que habían trasladado el cadáver, manchado de sangre, tanto en el exterior como en el interior, lo estacionaron



en la AVENIDA001 de esta ciudad. A continuación, los acusados acudieron a la CALLE002, número NUM003, donde Martín ocupaba sin autorización una estancia y le prendió fuego al teléfono móvil de la víctima, a su chaquetón (manchado de sangre) y al cuchillo que había usado para apuñalarle, que quedó calcinado. Después de los hechos mencionados, los acusados pasaron semanas desaparecidos, cambiando de ubicación continuamente para evitar ser descubiertos, hasta que finalmente, Maite abandonó su escondite, se presentó en la Comisaría de policía y fue detenida en la mañana del día 24 de enero de 2019; por su parte Martín, continuó fugado y acabó refugiándose en la BARRIADA000, de Sevilla, donde fue finalmente detenido el día 21 de marzo de 2019. Ha quedado acreditado que Maite ayudó al acusado a meter el cuerpo en el maletero del coche y a deshacerse de las pruebas debido al miedo ante la dantesca situación que estaba viviendo. La víctima, Alberto, recibió nueve cuchilladas en la espalda, la mayoría en región escapular y dorsal izquierda, una en el costado izquierdo, tres heridas de características inciso punzantes en la cabeza y una sobre la oreja derecha y dos en la región occipital, otras tres en el cuello y dos heridas en el brazo izquierdo, más una en la mano, probablemente cuando levantó el brazo para defenderse. Las heridas recibidas, aunque en su mayoría eran idóneas para causar la muerte, no produjeron de forma inmediata el fallecimiento de Alberto, toda vez que no hubo neumotórax, ni se afectó al corazón o al pericardio, ni el hígado ni los riñones, sobreviniendo finalmente la muerte de la víctima por un mecanismo combinado de shock hipovolémico por hemorragia y asfixia por ocupación de las vías respiratorias con sangre. Alberto vestía, cuando ocurrieron los hechos, dos camisetas y un chaquetón. Cuando ocurrieron los hechos, la víctima contaba con 32 años de edad, tenía dos hermanos, Ramón y Lina y su padre, Ramón, los cuales reclaman la indemnización que por estos hechos pudiera corresponderles. Su madre, Nuria, no reclama indemnización alguna".

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

"Que debo condenar y condeno a Pablo como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato alevoso, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 19 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Que debo condenar y condeno a Maite, como cómplice criminalmente responsable de un delito de asesinato alevoso, ya definido, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de miedo insuperable, ya definida, a la pena de 3 años y 9 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Así mismo condeno a los acusados al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la Acusación Particular. Los condenados deberán indemnizar, conjunta y solidariamente, en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, a D. Ramón en la cantidad de 100.000 euros, progenitor de la víctima y en 50.000 euros a Ramón y Lina, para cada uno de ellos, hermanos de la víctima. Sirviéndoles de abono para el cumplimiento de la expresada pena el tiempo que han estado privados de libertad en la presente causa. Incóese y termínese conforme a derecho la pieza de responsabilidad civil. Notifíquese la presente a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el plazo de diez días desde la última notificación".

Contra indicada sentencia se interpuso recursos de apelación por las representaciones del recurrente acusado Pablo y de la recurrida acusada Maite ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que con fecha 17 de mayo de 2021, dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE el recurso de Apelación formulado por la defensa del acusado Pablo, contra la sentencia dictada por la Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado, confirmamos ésta en todos sus términos respecto del mismo, sin condena al pago de las costas de esta alzada. Que ESTIMANDO, en los términos expuestos en la presente resolución, el recurso de Apelación formulado por la defensa de la acusada Maite contra la sentencia dictada por la Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado, debemos revocar y revocamos la condena de la misma contenida en ella, y Absolvemos de responsabilidad criminal a Maite, con apreciación de la excusa Absolutoria del art. 454 del CP en encubrimiento de asesinato, sin condena al pago de las costas de esta alzada. Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Únase certificación de la sentencia al correspondiente Rollo de esta Sala. Una vez firme, devuélvanse los autos originales al Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la sentencia recurrida, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones del acusado D. Pablo y de la Acusación Particular D. Ramón, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala



Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Pablo**, lo baso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, art. 24.1. 2 CE. En cuanto a la infracción del artículo 24.1 y 24. 2 C.E. derecho a la presunción de inocencia y obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales.

Segundo.- Por infracción de ley. Se funda el motivo en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos, por aplicación indebida del artículo 139.1.

Tercero.- Por infracción de ley. Se funda el motivo en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de los principios rectores del ordenamiento jurídico, penal, por no aplicación del artículo 138 C.P.

Cuarto.- Por infracción de ley. Se funda el motivo en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de los principios rectores del ordenamiento jurídico, penal, por no aplicación del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.1 y lo prevenido en artículos 21.2 y 21.3 C.P.

Quinto.- Por infracción de ley. Se funda el motivo en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto constitucional en su vertiente relativa al derecho a la tutela jurídica efectiva, por infracción del artículo 66 en relación con el 139 del C.P.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **D. Ramón**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 138 y 139.1 del Código Penal, en relación con el artículo 29 del referido texto legal.

Segundo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por contradicción entre los hechos declarados probados en el acta del veredicto, entre el hecho controvertido tercero y quinto ter.

Tercero.- Por vulneración de la Tutela Judicial Efectiva del 24.1 de la Constitución Española, al amparo del 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 63.3 de la Ley del Tribunal del Jurado, por manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados tercero y quinto ter y no haber devuelto el acta al Jurado.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la representación de la parte recurrida acusada Maite, quien impugnó el recurso de contrario, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 26 de abril de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la Representación Procesal de Pablo y de Ramón este último en concepto de Acusación Particular, contra la sentencia de fecha 17 de mayo de 2021 dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía, DIRECCION004 y DIRECCION005.

Hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".



En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que 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 de instancia. 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 de la Audiencia Provincial 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.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

RECURSO DE Pablo

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del art 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM por infracción del art 24.1 y 2 CE.

Considera el recurrente que se ha lesionado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado, al omitirse en la sentencia circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Debemos fijar, en primer lugar, que no puede plantearse esta alegación por la vía de la presunción de inocencia, lo cual ya supone de salida una incorrección procesal, ya que la inaplicación de circunstancias modificativas del art. 20 y 21 CP se alegan por la vía en casación del art. 849.1 LECRIM, y no por la vía de la presunción de inocencia, lo que ya daría a su desestimación porque se ampara este alegato.

Cuando se plantea la queja de la vulneración de la presunción de inocencia se refiere a la inexistencia de pruebas de cargo para la condena, pero no con respecto a que no ha aplicado el tribunal una circunstancia modificativa de responsabilidad penal, ya que ello supondría hurtar la fiscalización de la exigencia del respeto de los hechos probados que nada refieren sobre elementos que avalen la concurrencia de estas circunstancias que se alegan.

La queja por no aplicación del art. 20.1 y 2 en relación con el art. 21.2 CP solo puede proceder por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM.

Señala el recurrente que "no se aplica la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, eximente o atenuante de embriaguez. Y ello, pese a que el testimonio de los dos testigos que depusieron en el acto de la vista, Carlos Manuel y Ruth, reconocen que todo el grupo estuvo bebiendo durante más de seis horas, lo que de por sí es indiciario de una más que posible intoxicación etílica".

Añade también que "deberían haberse apreciado las anomalías o alteraciones psíquicas que padece Pablo, y ello pese a que consta que Pablo ha estado sometido a tratamiento psiquiátrico durante años en la prisión de DIRECCION006 por la psicóloga D^a Maite y la psiquiatra Dra. Rosalia, así como por el Dr. Celestino, en el centro penitenciario de DIRECCION007".



Señala que "se ha vulnerado el derecho a obtener tutela judicial efectiva y presunción de inocencia al haberse modificado por la Sala del TSJ los hechos declarados probados, en concreto, el párrafo 4 de los hechos declarados probados por la sentencia del jurado, "acto seguido Martín introdujo el cuerpo de Alberto en el maletero del vehículo desde el que había presenciado todo Maite , encerrándolo en dicho maletero imposibilitando definitivamente cualquier posibilidad de sanar sus heridas, de manera que acabó muriendo a lo largo de los minutos siguientes", sin que se produzca una motivación de dicha valoración".

Y que se ha vulnerado la presunción de inocencia.

Con respecto a esto último señaló ya el TSJ que: "*aparece perfectamente admitido de forma lógica y racional por el jurado que Pablo "tras coger un cuchillo cuya hoja media 20 cm de largo... Que tenía en el coche..." Apuñaló a Alberto en la forma que se describe, argumentando el jurado como varios testigos declararon haber visto el cuchillo en el maletero del acusado con las mismas características que el forense describe en su informe y que además dicho cuchillo también es compatible con las heridas de la víctima, según los informes forenses . El mismo acusado declara en el acto de juicio oral que Carlos Manuel le recriminó tener un cuchillo en el coche. No puede observarse en absoluto "el gran error" a que se refiere el recurrente y menos aún que vulnere su presunción de inocencia. La deducción del jurado es lógica, razonable y razonada en relación a que el arma (cuchillo) fuera el suyo, y con el que se causó la muerte. No puede revalorarse de forma diferente"*

Apunta también el Tribunal del jurado en la sentencia que el jurado:

"Afirman como acreditado que fue ella la que condujo el vehículo hasta que en el PASE0001 , el cuerpo cayó accidentalmente al suelo, probablemente porque el maletero no había quedado bien cerrado; considerando también acreditado que Martín viajaba en el asiento situado detrás, por los rastros de sangre hallados en la parte trasera del asiento del copiloto, desde donde podía esconderse mejor que conduciendo y desde donde efectuó los mensajes a través del DIRECCION002 a su amigo Carlos Manuel , mientras Maite conducía el vehículo, (Fotogramas del 7 al 11 y 14 y 1 5).

Así mismo el jurado ha considerado probado que Maite actuó en todo momento, ayudando al acusado, conduciendo el vehículo y deshacerse de las pruebas influida por el miedo a la dantesca situación que presenció, y ese miedo le anuló parcialmente la capacidad de entender y razonar lo que estaba pasando, viéndose superada por los hechos acontecidos en el momento, aunque fue capaz de conducir y continuó con el acusado, acompañándolo en los actos de destrucción de pruebas.

*En cuanto a los hechos contenidos en el hecho quinto del objeto del veredicto, aprobados por unanimidad, resultan acreditados, según el jurado, por pruebas concluyentes, las propias declaraciones de los acusados (que parcialmente los admiten), los agentes policiales NUM004 y NUM005 que registraron la casa y **encontraron la ropa en el contenedor de basura y el número NUM006 que encontró el cuchillo, la ropa con restos de sangre y el móvil y cuchillo calcinados**).*

Con ello, la prueba de cargo es contundente y hábil para enervar la presunción de inocencia con el haz de pruebas concurrentes que habilitan para la construcción del engarce de los datos o indicios que constan y que llevan a la convicción de la autoría además de la narración de los propios condenados. Y ello ya ha sido revisado por el TSJ en el análisis de la racionalidad de la valoración probatoria. No hay duda alguna acerca de la autoría del recurrente por el material probatorio existente.

Y añade la sentencia del Tribunal del jurado: *Declarar probado que Pablo causó de forma intencionada y alevosa la muerte de Alberto , siendo ayudado en parte por Maite , tras haber llevado a cabo Martín el apuñalamiento, teniendo Maite sus facultades volitivas e intelectivas disminuídas, debido al miedo insuperable que sintió ante la situación y la no exigibilidad de otra conducta, desvirtuando de forma plena el principio de presunción de inocencia....la mayor parte de los hechos que se han declarado probados, algunos de ellos, neutros, han sido aceptados por todas las partes, salvo evidentemente los que han determinado la culpabilidad del acusado como autor de un delito de asesinato alevoso.*

Con relación a la reclamación de circunstancia modificativa por estado de embriaguez, sobre este alegato ya señaló el TSJ al respecto que "*En cuanto a un posible estado de intoxicación etílica o medicamentosa alegado por el recurrente en el ordinal primero, es reconocido y aceptado que los acusados Carlos Manuel y Ruth y posteriormente Alberto estuvieron de copas la noche de los hechos. Pero el Jurado, en base a la declaraciones de los testigos que se encontraban con ellos (Carlos Manuel y Ruth) y que así lo declaran, entiende que la ingesta de alcohol esa noche no fue excesiva afirmando ver una conducta muy normal en Pablo . El jurado razona de forma coherente la posible afectación afirmada por la defensa en este motivo de recurso, para llegar a la conclusión de que no existe tal, de forma racional y en base a las pruebas practicadas a su presencia en una interpretación lógica y racional de las mismas".*



Con ello, el jurado rechazó la alegación de la embriaguez como circunstancia modificativa, ya que la circunstancia de que unas personas hayan estado tomando unas copas por la noche no le otorga ya a todos una especie de "cheque en blanco" para que si uno de ellos comete un delito, como aquí ocurrió, ya suponga la aplicación de una disminución de la responsabilidad penal. La circunstancia del nº 2 del art. 21 permite la aplicación de la atenuante de embriaguez cuando el actuar lo es "a consecuencia de su grave adicción", no por el hecho de haber tomado alguna bebida esa noche. Ni como atenuante y mucho menos como eximente puede apreciarse esta circunstancia que el jurado rechazó.

El propio tribunal del jurado ya rechazó las circunstancias modificativas apuntando que:

"El jurado sin embargo, ha sido claro y rotundo en estos extremos, manifestando que el acusado estaba con todas sus facultades mentales, ya que él estaba habituado al consumo de medicamentos y según los testigos (Carlos Manuel y Ruth) la ingesta de alcohol aquella noche no fue tan excesiva; además fue capaz de crear una coartada y de eliminar las pruebas que lo incumbían en el delito y según los forenses, Dr. Sebastián y Dr. Teodulfo , no existe ningún diagnóstico oficial que afirme que el acusado tiene esquizofrenia paranoide; lo que tomó aquella noche eran medicamentos tranquilizantes y todos los testigos afirman ver una conducta muy normal en Pablo y por último, los forenses también declararon que la mezcla de alcohol y medicamentos podría afectarle en una situación de estrés, pero no consideran que esta situación tuviera lugar cuando ocurrieron los hechos.

No puede obviarse que los médicos forenses que ratificaron su informe, sobre la imputabilidad del acusado, en el acto del juicio oral, manifestaron expresamente que el acusado tiene un DIRECCION008 derivado del consumo de tóxicos, pero que tiene capacidad para distinguir entre el bien y el mal, que no podían pronunciarse en cuanto al momento en que tuvieron lugar los hechos, porque fue explorado mucho tiempo después, no podían determinar qué había tomado aquella noche y cuál era su situación clínica en ese momento."

La determinación del alcance de esa intoxicación, susceptible de actuar como eximente o eximente incompleta y, sobre todo, la fijación de su ámbito respecto de la atenuante que contempla el art. 21.2 -actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior-, o de la atenuante analógica del art. 21.7 -cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores-, obligará a atender al grado de intoxicación, a la intensidad de la adicción que padezca el sujeto, el tipo de droga y a la forma en que la misma afecte a su organismo, entre otras causas.

Los requisitos que se exigen para apreciar esta atenuante:

1. La constatación de la grave adicción.
2. La adicción sea el motivo de la actuación delictiva.
3. La capacidad intelectual y volitiva del sujeto esté mermada, si bien de forma mínima.

Una vez constatada la adicción, deberá valorarse ésta como grave. Es el juez el que ha de valorar esa gravedad de la adicción de acuerdo con el criterio que da la experiencia. El número de años de adicción podría ser un dato para apreciar esta gravedad.

Es necesario, además, que la adicción sea el motivo o la causa de la actuación. Se hace referencia, por tanto, a la llamada "delincuencia funcional".

Aunque el Código no menciona la necesidad de que las facultades intelectivas y volitivas del sujeto resulten alteradas, éstas deben estarlo, puesto que el fundamento de la atenuante reside en que afecta a la imputabilidad del sujeto.

En los casos de adicciones leves, o mero consumo perjudicial, las facultades del sujeto no se ven mermadas y, en consecuencia, no hay ningún fundamento dogmático para aplicar una analógica en estos supuestos. Si el legislador hubiera querido atenuar estos supuestos hubiera bastado con suprimir del 21.2.ª el adjetivo "grave" pues, en todo caso, la analógica ha de ser de análoga significación no de menor significación.

No se puede hurtar el uso del art. 849.1 LECRIM para acudir a la presunción de inocencia para reclamar ante la no aplicación del art. 20.2 o 21.2 CP, y ello porque no consta en los hechos probados nada que verifique la aplicación de circunstancia modificativa que avale la aplicación de la eximente o atenuante de consumo de alcohol como grave adicción.

Así, consta en los hechos probados solo que: *"El acusado, Pablo salió en compañía de su pareja sentimental Maite en la noche del 29 al 30 de diciembre de 2018 y junto a dos amigos suyos, Carlos Manuel y Ruth , a cenar y a tomar algo en distintas lugares de la zona de DIRECCION000 , en Málaga, acabando finalmente en el bar DIRECCION001 , sito en la CALLE000 de Andalucía, de esta ciudad ." Y que A eso de las 4.20 horas abandonaron el local y tras comprobar que el resto de bares estaba cerrando, se subieron al vehículo marca Citroën matrícula NUM000 , propiedad de Maite y conducido por Pablo , en el que siguieron en amable compañía,*



dejando finalmente en su domicilio a Carlos Manuel y a Ruth , sito en CALLE001 NUM001 , continuando su marcha los tres, y tras **comprar algo de comer y beber en una tienda abierta** en horario nocturno, llegaron hasta la PLAYA000 (Málaga).

Nada permite deducir un consumo de alcohol que atraiga la subsunción de los hechos en la circunstancia del art. 20.2 o 21.2 CP. Ni hay intoxicación plena, ni hay adicción grave a consecuencia de lo cual se perpetra el hecho.

Del mismo modo en la sentencia del Tribunal del Jurado se rechazó esta circunstancia señalando en el FD nº 6º que: *También alegó la defensa las atenuantes de DIRECCION008 , intoxicación etílica y medicamentosa, pero de la misma forma el Jurado las ha desestimado, en razón a las explicaciones motivadoras ya señaladas, sin mostrar duda alguna, pues lo fueron por unanimidad en la votación, en base fundamentalmente a las declaraciones prestadas por los médicos forenses del IML de Málaga, Dr. Sebastián y Dr. Teodulfo .*

No hay prueba alguna, lejos del alegato que señala el recurrente de que la circunstancia de que dos testigos digan que estuvieron bebiendo es *indiciario de una más que posible intoxicación etílica*. Fue rechazada esta apreciación del jurado.

El mero consumo excesivo de alcohol no es suficiente para apreciar la exención, ya que éste, como apunta la mejor doctrina, únicamente produce una euforia o excitación nerviosa que afecta al carácter, pero no perturba la conciencia, siendo irrelevante para el Derecho, como han matizado las sentencias de esta Sala del TS de 17 de enero y 31 de mayo de 1997 de 17 de marzo de 1999 y de 8 de marzo de 2004. No obstante, si ese consumo excesivo es de tanta importancia que altera transitoriamente la personalidad, el comportamiento, la sensibilidad a los estímulos y relaja o incluso anula la voluntad, aflorando los instintos sin poder ser controlados, dándose una intoxicación alcohólica aguda (o denominada simplemente embriaguez y caracterizada porque dura un corto período de tiempo), se apreciaría la exención para el supuesto de que, en ese estado, se cometiera un acto delictivo, fijándose el nexo causal para determinar la imputabilidad, en función de la morfología del acto y el grado de intoxicación, pero ello no se dio en este caso, por lo que el tribunal del jurado y la sentencia del TSJ rechazan su admisión.

Respecto al estado mental del recurrente fue descartado por el jurado y dada respuesta por el TSJ, señalando que:

"Las tesis de los médicos forenses según las cuales el acusado tenía capacidad para distinguir entre el bien y el mal , entendiéndose que si además hubiera ingerido tóxicos y alcohol en cantidad suficiente, que como se ha dicho no ha quedado acreditada como excesiva, podría haber afectado algo a su capacidad intelectual y volitiva, y entonces "pudo haber en el momento de los hechos una disminución ligera en el control de sus impulsos". Esa ligera disminución no implica en absoluto excepción o atenuación de su responsabilidad a criterio razonable del jurado . Alegar ahora una situación de estrés cuando la tesis de la propia letrada es que estuvieron en una actitud amigable víctima y agresor durante toda la noche de fiesta y sin ningún conflicto existente entre ambos, podría permitir establecer la existencia de estrés tras producir la muerte, pero ninguna prueba aprecia el jurado de que la tuviera antes. Además todas las acciones desarrolladas inmediatamente después de los hechos por el acusado intentando buscarse coartadas, la forma de deshacerse del cadáver, del arma y de la ropa manchada de sangre, no evidencian el estrés o el trastorno a que se refiere el recurso del acusado. En consecuencia igualmente este extremo se considera perfectamente valorado y razonado de forma racional y coherente por el jurado en el apartado B (circunstancia atenuantes que han concurrido los hechos) Primera: 2) del acta de deliberación del objeto del veredicto de 27 de noviembre de 2020, para llegar a la conclusión antes expuesta, sin que exista error en la valoración de la prueba ni consiguiente vulneración del principio alegado".

El recurrente pretende alcanzar una deducción sin probanza adecuada de que estaba afectado por un estado mental que le producía una anulación de su capacidad intelectual y volitiva, lo que no concuerda con un proceder en el que se destaca que sabía lo que hacía y cómo lo hacía para poder cometer el hecho y anular las pruebas, pese a no conseguirlo finalmente. No existe prueba de que el acusado presentara alteraciones psíquicas que afectaran a su capacidad intelectual y volitiva. Y su modo de proceder el día de los hechos dista mucho de una conducta donde no exista una conciencia donde no fuera consciente de lo que hacía y de su gravedad.

Al contrario de ello, la Sala constata cómo los médicos forenses, única prueba practicada al efecto, son claros y contundentes, como se ha expuesto en la sentencia. La presunción no puede ser de que tenía afectadas sus facultades mentales de forma grave a modo de alteración psíquica por la que no podía comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Lejos de ello, la prueba lleva a entender que fue consciente de lo que hizo, y actuó a sabiendas de lo que estaba haciendo sin ninguna circunstancia que le impidiera saber y conocer el alcance de su actuación que fue dolosa. Actuó con conciencia y trató de destruir las pruebas,



consciente de lo que había hecho. No había afectación alguna de su inteligencia y voluntad respecto de lo que había hecho.

Respecto a la modificación del hecho probado el que se había redactado en un principio era el siguiente:

Acto seguido, Martin requirió la ayuda de su pareja, Maite, quien había presenciado todo desde el vehículo, para que introdujera el cuerpo, todavía con vida de Alberto en el maletero del coche, donde lo encerraron imposibilitando definitivamente y de mutuo acuerdo cualquier posibilidad de sanar de sus heridas, de manera que acabó muriendo desangrado a lo largo de los minutos siguientes.

Y luego el TSJ lo modifica este párrafo y concreta que:

"Acto seguido Martin introdujo el cuerpo de Alberto en el maletero del vehículo desde el que había presenciado todo Maite encerrándolo en dicho maletero, imposibilitando definitivamente cualquier posibilidad de sanar de sus heridas, de manera que acabó muriendo a lo largo de los minutos siguientes." Es decir, se suprime la actuación colaborativa de Maite, lo que no afecta al recurrente.

Señala, así, el TSJ que:

"Solo se introduce una idea nueva en el motivo quinto del recurso en orden a un presunto error de la Magistrada Presidente en los hechos probados de la sentencia (folio 4, párrafo 4 de la misma), cuando por la misma se recoge literalmente que "acto seguido, Martin pidió la ayuda de su pareja Maite, quien había presenciado todo desde el vehículo, para que introdujera el cuerpo, todavía con vida de Alberto en el maletero del coche, donde lo encerraron imposibilitando definitivamente de mutuo acuerdo cualquier posibilidad de sanar de sus heridas, de manera que acabó muriendo desangrado a lo largo de los minutos siguientes".

Entendiendo que contradice lo expuesto por el jurado en relación al hecho tercero cuando dicen "no podemos determinar si le ayudó a subir el cuerpo no, ya que no estén prueba concretas".

Asiste en parte la razón a la recurrente en cuanto la confirmación de la Magistrada presidente constituye un exceso, en cuanto a su función de complementariedad, en relación a lo declarado como no probado por el jurado en dicho extremo, por lo que procede no aceptar dicho hecho probado y sustituirlo por el siguiente, y ya expuesto con anterioridad, acorde con la decisión del jurado: el párrafo cuarto de los hechos probados, folio 4 de la sentencia, quedaría como sigue:

"Acto seguido Martin introdujo el cuerpo de Alberto en el maletero del vehículo desde el que había presenciado todo Maite, encerrándolo en dicho maletero, imposibilitando definitivamente cualquier posibilidad de sanar de sus heridas, de manera que acabó muriendo a lo largo de los minutos siguientes." Dicha conclusión de esta Sala no supone alterar lo resuelto por el jurado, si no antes lo contrario."

Lo que hace en este caso el TSJ es ajustar lo declarado probado por el jurado con lo que son los hechos probados, y, además, ello a quien beneficia es a la Sra. Maite al suprimir su responsabilidad en los hechos por el TSJ en virtud de la apelación deducida por ella.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849. 1 de la LECRIM por aplicación indebida del art. 139.1 del C. Penal.

Se incide en la inexistencia de prueba de cargo para la calificación de ellos hechos como asesinato y entiende que los hechos deberían calificarse en todo caso como homicidio.

Señala el recurrente que "es perfectamente factible la versión de Pablo, que produjo una discusión entre ambos y un forcejeo a consecuencia del cual fallece Alberto, siendo este último el que tenía la posesión del cuchillo que durante el forcejeo consiguió arrebatarle Pablo".

Esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.



Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Los hechos probados señalan que:

"Una vez en ese lugar, en torno a las 5.40 horas de la mañana, Martin , tras coger un cuchillo que llevaba en el coche, cuya hoja medía 20 centímetros de largo y en su parte más ancha, 4,5 centímetros, con un borde cortante y otro romo, salió del coche junto Alberto y se dirigió a la zona de la playa donde, con ánimo de acabar con su vida, de forma sorpresiva y por la espalda, la emprendió a puñaladas con él, quien apenas pudo hacer nada para defenderse, recibiendo, en incesante sucesión, 18 puñaladas....La víctima, Alberto , recibió nueve cuchilladas en la espalda, la mayoría en región escapular y dorsal izquierda, una en el costado izquierdo, tres heridas de características inciso punzantes en la cabeza y una sobre la oreja derecha y dos en la región occipital, otras tres en el cuello y dos heridas en el brazo izquierdo, más una en la mano, probablemente cuando levantó el brazo para defenderse.

Los hechos probados quedan perfectamente subsumidos en la concurrencia del asesinato con alevosía, ante la imposibilidad de defensa de la víctima en un ataque por la espalda. Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Es correcta la subsunción del hecho en el tipo aplicado, asesinato calificado por la existencia de alevosía en su comisión. Y es que efectivamente se afirma en los mismos la utilización por parte del recurrente de un instrumento perfectamente apto para causar la muerte de otra persona -cuchillo de hoja medía 20 centímetros de largo y en su parte más ancha, 4,5 centímetros, con un borde cortante y otro romo- que lo cogió del vehículo que estaban utilizando y asestó a Alberto que se encontraba totalmente desprevenido -de forma sorpresiva y por la espalda- 18 puñaladas en su mayoría idóneas para causarle la muerte.

En consecuencia, podemos fijar los parámetros que deben observarse en la apreciación de esta agravante que cualifica la causación de la muerte o su tentativa en asesinato, a saber:

1.- La alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

2.- Los tipos de alevosía son:

Alevosía proditoria, alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", alevosía de desvalimiento y alevosía convivencial.

3.- Debe valorarse:

a.- El punto de vista objetivo (Mayor antijuridicidad) en la conducta del autor por medio de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución, en cuanto tiende a la eliminación de la defensa.

b.- El punto de vista subjetivo, (Mayor culpabilidad) en cuanto el dolo del autor en su mecánica comisiva se proyecta no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél.



4.- La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

5.- La alevosía -la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones.

6.- Suele afirmarse que actúa con alevosía en quien "obra a traición y sobre seguro". Se enfatiza, así, el ánimo tendencial del sujeto, cuya acción homicida está filtrada por ese propósito más reprochable de obrar sobre seguro.

7.- Se trata de una inferencia del elemento intelectual que se puede deducir de las circunstancias concurrentes en la comisión que permite al juez o Tribunal la inferencia de ese dolo específico de cometer el delito con una intención dirigida a evitar o reducir las posibilidades de defensa, lo que se deduce por inferencia.

8.- En este tipo de casos puede apreciarse, por ejemplo, la intención del autor de evitar la huida de la víctima, asegurando la ejecución, como podría darse en un disparo por la espalda huyendo la víctima.

9.- La alevosía no requiere que la eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados y la tendencia a conseguir tal eliminación, lo que a su juicio supone que la alevosía no se excluye en los casos de intento de defensa cuando es funcionalmente imposible y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.

10.- La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación, pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

No desnaturalizaría la concurrencia de la alevosía el hecho de que la víctima se hubiera defendido de alguna manera, lo que no podría ser utilizado para evitar su apreciación si la agresividad desplegada, o el aseguramiento en la acción fueran circunstancias concurrentes. Por ello, aunque sea una circunstancia agravante calificada por la existencia de un aseguramiento del delito y una anulación de la defensa, operará también cuando concorra una "reducción de la defensa", por lo que aunque la víctima se hubiera defendido de alguna manera, ello no obstaculizará matemáticamente la construcción de la alevosía; es decir, no se trata de que se exija una absoluta anulación de la defensa, sino que, objetivamente, pueda apreciarse que las posibilidades de defensa se anulan o dificultan, por lo que habrá que apreciarlo caso por caso.

11.- En la alevosía sorpresiva el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime es la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

12.- La alevosía por desvalimiento consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa.

13.- En la proditoria o la traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza o de una situación confiada en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación o la situación de confianza existente, una agresión como la efectuada.

14.- Se ha admitido en ocasiones una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día.

Concurren en este caso los elementos característicos de la alevosía por la forma en que se perpetra el hecho y lugar donde se ubicaron las puñaladas de forma reiterada, lo que evidencia la clara situación alevosa como modalidad con la que se perpetra el crimen. Es claro el hecho probado determinante de la alevosía al señalar que *Con ánimo de acabar con su vida, de forma sorpresiva y por la espalda, la emprendió a puñaladas con él, quien apenas pudo hacer nada para defenderse, recibiendo, en incesante sucesión, 18 puñaladas.*

Refleja con claridad el TSJ en este motivo del recurso de apelación que: "El ataque fue sorpresivo y por la espalda, y por lo tanto alevoso, utilizando arma blanca que produjo la mayoría de las heridas, adecuadas para causar la muerte, en cuello y espalda, existencia de lugar oscuro y alejado, y ataque sorpresivo que imposibilitó la defensa de la víctima. Toda la prueba practicada y apreciada por el jurado para llegar a esta conclusión



vuelve a ser valorada de forma perfectamente lógica, coherente y razonable para llegar a la conclusión de que "fue dirigido por el acusado a la zona de playa donde con ánimo de acabar con su vida, de forma sorpresiva y por la espalda la emprendió a puñaladas con él, quien apenas pudo hacer nada para defenderse y que recibió cesante sucesión hasta 18 puñaladas".

La concurrencia de la alevosía determina que se trate de un asesinato y no de un homicidio con la claridad con la que llegó a ello el jurado respecto a la forma en que se sucedieron los hechos. El recurrente no respeta los hechos probados al articular el motivo por esta vía cuando con claridad el hecho probado determina la subsunción en la conducta alevosa determinante de un asesinato y no un homicidio.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849. 1 de la LECRIM por inaplicación indebida del art. 138 del C. Penal.

Se alega que "se ha lesionado el derecho de mí representado al ser condenado por un delito de asesinato, cuando debió ser calificado como homicidio, infracción por no aplicación del artículo 138 CP."

Se reitera el mismo motivo anterior que ya ha sido resuelto en el fundamento precedente.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849. 1 de la LECRIM por inaplicación indebida del art. 21.1 en relación con el 20.1.2. 3 del C. Penal.

Considera el recurrente que "se ha lesionado el derecho de mí representado al ser condenado por un delito de asesinato, sin aplicar ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal y sin una argumentación coherente para no hacerlo".

Este motivo se expone ahora por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM, que es como debe presentarse, y no por presunción de inocencia, como se hizo en el motivo nº 1. Pero ello exige el respeto de los hechos probados, como en el FD nº 3 se ha hecho referencia. Y ese mismo respeto de los hechos probados determina la desestimación. Nada hay en los mismos que permita la aplicación de los arts. 20.1 o 20.2 y 21.2 CP.

Se ha dado respuesta en el FD nº 2 de la presente resolución al rechazo a la concurrencia de ambas circunstancias modificativas de responsabilidad penal alegadas. El jurado las rechazó al no existir los requisitos que se exige para la concurrencia de ambas circunstancias ya expuestas anteriormente.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849. 1 de la LECRIM por inaplicación indebida del art. 139 en relación con el art. 66 del C. Penal.

Considera el recurrente que "se ha lesionado el derecho de mí representado al ser condenado por un delito de asesinato, sin aplicar correctamente las reglas de aplicación de las penas sin una argumentación coherente para no hacerlo".

Como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".

En cualquier caso, el recurrente vuelve a enlazar su queja con respecto a la no apreciación de las circunstancias modificativas de responsabilidad penal que no fueron apreciadas y que de hacerlo hubieran producido una rebaja de la pena, a lo que ya se ha dado respuesta.

El Tribunal del jurado argumentó la pena impuesta de 19 años de prisión en que "Es procedente imponer al acusado la pena de 19 años de prisión, por el delito de asesinato alevoso, resultando proporcionada la solicitada por el Ministerio Fiscal, ligeramente inferior al grado medio, en atención a las circunstancias concurrentes ya analizadas, teniendo en cuenta que no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, de acuerdo con el artículo 66.6 del CP, se impone en el grado medio la pena contemplada en el CP, que abarca una horquilla de 15 a 25 años de prisión, no considerando imponerla en el grado máximo (25 años)



como solicita la Acusación Particular que pretende la pena máxima, 25 años de prisión, en atención a la concurrencia de más de una de las circunstancias cualificadoras del homicidio, contempladas en el artículo 139 del CP, alegando la concurrencia de alevosía y premeditación, circunstancia que no está contemplada ni en el mencionado precepto ni tampoco en el artículo 22 del CP como agravante genérica; pero tampoco en el grado mínimo (15 años), no observándose, de acuerdo con los fundamentos contenidos en la presente resolución, circunstancias en cuanto a la naturaleza y gravedad de los hechos y especialmente, en cuanto a las circunstancias personales del acusado, (conducta observada por el mismo respecto de los hechos, la falta de asunción de responsabilidad por su parte, o de interés alguno en reparar el daño causado) que justifiquen la imposición de la pena en el grado mínimo" Existe argumentación suficiente al respecto de la gravedad de los hechos y la forma comisiva, circunstancia respecto de la cual no pudo pronunciarse el TSJ porque no se planteó ante el mismo este motivo, lo cual se verifica en este momento "per saltum".

Ya hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo 621/2021 de 13 Jul. 2021, Rec. 3697/2019 que: "No es posible blandir en casación pretensiones que no se articularon antes en apelación. Lo impide la naturaleza revisora del recurso de casación. Lo que se recurre es la sentencia de apelación. Cuando se está recurriendo de facto la sentencia del juzgado de lo Penal, se incurre en la causa de inadmisión del art. 884.2º LECrim. El recurso de casación permite exclusivamente analizar el acierto al resolver la apelación.

... Esa doctrina clásica adquirió nuevos perfiles y renovada aplicación ante la implantación de la segunda instancia en el orden penal. Es reiterada, con más extensión y ciertas modulaciones, aquí no apreciables, en la STS 67/2020 de 24 de febrero:

"... La jurisprudencia ha venido insistiendo en la necesidad de que las cuestiones que se plantean en casación lo hayan sido anteriormente en apelación. Así decíamos en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020 que " la existencia de un recurso previo de apelación impone la exigencia de que las cuestiones que se plantean en el recurso de casación lo hayan sido antes en aquel. Dicho de otra forma, en el recurso de casación no podrán examinarse cuestiones nuevas no planteadas en la apelación cuando el recurrente pudo hacerlo". (En sentido similar, entre otras, STS 781/2017, de 30 de noviembre; STS nº 451/2019, de 3 de octubre; o STS nº 495/2019, de 17 de octubre).

La jurisprudencia había admitido dos excepciones a esta doctrina general. Así, esta Sala había reconocido la necesidad de arbitrar un cauce absolutamente excepcional para aquellos casos en los que se alegue infracción de derechos fundamentales y aquellos otros en los que el planteamiento de la cuestión no suscitada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis (cfr. SSTS 683/2007, 17 de febrero y 57/2004, 22 de enero).

Sin embargo, estas excepciones estaban pensadas para los casos en que no existía otro recurso que el de casación, lo que justificaba un ensanchamiento de los cauces propios del mismo, lo cual ya no aparece como necesario al generalizarse la apelación, permitiendo al recurso de casación recuperar su esencia.

De todos modos, la segunda de las citadas excepciones, especialmente, estaba referida a los casos en los que, no habiéndose alegado en el plenario, la concurrencia de una atenuante o de un subtipo atenuado o de una circunstancia similar, resultara directamente de los hechos que el Tribunal había declarado probados la base fáctica que permitiría apreciar su concurrencia. Posición generalizable a cualquier otra alegación omitida que cumpliera esas exigencias. Así, el recurrente, aunque hubiera omitido indebidamente esa alegación en el plenario, podía reclamar en apelación la aplicación de aquello que resultara directamente de los hechos probados de la sentencia recurrida.

No ocurre así cuando ya existe un previo recurso de apelación. Esta alegación omitida en la instancia, es posible en ese recurso, pero si se prescinde de ella, como ocurre con cualquier otra en la apelación, nada justifica su planteamiento per saltum en casación.

Tampoco se justifica cuando se alega en casación una infracción de derechos fundamentales que no ha sido planteada en apelación. Esta Sala ha excluido del recurso de apelación las alegaciones amparadas en el artículo 852 de la LECrim cuando se trata de recursos contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias provinciales. Por lo tanto, el hecho de que se alegue la vulneración de un derecho fundamental no justifica por sí mismo que se examine la cuestión nueva en casación.

Además de estos supuestos que puedan encuadrarse en la noción de cuestiones de orden público, la jurisprudencia ha admitido otros casos que tienen una justificación diferente. Se trataría de cuestiones que, o bien no pudieron ser planteadas en el recurso de apelación, por razones obvias, o bien de cuestiones que, aunque desde otras perspectivas, en realidad ya habían sido planteadas en aquel recurso.

Así, en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020, se decía que esta doctrina general que limita las alegaciones en casación, " no impide que, excepcionalmente, en algunos casos se examinen por el Tribunal



de casación cuestiones que, en rigor, no fueron planteadas en la apelación. Como se ha dicho, en primer lugar, por razones evidentes, ello será posible en aquellos casos en los que la infracción denunciada se atribuya al tribunal de apelación, bien en la tramitación o bien en la resolución del recurso. En segundo lugar, prescindiendo de formalismos exacerbados y atendiendo al significado real de las cuestiones planteadas, en aquellos otros en los que lo planteado en casación resulte en realidad una distinta consideración de lo ya cuestionado en el recurso de apelación. Solo así se respetaría la estructura del proceso en relación a los recursos, y la misma naturaleza del recurso de casación. En sentido similar la STS nº 12/2017, de 19 de enero".

Aun así, todavía podrían plantearse supuestos en los que, muy excepcionalmente, se justificaría el examen de una cuestión no planteada en apelación.

Esta Sala ha admitido esa posibilidad cuando se trata de la prescripción o de otras cuestiones que deban apreciarse de oficio por los Tribunales. Así, en la STS nº 174/2006, de 22 de febrero. (...)

A esta posibilidad también se ha referido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la Sentencia de 17 de marzo de 2016, Bensada Benallal, (Cuando de conformidad con la legislación nacional, un motivo planteado por primera vez ante un tribunal nacional de casación, basado en la violación del derecho interno, sólo es admisible si es de orden público, un motivo basado en la violación del derecho a ser oído, tal y como garantiza el derecho de la UE, y que se plantea también por primera vez ante el mismo tribunal de casación, debe ser declarado también admisible si cumple las condiciones exigidas por la legislación nacional para ser considerado como un motivo de orden público, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente). En similar sentido la STJUE de 14 de noviembre de 2017, Caso British Airways contra Comisión Europea.

En definitiva, aunque las excepciones a la regla general han sido interpretadas y aplicadas en ocasiones con amplia generosidad, una vez que se ha generalizado el recurso de apelación, en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo".

La STS 345/2020, de 25 de junio, del Pleno de esta Sala Segunda refrendó ese criterio explayándose en argumentos en su apoyo. Esa pauta luego ha sido reiterada en múltiples ocasiones, tanto en sentencias, como en centenares de providencias de inadmisión."

En cualquier caso, las circunstancias modificativas de responsabilidad que sostuvo el recurrente fueron desestimadas y la fijación de la pena es acorde con la gravedad de los hechos y en el marco de la pena permitida y motivada por el tribunal.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Ramón

SÉPTIMO.- 1.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849. 1 de la LECRIM alegando vulneración de los arts. 138 y 139. 1 en relación con el art. 29 todos ellos del C. Penal.

Se queja el recurrente de que Maite ha pasado "de ser condenada la misma como cómplice criminalmente responsable de un delito de asesinato alevoso, con concurrencia de la atenuante muy cualificada de miedo insuperable, a la pena de 3 años y nueve meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, abono solidario de la responsabilidad Civil y costas; a ser absuelta con todos los pronunciamientos favorables".

En efecto, el Tribunal del jurado dictó sentencia señalando que:

" Que debo condenar y condeno a Maite , como cómplice criminalmente responsable" de un delito de asesinato alevoso, ya definido, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de miedo insuperable, ya definida, a la pena de 3 años y 9 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena ."

Sin embargo, el TSJ absuelve a la citada explicando que:

"Es un hecho incontrovertido y aceptado que Maite acompañó en el coche a Pablo y a Alberto hasta la playa donde ocurrieron los hechos, de forma voluntaria, quedándose en el coche mientras ocurrían los hechos declarados probados y antes expuestos entre Pablo y Alberto . Una vez ocurridos los mismos el jurado declara que no puede determinar si Maite ayudó o no a subir el cuerpo de Alberto al maletero del coche, por lo que hemos de entender razonablemente que el jurado no considera probado tal extremo, y en tal sentido procede modificar los hechos probados de la sentencia impugnada, como así se ha hecho a la vista y de los hechos declarados probados y aceptándolos no queda acreditada aportación organizativa, causal y efectiva de Maite a la producción de la muerte, ni en actos posteriores prometidos con anterioridad, no quedando acreditado para el



jurado que ayudara a subir el cuerpo al maletero del coche, sino que solo condujo el vehículo, cuando la víctima había fallecido momentos inmediatamente posteriores a su introducción en el maletero. No ha posibilitado con su conducta de conducir y esconder las ropas la ejecución del delito, ni ha facilitado o reforzado su ejecución.

Entendemos que, teniendo en cuenta la cantidad de puñaladas que recibe la víctima, la sangre vertida y las propias consideraciones del jurado según lo declarado por los forenses a su presencia en el Juicio oral, y declarando probado que la muerte se produce minutos después de ser introducido en el maletero, así como el lugar solitario y alejado donde se producen los hechos, era imposible que el agredido llegara con vida a cualquier centro donde pudiera ser atendido de las puñaladas recibidas y salvado su vida; es una inferencia lógica de las consideraciones del jurado sobre los hechos probados y los informes y declaraciones medico forenses.

Las actuaciones posteriores, pues, de conducción de vehículo con cadáver por parte de Maite y la ocultación de ropas serían pues, según la doctrina expuesta, actos de encubrimiento. Y teniendo en cuenta que tanto el Jurado como la sentencia reconoce, y es hecho no controvertido, que Maite y Pablo eran pareja sentimental al tiempo de ocurrir los hechos, entraría en juego la excusa absolutoria del art. 454 del Código penal cuando proclama que "Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1º del artículo 451."

Al hablar por tanto de error o infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos, hay que poner en relación los hechos probados con la calificación jurídica, y en este caso la subsunción de los hechos con la forma de participación de Maite no llevan a la consideración de su conducta como de complicidad en asesinato, sino de encubrimiento, con aplicación del art. 454 del CP, por lo que procede estimar el recurso en este punto y sustituir el dictado del pronunciamiento condenatorio por absolutorio en tal sentido sin necesidad de pronunciamiento sobre el motivo séptimo del recurso en orden a la pena a imponer".

Recordemos que a los efectos que nos interesa los hechos probados señalan que:

"Una vez en ese lugar, en torno a las 5.40 horas de la mañana, Martin, tras coger un cuchillo que llevaba en el coche, cuya hoja medía 20 centímetros de largo y en su parte más ancha, 4,5 centímetros, con un borde cortante y otro romo, salió del coche junto Alberto y se dirigió a la zona de la playa donde, con ánimo de acabar con su vida, de forma sorpresiva y por la espalda, la emprendió a puñaladas con él, quien apenas pudo hacer nada para defenderse, recibiendo, en incesante sucesión, 18 puñaladas.

"Acto seguido Martin introdujo el cuerpo de Alberto en el maletero del vehículo desde el que había presenciado todo Maite encerrándolo en dicho maletero, imposibilitando definitivamente cualquier posibilidad de sanar de sus heridas, de manera que acabó muriendo a lo largo de los minutos siguientes. (Hecho probado introducido por el TSJ modificando el que existía).

Justo después, la acusada condujo el vehículo en dirección a Málaga Este, mientras el acusado Pablo se sentó en la parte trasera del coche, tras el asiento del copiloto, cuya parte trasera dejó impregnada de sangre. Tras hacerlo, mientras iban en el vehículo Pablo mandó varios mensajes, vía DIRECCION002, a las 5.59 horas, a su amigo Carlos Manuel para tratar de simular que había dejado a Alberto previamente, de manera que cuando se descubrieran los hechos no le vincularan con ellos. Así le escribió "Pipa soy Martin mi mue ma dejao solo stoy solo y aburrio", "este se fue pa la PLAZA000 lo he dejao ayi" y "ase un rato".

Los acusados llegaron hasta la zona del PASEO000, donde en torno a las 6.10 horas y a la altura del Gran Hotel DIRECCION003, en el carril derecho, sentido Almería, de forma accidental, se abrió el maletero, que pudo haber sido mal cerrado, cayendo el cuerpo de Alberto al suelo, ya sin vida, saliendo del vehículo Martin, percatándose que había un vehículo detenido a unos metros del cuerpo, después de haberle atropellado, momento en el cual, también salió del vehículo Maite, poniéndose al volante Martin para a continuación salir huyendo del lugar, dirigiéndose a la casa de Maite."

Sí que es cierto que el TSJ señala que:

"En su argumentación en el párrafo segundo del acta de deliberación del objeto del veredicto cuando establece expresamente que "entendemos que al insertar a la víctima en el maletero ésta se encontraba con vida, por la cantidad de sangre encontrada en el mismo (dicha prueba se encuentran en los fotogramas número 8 al 11 y las imágenes con luminol 14 y 15). Además el forense don Fermín declaró que podía ser posible que la sangre fuese expulsada por los latidos de su corazón", lo que por lo tanto implicaría que se encontraba con vida cuando fue introducido en el maletero, ya sea con la participación o no de Maite en su introducción, pero con su perfecto conocimiento, estuviera este o no viciado por el miedo insuperable antes expuesto."... "alguna teniendo en cuenta lo que se argumenta por el mismo jurado y lo actuado en el juicio oral, por los propios médicos forenses que intervinieron en el juicio declaran que "todo hace pensar que el fallecido todavía viviera el momento de ser



introducido en el maletero, ya que su cuerpo aún seguía vertiendo sangre", y que "es difícil pronunciarse sobre el tiempo que tardó en morir ,pero poco tiempo, no mas alla de 15 minutos"... la declaraciones de los médicos forenses sobre las expuestas por agentes de policía científica a que se refiere el recurso, llegando a la conclusión razonada de que la víctima continuaba con vida en el momento de ser introducido en el maletero.

Ello no obstante queda claro de las declaraciones de los médicos forenses que murió instantes después de ser introducido en el maletero, pues si tardó en morir "no mas alla de 15 minutos" desde las puñaladas, mientras es trasladado al coche, introducido por Pablo en el maletero ese tiempo con vida que hubiera podido estar en el maletero era mínimo e imposibilitaría que llegara con vida a ningún lugar donde pudiera ser atendido."

La circunstancia de la muerte fue evidente y esta se produjo momento después a ser introducido en el maletero, pero no puede anudarse una participación de la Sra. Maite de forma tal que alcance la complicidad, y así lo determina el TSJ.

Hay que recordar que el hecho probado fue que *Martin introdujo el cuerpo de Alberto en el maletero del vehículo desde el que había presenciado todo Maite , encerrándolo en dicho maletero, imposibilitando definitivamente cualquier posibilidad de sanar de sus heridas, de manera que acabó muriendo a lo largo de los minutos siguientes .*

No hubo actuación en ese momento colaborativa de la Sra. Maite . Y es cierto, como señala el Fiscal de Sala, que ha de ponerse de manifiesto que la sentencia de apelación contiene una contradicción en los términos que se reflejan en los hechos probados por cuanto habiendo sustituido el párrafo anteriormente mencionado, para cambiar la calificación jurídica de la conducta de la Sra. Maite , ha omitido hacerlo, en aras a un criterio de congruencia, con un apartado posterior en el que se afirma: "Ha quedado acreditado que Maite ayudó al acusado a meter el cuerpo en el maletero del coche y a deshacerse de las pruebas debido al miedo ante la dantesca situación que estaba viviendo".

El TSJ ha retirado la calificación de la conducta de cómplice de la Sra. Maite y entiende que es encubrimiento aplicando el art. 454 CP.

Pues bien, con respecto a la complicidad y para categorizar los requisitos exigidos por esta Sala para fijar qué conductas probadas llevan a esta calificación ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 1238/2009 de 11 Dic. 2009 que:

"Como decíamos en la STS. 147/2007 de 28.2, la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

La complicidad -dice la STS. 1216/2002 de 28.6-, requiere el concierto previo o por adhesión ("pactum scaeleris"), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado ("consciencia scaeleris"), el denominado "animus adiuuandi" o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriadad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (SSTS. 5.2.98, 24.4.2000)."

También en la sentencia del Tribunal Supremo 338/2020 de 19 Jun. 2020, Rec. 4096/2018 hemos señalado al respecto de la complicidad que:



"La jurisprudencia ha precisado que el cómplice no es sino un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos, no solo del ejecutor material, sino también del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del hecho delictivo (art. 28). Se trata de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario, en la que el dolo radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución de un hecho punible (STS 15 julio 1982). Los actos realizados por el cómplice deben ser secundarios o accesorios y no indispensables para el logro del empeño delictivo (STS 9 julio 1984).

En suma, la complicidad requiere: el concierto previo o por adhesión a que el delito llegue a perpetrarse (pactum sceleris); la conciencia de la ilicitud del acto (conscientia sceleris); el denominado animus adiuuandi o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito; y, finalmente, la aportación del esfuerzo propio para la consecución de un empeño o empresa común (STS 7 junio de 1990). Su distinción con la cooperación necesaria (art. 28.b del Código Penal) se encuentra en la menor importancia de la colaboración en la realización de la infracción penal, pues en la del cómplice no se dan las circunstancias que definen la cooperación necesaria, esto es:

- a) La aportación de una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (conditio sine qua non),
- b) o la contribución con algo escaso que no es fácil obtener de otro modo, o
- c) con posibilidad de impedir la comisión de la infracción retirando su concurso (S 10 junio 1992).

De manera que el cómplice es un auxiliar del autor en el sentido amplio del artículo 28 del Código Penal, esto es, del ejecutor material, del inductor a la comisión del delito (art. 28 a), o del que participa en su realización con hechos esenciales (art. 28 b); contribuyendo a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del " iter criminis".

Con ello, el TSJ llega a entender que no existe conducta de colaboración activa de la Sra. Maite en los hechos, y ello es evidente, ya que:

- 1.- No participa en modo alguno en el crimen y los actos y hechos hubieran ocurrido igual sin ella. Pero estaba allí porque habían salido esa noche, pero ella no esperaba la conducta de su pareja ante el crimen que perpetró.
- 2.- No desarrolló actos ejecutivos de colaboración, e, incluso, no introduce el cuerpo en el maletero. Es hecho probado.
- 3.- Es cierto que ella condujo el vehículo, pero no como actividad colaborativa.
- 4.- La realidad de la destrucción de pruebas la lleva a cabo el primer recurrente, existiendo contradicción en los hechos probados cuando señala que ella le ayudó a hacerlo, lo que no puede perjudicarle la contradicción cuando se ha reseñado que fue él quien destruyó las pruebas y que quien subió el cuerpo al maletero fue él como el TSJ declara probado.
- 5.- Lo que hizo la Sra. Maite no fue colaborar en la ejecución de los hechos.
- 6.- Consta probado que Martin y ella eran pareja, pero no que ella participara en los hechos ni que ayudara a ejecutar el crimen. Su actuación no fue decisiva en actos colaborativos sin los cuales no se hubiera ejecutado el acto como se llevó a cabo. Acompañó a su pareja, pero no hubo actos de ayuda.
- 7.- Las actuación de la Sra. Maite no facilitó eficazmente la realización del delito de autor principal. Ni como principal ni como secundario.
- 8.- No hubo tampoco concierto previo o por adhesión de ella con él para hacerlo. En modo alguno consta probado.
- 9.- Ni tan siquiera se trató de una participación accidental y de carácter secundario. Los hechos hubieran ocurrido igual con su ausencia. Estaba allí porque era pareja del autor y porque esa noche salieron juntos.
- 10.- No concurre en ella el *animus adiuuandi* o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito.
- 11.- No cabe aplicar del impedimento de que no se aplica la excusa absolutoria en los supuestos del art. 451.1, ya que la Sra. Maite no *auxilió a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito*.
- 12.- Su actuación se "enraizó" en que era su pareja, y la muerte era el resultado inmediato a lo ocurrido dados los hechos probados en la forma de atacar el recurrente primero a la víctima. Lo que pudo hacer, o no la Sra.



Maite era inocuo e irrelevante. Actuó sin forma o fórmula colaborativa o auxiliar. No colaboró en modo alguno en lo ocurrido.

13.- Su actuación no fue una modalidad de la complicidad, sino una forma imperfecta de participación, posterior al hecho.

14.- La Sra. Maite no actúa en el crimen con una contribución ni tan siquiera secundaria a la comisión del delito mismo. No se trató de un diseño de planear que ella condujera el vehículo para escapar del lugar. No fue eso lo que ocurrió. Surgió de esa manera y ella fue la sorprendida de lo ocurrido. Su modo de actuar estaba relacionado con su relación con el autor. No hubo colaboración participativa. No se trató de que ella no pudiera actuar de otra manera distinta a cómo lo hizo, no se trata de inexigibilidad de otra conducta distinta, sino que no quedó probada actividad colaborativa. Simplemente, no participa en los hechos del crimen.

Pues bien, el TSJ señala para absolver que:

"No queda acreditada aportación organizativa, causal y efectiva de Maite a la producción de la muerte, ni en actos posteriores prometidos con anterioridad, no quedando acreditado para el jurado que ayudara a subir el cuerpo al maletero del coche, sino que solo condujo el vehículo, cuando la víctima había fallecido momentos inmediatamente posteriores a su introducción en el maletero. No ha posibilitado con su conducta de conducir y esconder las ropas la ejecución del delito, ni ha facilitado o reforzado su ejecución.

*Entendemos que, teniendo en cuenta la cantidad de puñaladas que recibe la víctima, la sangre vertida y las propias consideraciones del jurado según lo declarado por los forenses a su presencia en el Juicio oral, y declarando probado que **la muerte se produce minutos después de ser introducido en el maletero**, así como el lugar solitario y alejado donde se producen los hechos, era imposible que el agredido llegara con vida a cualquier centro donde pudiera ser atendido de las puñaladas recibidas y salvado su vida; es una inferencia lógica de las consideraciones del jurado sobre los hechos probados y los informes y declaraciones médico forenses.*

Las actuaciones posteriores de conducción de vehículo con cadáver por parte de Maite y la ocultación de ropas serían, pues, según la doctrina expuesta, actos de encubrimiento. Y teniendo en cuenta que tanto el Jurado como la sentencia reconoce, y es hecho no controvertido, que Maite y Pablo eran pareja sentimental al tiempo de ocurrir los hechos, entraría en juego la excusa absolutoria del art. 454 del Código penal cuando proclama que "Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.0 del artículo 451."

Al hablar por tanto de error o infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos hay que poner en relación los hechos probados con la calificación jurídica, y en este caso la subsunción de los hechos con la forma de participación de Maite no llevan a la consideración de su conducta como de complicidad en asesinato, sino de encubrimiento, con aplicación del art. 454 del CP, por lo que procede estimar el recurso en este punto y sustituir el dictado del pronunciamiento condenatorio por absolutorio".

Resulta, pues, evidente que la conducta de la Sra. Maite no fue de complicidad, como ya se ha expresado. Concorre el encubrimiento del art. 454 CP. Se refleja que la muerte ocurrió de inmediato al introducirlo, o minutos después, pero con carácter irreversible en la muerte tal y como se produjeron los hechos. No había otro resultado posible, por lo que no cabe sostener la tesis para excluir el art. 454 CP de que la muerte fue después a sus actos y/o pudo evitarse. Eso no consta.

La gravedad del hecho cometido por el autor directo le coge por sorpresa a la Sra. Maite sobre la que no constan probados actos ejecutivos colaborativos fuera de irse con él y llevar el vehículo, pero ello era para marcharse de allí sorprendida por lo ocurrido. Quien mata e introduce el cuerpo en el maletero fue él. No fue participe en modo alguno de lo ocurrido, de ahí que el TSJ la lleve al encubrimiento del art. 454 CP y a la absolución.

Con respecto al encubrimiento del art. 454 CP hay que recordar que se trata de una excusa absolutoria y añadir que bajo el nombre de "excusas absolutorias" se vienen comprendiendo un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica que, colocadas junto al delito a que afectan, son de difícil clasificación, pero prescindiendo de hacer un ensayo clasificatorio, la "propia" excusa absolutoria debe su origen a razones de política criminal que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presente en ellos las notas de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad.

Se trata de un "Favorecimiento real" que se refiere a las personas que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, intervienen con posterioridad a su ejecución "ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para



impedir su descubrimiento". Y en este caso la referencia a "con posterioridad" debe ponerse en el acento de la circunstancia de que el hecho de la muerte devino necesario e inmodificable, dada la gravedad de los hechos. La Sra. Maite no actuó como cómplice. No ayudó técnicamente a Martín, y en todo caso le encubrió en base a su relación de pareja, no por otro concepto, lo que atrae el art. 454 CP. El móvil principal fue ayudar como pudo a su pareja en actos puntuales que no hubieran alterado lo ocurrido, y ello atrae el art. 454 CP aplicado por el TSJ.

Debe no obstante tenerse en cuenta que la aplicación de esta excusa absolutoria no es automática, habiéndola rechazado esta Sala del Tribunal Supremo en algunos casos en los que la intención o móviles del encubridor no se correspondían con la razón de ser de la misma. Es decir, que el hecho de que al menos alguno de los favorecidos por el encubrimiento sea cónyuge o pareja análoga no significa que automáticamente el encubridor haya de quedar impune, pues para ello se exige que no haya obrado con finalidades distintas a las contempladas por la norma.

Es por ello por lo que la razón de ser de la excusa absolutoria se explica por esta Sala del Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de diciembre de 1986, que dice que se trata de supuestos en los que "la acción es el resultado de una dura alternativa en la que, por el orden natural de los afectos y razones de solidaridad familiar, es humanamente imposible un comportamiento distinto". Dichas razones de solidaridad familiar e inclinación de los afectos son de presumir en el caso de las personas unidas por matrimonio o por análoga relación de afectividad, pero puede demostrarse que dicha relación conyugal o afectiva con el autor (o coautor) del delito no haya sido la razón determinante del encubrimiento, lo que excluiría la aplicación de la excusa absolutoria. Así, en este caso así se entendió que la Sra. Maite actuó movida por esta relación y no pudo actuar de otra manera ajena a ello.

Evidentemente, si en el contexto de la acción no hay mero encubrimiento, sino participación por autoría o complicidad no puede entrar en juego el art. 454 CP, por ejemplo, si se demuestra que la forma de actuar implica una eficaz ayuda o favorecimiento a la persona con la que estaba sentimentalmente unida más allá de la mera acción de actuar para encubrir o escapar del lugar, que aquí es lo que hizo. Sin mayores aditamentos en cuanto a una participación activa de la Sra. Maite evidenciada por un pacto entre Notes Link <Notes:///C12572ED0041CABB//F884A69292FB8FDEC1258840002A9035> ambos de llevar a cabo esa conducta, lo que hubiera excluido la excusa absolutoria ex art. 454 in fine en relación con el art. 451.1º CP, pero no quedó acreditada esa participación de auxilio al autor eficaz en grado para entender que hubo una complicidad, y así lo razonó debidamente el TSJ.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 2.- Por Quebrantamiento de Forma, al amparo del art 851 de la LECRIM por contradicción de los hechos probados en el acta del veredicto entre los hechos controvertidos tercero y quinto ter (motivo segundo).

Es cierto que en el hecho 3 del Objeto del Veredicto por unanimidad, al determinar la conducta de Maite, el jurado afirma: "No podemos determinar si le ayudó a subir el cuerpo o no, ya que no existen pruebas concretas, pero si podemos probar que ella fue la que condujo el primer tramo hasta que el cuerpo queda en la calzada ya que..." Ello motivó, como se ha expuesto, que el TSJ modificara el apartado de los hechos probados excluyendo ese grado de colaboración de la Sra. Maite en ese acto. Y que en el hecho 5º ter) del Objeto del Veredicto por unanimidad afirma: " Aunque no se pueda afirmar fehacientemente, y solo contar con los testimonios de ellos, por sentido común entendemos que Maite ayudó al acusado a insertar el cuerpo en el maletero y a deshacerse de las pruebas debido al miedo a la dantesca situación que estaba viviendo".

En este sentido, el Jurado fue contundente al afirmar que no existen pruebas concretas que acrediten que la misma ayudó a Martín a subir el cuerpo de Alberto al maletero del coche. Y si no existen pruebas en tal sentido debe entrar en juego el principio de presunción de inocencia.

El TSJ viene a recordar en su sentencia que "Entendiendo que contradice lo expuesto por el jurado en relación al hecho tercero cuando dicen *"no podemos determinar si le ayudó a subir el cuerpo no, ya que no estén (querrían decir existen) pruebas concretas"* ". Por ello, modifica los hechos probados y modifica "en el párrafo cuarto de los hechos probados, folio 4 de la sentencia, quedaría como sigue:

"Acto seguido Martín introdujo el cuerpo de Alberto en el maletero del vehículo desde el que había presenciado todo Maite, encerrándolo en dicho maletero, imposibilitando definitivamente cualquier posibilidad de sanar de sus heridas, de manera que acabó muriendo a lo largo de los minutos siguientes."

Pues bien, lo que se deduce de lo ocurrido es que el jurado no tenía clara la colaboración decisiva en la Sra. Maite en que ella ayudó al primer recurrente a subir el cuerpo al maletero, y ello lo recoge claramente el TSJ y éste explica que se debió proceder a esa subsanación en la sentencia, pero, obviamente, en beneficio del reo por tratarse de una duda y por reflejarse que el jurado había entendido que no quedó claro que ayudara a subir el cuerpo. Es decir, que la actitud colaborativa al extremo de llevar a la complicidad su actuación no



es un extremo que quedara claro, y sí, sin embargo, que ella actuó con un miedo, y fija el TSJ que "El jurado entiende que la actuación de Maite fue debida al miedo por la dantesca situación que se encontraba viviendo declarando acreditado que "sintió un miedo que le anuló parcialmente la capacidad de entender y razonar lo que estaba pasando, ya que se vio superada por los hechos acontecidos en el momento". Por ello, los actos coetáneos y los posteriores están enmarcados en una actuación de temor por lo ocurrido y por su relación de pareja que no le permitía actuar de otra manera, por lo que le ayudó después en los hechos probados respecto a actos de encubrimiento no punible ex art. 454 CP, que es lo que acordó el TSJ y la razón de absolver a la Sra. Maite, por cuanto ella no actuó de forma participativa colaborativa en la ejecución del crimen, ni hubo un pacto previo de actuar y ser ella la que condujera el vehículo. No existió ese plan preconcebido. Ella se encuentra de repente en la escena de un crimen cometido por su pareja de forma brutal y al subir él el cuerpo en el maletero de la víctima, ya casi sin vida porque consta probado que moriría al poco tiempo, por lo que la circunstancia de que cuando él lo sube al maletero estuviera con vida no traslada a la Sra. Maite su condición de cómplice, porque nada pudo hacer para evitarlo, y su escasa posibilidad de hacer algo distinto presa del pánico le traslada la aplicación del art. 454 CP.

Su actuación fue movida por miedo y por encubrimiento a quien era su pareja que acababa de cometer un atroz crimen. Estaba en el "lugar equivocado" y en modo alguno fue buscado por ella de propósito para delinquir con su pareja. El autor y responsable penal fue él y la circunstancia de que ella le hubiere acompañado esa noche y se encontrara con la situación no la convierte por ello, sin más, en cómplice. Sí que es cierto que en estos escenarios la circunstancia de ser pareja no siempre suprime la responsabilidad por aplicar el art. 454 CP, pero debe haber actos colaborativos claves de auxilio eficaz en la contribución a los hechos, lo que no cuadra con la forma en la que en este caso se desplegó la actuación de la Sra. Maite, cuando ella, más que otra cosa, se encontró con lo realizado por su pareja, pero ni quiso participar por propia voluntad, ni pudo prever lo que su pareja llevó a cabo. La prueba evidente es que consta probado que fue ella la que acudió a comisaría al ser consciente de lo que había ocurrido y del crimen perpetrado por su pareja.

Pero la alegada contradicción no puede operar en su contra, y tener que aplicarse el beneficio del reo ante la conclusividad que refiere el TSJ de que ella no ayudó a subir a la víctima al maletero, que es lo que propició la modificación de los hechos probados por este. No puede, por ello, acordarse repetir el juicio con otro jurado y otro Magistrado Presidente cuando es cierto que se trata de una contradicción pero que debe beneficiar al reo en todo caso y ante la conclusión del jurado que motivó la nueva redacción de los hechos. Distinto hubiera sido al revés; es decir, una contradicción que perjudicara al reo, lo que hubiera determinado la repetición del juicio por existir una referencia a un hecho que le beneficiaba y que, sin embargo, se le hubiera tomado u optado por el que le perjudicaba.

En cualquier caso, como plantea el Fiscal de Sala no es momento procesal para plantear una cuestión que pudo y debió plantearse previamente, al menos, una vez conocidas las pretensiones de los condenados recurrentes y mediante la interposición de un recurso de adhesión en prevención de una resolución desfavorable a sus intereses, ya que por la acusación no se formuló recurso adhesivo ante el TSJ. Y, así, se debió provocar la actividad del actual recurrente, en cuanto la representación legal de la Sra. Maite formuló en tal fase pretensiones absolutorias precisamente apoyándose, entre otras cuestiones, en la contradicción entre el hecho probado referido a su participación y la decisión del Jurado plasmada en el objeto del veredicto tercero y haber interpuesto Recurso Adhesivo o Supeditado de apelación en previsión y a prevención de una resolución contraria a sus intereses y tampoco lo hizo. En el TSJ no se debatió porque hubo ausencia de planteamiento.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 3.- Al amparo del art 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM por vulneración del derecho a la Tutela Judicial Efectiva conforme al art 24.1 de la C. E en relación con el art 238.3 de la LOPJ y 63.3 de la LOTJ por manifiesta contradicción infracción entre los hechos declarados probados tercero y quinto ter y no haber devuelto el acta al Jurado.

Se reitera la alegada contradicción que ha sido ya resuelta en el anterior fundamento.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones del acusado Pablo y de la Acusación Particular Ramón, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal



del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de fecha 17 de mayo de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por indicado recurrente acusado y estimó el formulado por la representación de la recurrida acusada **Dña. Maite** , contra la sentencia dictada por la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado de fecha 2 de diciembre de 2020 de la Audiencia Provincial de Málaga, Oficina del Jurado, que condenó por delito de asesinato alevoso al recurrente acusado y a la recurrida acusada como encubridora de un delito de asesinato alevoso. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos y a la pérdida del depósito constituido por la Acusación Particular. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ