



Roj: **STS 4455/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4455**

Id Cendoj: **28079120012018100697**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/12/2018**

Nº de Recurso: **10487/2018**

Nº de Resolución: **696/2018**

Procedimiento: **Penal. Jurado**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 696/2018

Fecha de sentencia: 26/12/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10487/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10487/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 696/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 26 de diciembre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10487/2018 interpuesto por D. Sebastián , representado por el procurador D. Eduardo Martínez Pérez, bajo la dirección letrada de D. José Carlos García Hernández, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 28 de noviembre de 2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida D. Sixto , D^a. Belinda y D. Teodulfo , representador por la procuradora D^a. Arantxa Torrealdeay García, bajo la dirección letrada de D. José María Sastre Molina.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 7 de Madrid instruyó procedimiento del Tribunal del Jurado nº 1/2015, contra **D. Sebastián** , por un delito de asesinato y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo Sexta que en la causa de Tribunal del Jurado nº 373/2017 dictó sentencia el 12 de junio de 2017, que fue recurrida en apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que en la causa de Tribunal del Jurado nº 157/2017 dictó sentencia con fecha 28 de noviembre de 2017 que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<PRIMERO.- El acusado Sebastián , nacido en España el día NUM000 de 1981, sobre las 00.30 horas del día 14 de noviembre de 2015, fue a recoger a Genoveva , nacida en Bulgaria el día NUM001 de 1983, a su lugar de trabajo en el restaurante "Napoli Centrale", sito en la calle Galileo nº 12, de Madrid. Tras ello, fueron juntos a distintos bares de copas o discotecas de Madrid a lo largo de toda la noche, entre ellos Studio 54, para acabar en un bar de copas llamado Soniquete, en la calle Boix y Morer nº 22 , y finalmente en otro local llamado "After New Millenium", en la Avda. Pablo Iglesias nº 4, donde mantuvieron una discusión; regresando ambos en taxi , en torno a las 12:45 horas, al domicilio compartían de la CALLE000 , nº NUM002 , portal NUM003 , piso NUM004 , puerta NUM005 , de Madrid.

Una vez en el interior de la vivienda, Sebastián , con el propósito de acabar con la vida de Genoveva o pudiendo imaginar que ello iba a ocurrir, le propinó golpes en la cabeza, en la cara, en la boca, le dio mordiscos y le llegó a arrancar parte del hélix (borde de la oreja) y del lóbulo derecho, así como mechones de pelo. Seguidamente, el acusado, teniendo en su mano un cuchillo de la cocina de hoja recta de acero inoxidable y empuñadura de madera de 32 cm de longitud total (12 cm de empuñadura y 20 cm de hoja), con 4 cm de ancho y 2 mm de contrafile, asestó a Genoveva varias puñaladas en distintas partes del cuerpo, hundiendo y extrayendo el cuchillo varias veces en las zonas del tórax y abdomen de la víctima hasta que falleció por hemorragia masiva y lesiones penetrantes en el corazón.

SEGUNDO.- El acusado, Sebastián , causó a Genoveva las siguientes lesiones en las partes del cuerpo que se indican:

- CABEZA: Cara ampliamente contusionada, equimosis en región malar derecha, en pirámide nasal, en el párpado del ojo izquierdo, epistaxis en cara interna del párpado superior, cara interna del párpado inferior, ángulo externo de la conjuntiva. Equimosis nasal con heridas alargadas contusas con diversas direcciones; equimosis en región bucal externa desde la mejilla a la mandíbula, equimosis en labio superior. A éstas se asocian heridas en hemicara derecha (excoriaciones, lesión ovalada, lesión compatible con mordedura humana, en el pabellón auricular arrancamiento del hélix y parte del lóbulo con contusión en pabellón auricular y otophematoma; en hemicara izquierda, placa apergaminada en sentido vertical de 2x1 cm, otra de 0.5 en sentido vertical; en pabellón auricular izquierdo, contundido con equimosis, y equimosis en región inframandibular e infraauricular; en región nasogeniana, heridas entre el labio superior y los orificios nasales; y en la interior bucal, rotura del frenillo del labio superior, equimosis en cara mucosa de ambas mejillas, restos de sangre en el interior, no movilidad de piezas dentales; no se aprecian lesiones óseas faciales aunque sí movilidad del cartílago facial. En la barbilla hay dos heridas incisivas ovaladas y en la calota craneal, región occipitoparietal izquierdo, una zona con calvicie e infiltrado hemático.

- CUELLO: Herida incisa alargada de 4 cm de tamaño perpendicular al eje del cuello; en la base del cuello, por encima de la línea clavicular, herida incisa alargada que va desde el tercio externo de la clavícula izquierda al tercio interno de la clavícula derecha. Longitud de 14 cm y sobre la clavícula izquierda, herida incisa de 2 cm con separación de bordes de 0.5 cm con el borde superior contundido.

- TÓRAX: Tres heridas en ojal compatibles con arma blanca monocortante:

Herida nº 1, a nivel de tórax bajo, con un tamaño de 3.5 cm de eje mayor, 1.2 cm de máxima apertura; ángulo inferior y contundido y superior agudo; produce corte en cartílagos costales 7 y 8, secciona por debajo el diafragma, penetrando en hígado, 5 cm en el extremo más externo; hemoperitoneo.



Herida nº 2, en la cara inferior de la mama izquierda; herida en forma de ojal; 4 cm de eje mayor y 2 cm de separación de bordes, ángulo externo contuso, ángulo interno agudo y en el borde superior una pequeña prolongación con forma triangular.

Herida nº 3, se ubica en tercio superior del tórax izquierdo; tamaño 3 cm de eje mayor y 2 cm de apertura. A nivel interno, se aprecia que se atraviesan el lóbulo pulmonar izquierdo, el esófago y lóbulo superior del pulmón contralateral. De igual modo, se objetivan lesiones penetrantes en el corazón que seccionan por completo las paredes ventriculares, la primera horizontal en el ventrículo derecho, y la segunda casi vertical en el ventrículo izquierdo. Se secciona el diafragma y la lesión llega a penetrar en el hígado.

- TÓRAX Y ABDOMEN: Hematomas a nivel de parrilla costal derecha por debajo de la mama de 7x3 cm, hematomas en parrilla costal izquierda de 4 cm de longitud; hematomas de pequeño tamaño en cara externa del glúteo izquierdo; dos heridas en la espina ilíaca ovaladas.

- EXTREMIDAD SUPERIOR DERECHA: Equimosis de 6x5 cm en tercio medio de brazo derecho, otras de 3x1 cm y otras compatibles con digitopresión en la mitad inferior de cara interna del brazo. Erosión en el primer dedo en cara externa de articulación interfalángica.

- EXTREMIDAD SUPERIOR IZQUIERDA: Equimosis de 4x2 cm en el hombro. 6 heridas, como placas apergaminadas correspondiente a heridas incisas atípicas en forma de excoriación en zona que comprende tercio medio anterior hasta flexura del codo, de diferentes medidas (2,5 cm, 1 cm, 5 cm, 2 cm, 2.5 cm, 6 cm) y en la mano equimosis de 3x1 cm en cara externa de la muñeca izquierda, equimosis en el 2º metacarpiano.

- EXTREMIDADES INFERIORES: Infiltrado hemático en rodilla izquierda de 3 cm de características inespecíficas.

TERCERO (equivalente al sexto del objeto de veredicto).- La víctima, Genoveva, no pudo defenderse por la excesiva ingesta alcohólica que había consumido con anterioridad, que la dejó indefensa, por la superioridad física del acusado Sebastián, más alto y más fuerte que ella, y dado el carácter sorpresivo y repentino de su ataque. La posibilidades de defensa Genoveva estaban suprimidas en el momento de los hechos, situación de indefensión que aprovechó el acusado de manera alevosa, que acabó con su vida, empleando medios y formas tendentes directa o especialmente a asegurar la muerte de Genoveva, sin riesgo alguno para él derivado de la acción defensiva de ella, porque se encontraba inerte o indefensa en el momento de ser acuchillada por Sebastián, sea por la situación en que se encontraba en ese momento, bien por la rapidez u ocultamiento de la intención de Sebastián, que hizo que Genoveva no dispusiese de tiempo para precaverse y usar medios de defensa de los que pudieran derivar daños para Sebastián.

CUARTO.- (equivalente al octavo del objeto de veredicto).- El acusado Sebastián mantuvo desde finales de 2014 una relación sentimental con convivencia de aproximadamente un año de duración, cesada al momento de los hechos, con Genoveva, aunque seguían conviviendo en el mismo domicilio y mantenían contactos sexuales esporádicos, a pesar de haber cesado la relación sentimental entre ambos y haber iniciado otra relación con otra mujer.

QUINTO.- (equivalente al décimo del objeto de veredicto).- En el momento de los hechos, Sebastián tenía ligeramente disminuidas sus capacidades volitivas e intelectivas como consecuencia del consumo de alcohol y cocaína ingerido horas antes de la agresión a Genoveva. >>

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

<<**Fallo.** 1º DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Eduardo Martínez Pérez, en nombre y representación de D. Sebastián, CONFIRMANDO la Sentencia nº 350/2017, de 12 de junio, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado D. JOSÉ MARÍA CASADO PÉREZ, designado en la Sección Vigésimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa del Tribunal del Jurado nº 373/2017, procedente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 7 de Madrid (procedimiento del Tribunal del Jurado nº 1/2015).

2º. DECLARAR DE OFICIO las costas de este recurso. >>

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

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

Motivos aducidos en nombre del recurrente Sebastián



Primero.- Por Infracción de Precepto Constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la Tutela Judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española, al no haber admitido como objeto del veredicto un párrafo interesado por la defensa, habiéndose formulado la oportuna protesta.

Segundo.- Por Infracción de Ley, al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando dados los hechos que se declaren probados en sentencia, se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo, y en el caso concreto por indebida aplicación del art. 139.1 .1ª, al entender que no se da la circunstancia de alevosía que cualifica el homicidio en asesinato.

Tercero.- Por Infracción de Ley al amparo de lo preceptuado en el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, así esta parte entiende que debía de haberse apreciado la circunstancia eximente incompleta de embriaguez (del art. 20.2 en relación con el 20.1 del Código Penal) o subsidiariamente como atenuante muy cualificada.

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

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 18 de diciembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Sebastián

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, art. 24.1 CE, al no haber admitido como objeto del veredicto un párrafo interesado por la defensa, habiéndose formulado la oportuna protesta.

Afirma el recurrente que en el juicio oral ante el Jurado, la defensa al amparo del art. 53 LOTJ, solicitó la inclusión de un párrafo que decía textualmente:

"Que el acusado previamente a suceder los hechos, había sido amenazado y agredido por la víctima recibiendo varios puñetazos en el local Studio 54 y dos grandes bofetones en el local Milenium sin que llegara a responder a estas agresiones. Además, la víctima intentó agredir al personal de seguridad lanzándoles una piedra de grandes dimensiones".

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, rechaza el planteamiento de la cuestión asumiendo el criterio del Magistrado-Presidente por la irrelevancia de tales hechos para apreciar el miedo insuperable, dada la desconexión temporal con lo sucedido horas después en el interior de la vivienda, pero entiende el recurrente que en modo alguno se niega la existencia de tal circunstancia de agresividad y enfrentamiento de la víctima, simplemente se considera no necesario para acreditar la circunstancia aludida, cuando ese hecho en sí, de haberse incluido acreditaría la **inexistencia de un comportamientoalevoso** pues la víctima con su comportamiento podía prever perfectamente una reacción ante el mismo.

El desarrollo del motivo hace necesario efectuar una doble reflexión sobre la naturaleza del recurso de casación en relación a los juicios competencia del Tribunal del Jurado (SSTS 838/2014, de 12 de diciembre; 40/2015, de 12 de febrero; 497/2016, de 9 de junio; 240/2017, de 5 de abril; 225/2018, de 16 de mayo).

La primera que la casación en sus orígenes históricos no era sino *un control de legalidad*, referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en *garante y custodio del principio de seguridad jurídica*, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación *descansa sobre el recurso de apelación*, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumplía con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16



de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

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

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, *el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación*, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo y 1249/2009 de 9 de diciembre.

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala –SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional *cabe la revisión de los juicios de inferencia* que haya alcanzado el Jurado, pero *solo* a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 23 diciembre 2016, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia, ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del derecho que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

En esta dirección las SSTS 151/2014 de 4 marzo y 310/2014 de 27 marzo, recuerdan, que el recurso de casación en los procedimientos de Jurado 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". Más extensamente, la STS. 289/2012 de 13.4, señala: "Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. 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.

En definitiva, no podemos olvidar que el objeto del recurso de casación ya no va a estar dictado por la sentencia recaída en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con intermediación, sino por la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, al resolver -motivar- las cuestiones planteadas sobre la corrección de la primera instancia, en especial la insuficiencia o invalidez de las pruebas y la falta de racionalidad con la que aquellas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnatorio.

SEGUNDO.- Pues bien, en el caso presente tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular al impugnar el motivo sostienen que el denunciado defecto en la formación del objeto del veredicto no fue planteado en apelación en los mismos términos que ahora se hace en casación.

En efecto el recurrente solicitó, al amparo del art. 53 LOPJ -no olvidemos que dada la trascendencia del trámite que señala el objeto del veredicto, el legislador no ha excluido a las partes, muy al contrario, las ha otorgado una importante intervención, haciéndoles igualmente responsables de su contenido, en cuanto tienen



conferido el derecho a participar en su redacción definitiva mediante la oportuna audiencia, pudiendo solicitar las inclusiones y exclusiones que estimen pertinentes y pudiendo formular protesta respecto a las peticiones que fueran rechazadas, SSTS 487/2008, de 7 de julio; 454/2014, de 10 de junio; 40/2015, de 12 de febrero-añadir al hecho favorable B cuarto relativo al **miedo insuperable**, cuyo tenor literal decía: "el acusado al agredir a Genoveva en diversas partes del cuerpo y asestarle varias puñaladas con un cuchillo hasta matarla, lo hizo impulsado por el miedo insuperable de que Genoveva lo matara a él antes, debido a que ella previamente le había agredido con un cuchillo con el a que Genoveva le había hecho antes al menos dos cortes en el brazo, lo que le provocó un temor de tal intensidad que le privó de la capacidad de raciocinio y de su libertad de acción, como le hubiese ocurrido a la generalidad de las personas ante una situación semejante, siendo ese temor el único móvil de su acción", que el Jurado declaró no probado por mayoría de 8 a 1, el siguiente párrafo: "que el acusado, previamente a suceder los hechos, había sido amenazado y agredido por la víctima, recibiendo varios puñetazos en el local Studio 54 y dos grandes bofetones en el local Milenium, sin que llegara a responder a estas agresiones. Además, la víctima intentó agredir al personal de seguridad lanzándoles una piedra de grandes dimensiones". Esto es, esta inclusión fáctica se articuló por la defensa para hacer valer con mayor rotundidad la concurrencia del miedo insuperable en su actuación. Inclusión que fue rechazada por el Magistrado-Presidente por la irrelevancia de tales hechos para apreciar el miedo insuperable, dada su desconexión temporal con lo acaecido horas después en el interior de la vivienda.

Y la sentencia de apelación analiza esta cuestión articulada como motivo primero del recurso por "infracción de precepto legal y constitucional en la calificación de los hechos, al amparo del art. 846 bis c) letra b)" y no -como debería haber sido por el art. 846 bis c) letra a)" violación de la tutela judicial efectiva ... por incorrecta formación del objeto del veredicto, que es lo alegado en casación en el presente motivo casacional.

Pues bien, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia -que es la ahora recurrida- analiza la indebida inaplicación del miedo insuperable y razona como:

"Solo de una forma muy indirecta, en el primer motivo de la apelación, dice el recurrente que "Este primer motivo se centra en el hecho de que la sentencia ha omitido de forma flagrante, partiendo del relato de hechos probados, hechos absolutamente relevantes para establecer el carácter violento de la víctima, relacionado precisamente con el acusado, lo que viene a incidir en los hechos antecedentes a los acaecidos y que son objeto de enjuiciamiento". Pero no se refiere a la petición de inclusión en el objeto del veredicto del punto más arriba transcrito, sino a la aportación de una sentencia anterior del Juzgado de lo Penal nº 33 y a la valoración de diversos testimonios (que sí se refieren al incidente en el bar Milenium) concluyendo "que no se ha recogido en acta ninguna razón para la que se descarte el presupuesto fáctico del miedo insuperable o el arrebató" (nuevamente la letra negrita es nuestra).

Es decir, se está alegando, como señala el encabezamiento del primer motivo de la apelación la "infracción de precepto legal y constitucional en la calificación de los hechos, al amparo del art. 846 bis, letra b) de la LECrim." (suponemos que se refiere al art 846 bis c, letra b)), pero no a una violación de la tutela judicial efectiva por incorrecta formación del objeto del veredicto, art. 846 bis c, letra a), que es la alegada, novedosamente, repetimos, en la casación.

No obstante, la sentencia de apelación, la de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, que es la ahora recurrida, entra a tratar este tema en su fundamento jurídico quinto respondiendo al motivo primero del recurso, en el que se alega la indebida inaplicación del miedo insuperable. Y dice: "Sobre la base de estos datos hemos de analizar un motivo que técnicamente se articula con gran confusión, pues entrevera quejas de falta de completitud del objeto del veredicto con alegatos de indefensión y de indebida inaplicación legal" (nuevamente la negrita, nuestra). Por ello el TSJ entró a examinar la solicitud realizada por la defensa en la sesión del día 5 de junio de 2016 -ex art. 53 LOTJ-, incluso visionando su grabación llegando a la conclusión de que "tampoco existe sombra ni atisbo de indefensión, ni incorrección alguna por parte del Magistrado-Presidente al rechazar la solicitud de la defensa", cuando pidió la inclusión del párrafo más arriba expresado. Y se manifiesta a continuación en la sentencia recurrida:

"El Magistrado-Presidente rechazó esta inclusión por la irrelevancia de tales hechos para apreciar el miedo insuperable, dada su desconexión temporal con lo acaecido horas después en el interior de la vivienda. La defensa formuló la oportuna protesta.

Si bien se mira, en sentido estricto el recurso se queja de que no se hayan incluido en el objeto del veredicto hechos que acreditarían la agresividad de la víctima en horas anteriores a su muerte, como indicios que habrían de ser valorados para entender probado el miedo que motivó el actuar del acusado. Pues bien, no se puede pretender convertir el objeto del veredicto -que de modo principal es el hecho típico que sustenta la acusación- en una consignación de cuantos posibles indicios eventualmente pudieran dar lugar tras su valoración conjunta -pero sin la predeterminación lógica de que habla el art. 52.1.a) LOTJ- a entender acreditado el hecho



principal de la acusación o la alternativa de la defensa: el objeto del veredicto ha de ser claro y secuencial, pero no sustitutivo ni indebidamente condicionante de la valoración probatoria que haya de efectuar motivadamente el Jurado...

No hay indefensión de ninguna clase: la agresividad de Genoveva en horas precedentes a su óbito ha podido ser valorada por el Jurado, que ha presenciado los testimonios que menciona el recurso de apelación y ha tenido a su alcance la documental obrante a los folios 549 y ss. sobre la intervención policial de fecha 28 de junio de 2015. Y ya hemos dicho que, desde el punto de vista de la subsunción típica tampoco media infracción legal alguna: porque no se siguen de los hechos reseñados por la defensa evidencias que permitan atenuar la responsabilidad del acusado -lo que sería incluso apreciable de oficio por esta Sala respetando la declaración como no probada de la eximente completa-: más allá de desavenencias de pareja, y de discusiones después de haber dejado de serlo, entre el acusado y la víctima, de la agresividad de ésta frente a la mayor tranquilidad de aquél, nada se ha alegado con mínima virtualidad para acreditar que Sebastián actuó limitado en su capacidades volitivas e intelectuales por el temor de un mal hacia su persona que pudiera proceder de Genoveva".

En el recurso de casación el recurrente cambia su argumentación y entiende que esos episodios anteriores, no incluidos en el objeto del veredicto, tienen relevancia no ya para sustentar el miedo insuperable, sino que esa agresividad y enfrentamiento de la víctima es un hecho en sí que "de haberse incluido acreditaría la inexistencia de un comportamiento alevoso pues la víctima con su comportamiento podría prever perfectamente una reacción ante el mismo.

Argumentación que no puede considerarse razonable. En efecto el hecho de que horas antes de los hechos la víctima hubiera podido agredir con las manos al ahora recurrente no implica que tuviese que prever que ya en la casa podía ser agredida con la violencia que se detalla en los hechos probados y menos aún que la agresión llegara al extremo de con un cuchillo asestarla varias puñaladas en zonas vitales hasta producirle la muerte.

Esto es, no excluiría el posterior comportamiento alevoso del acusado y por ello no cambiaría la subsunción de los hechos en el delito de asesinato.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

TERCERO.- El motivo segundo por infracción de ley al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 139.1 CP al entender que no se da la circunstancia de alevosía que cualifica el homicidio en asesinato.

El motivo deviene improsperable.

1º En efecto, en cuanto a la alevosía, hemos dicho en SSTS 703/2013, de 8 de octubre; 838/2014, de 12 de diciembre; 114/2015, de 12 de marzo; 719/2016, de 27 de septiembre; 167/2017, de 14 de marzo; 240/2017, de 5 de abril; 299/2018, de 19 de junio, que el Tribunal Supremo viene aplicándola a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTS. 155/2005 de 15.2, 375/2005 de 22.3):



- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d) Y, en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001 de 13.2).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

- a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.
- b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime 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.
- c) alevosía de desvalimiento, que 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 invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS. 19.10.2001, es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

2º En cuanto a la alevosía sobrevenida se produce cuando no se halla presente en el comienzo de la acción, pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aunque sea de distinta forma o modo, durante el que surge el aprovechamiento de la indefensión del agredido, propiciada por la intervención de terceros o también por el propio agente (SSTS. 1115/2004 de 11.11, 550/2008 de 18.9, 640/2008 de 8.10, 790/2008 de 18.11). Existe cuando aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada.(SSTS. 53/2009 de 22.10, 147/2007 de 19.2, 640/2008 de 8.10, 243/2004 de 24.2).

3º Ahora bien cuando el ataque a la persona se produce desarrollándose en varios actos ejecutados sin solución de continuidad, si en el inicio de la agresión no es posible apreciar la alevosía a causa de la ausencia de sus elementos característicos, tampoco podrá estimarse su concurrencia valorando el eventual desvalimiento o situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima en los momentos finales de la acción, pues ésta sería una consecuencia natural de los primeros actos de agresión. Por lo tanto, solo será posible apreciar la



alevosía cuando la acción se haya interrumpido, para reanudarla posteriormente aprovechando la situación creada (STS. 1089/2007 de 19.12).

En igual sentido la STS. 357/2002 de 4.3, en un caso en que el acusado cogió a su esposa por el cuello presionando hasta que quedó desvanecida y como observó que seguía con vida la remató estrangulándola, no se apreció la alevosía sobrevenida, porque es preciso que se inicie una acción delictiva sin carácter alevoso y se continúe después otra distinta contra el mismo sujeto pasivo, lo que no ocurrió en el caso examinado, en el que hubo una única acción.

1. Es cierto que no faltan sentencias de esta Sala que entienden hay alevosía, en la modalidad de sobrevenida, en la acción de seguir golpeando a la víctima ya en el suelo e inconsciente y por tanto totalmente desvalida (SSTS. 1346/2005 de 21.10, 1271/99 de 20.9).

Esta doctrina ha sido matizada en la reciente STS. 104/2014 de 14.2 que recuerda que "Para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción. Aunque a algunas modalidades específicas parece connatural la alevosía -el veneno v.gr.- ni siquiera en esos casos son inimaginables supuestos en que no hay alevosía: -violento forcejeo en el que se acaba por reducir a la víctima para hacerle ingerir por la fuerza el veneno-. En concordancia con esta premisa general no puede afirmarse apriorísticamente que un estrangulamiento sea siempre alevoso. De hecho, en la jurisprudencia encontramos casos de asfixia por estrangulamiento catalogados como alevosos frente a otros en que se calificó como homicidio (SSTS 1068/2010, 2 de diciembre y 20 de diciembre de 2006, 1279/2006 ó STS 76172007, de 26 de septiembre, 162/2009, de 12 de febrero por recoger un par de precedentes en cada dirección).

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; hay que fijarse en el episodio en su conjunto y no solo en los avatares, que preceden inmediatamente al fallecimiento. Si fuese de otra forma sería harto infrecuente un homicidio consumado que no pudiese ser calificado de asesinato. Si se ha alcanzado el objetivo buscado es que finalmente se han superado los eventuales mecanismos de defensa; en definitiva, que se han anulado. El fallecimiento será la prueba de que se han laminado las posibilidades defensivas. Si pudieron existir, han sido abolidas. Hay que valorar la alevosía en un juicio ex ante: situarnos al inicio de todo el episodio. El último "navajazo", que después de una larga serie de ellos y un reñido enfrentamiento, se propina cuando la víctima ha sido despojada del arma que también portaba, y yace en el suelo malherida y ya sin la menor capacidad de reacción, no convierte en alevosa esa agresión que comenzó frente a frente y con ambos contendientes armados. El ataque que se inicia sin alevosía no se torna alevoso como consecuencia de los lances o circunstancias que pueden ir sobreviniendo, salvo cuando se produce una solución de continuidad, una cesura entre el inicial episodio y un nuevo acometimiento (alevosía sobrevenida); o un inesperado e inesperable cambio cualitativo.

En un estrangulamiento que ha alcanzado su objetivo letal siempre obviamente hay un momento en que la víctima está totalmente indefensa y desvalida. Pero eso no es definitivo. El factor decisorio es cómo se ha llegado a esa situación. Si se hace de forma sorpresiva e inopinada, cuando la víctima no puede esperar ese ataque; o a traición, abordándola por la espalda; o cuando la víctima se encuentra (se supone inicialmente, es decir sin que haya mediado ningún tipo de ataque o agresión) durmiendo o inconsciente (desvalimiento), habrá un asesinato. Cuando el estrangulamiento es el último acto ejecutivo de una agresión que comenzó de frente, con forcejeos, y, venciendo la resistencia opuesta por la víctima, se consigue doblegar sus esfuerzos por zafarse y postrarla sujetándole la garganta para asfixiarla, no hay alevosía. Esta ha de predicarse -con las salvedades hechas- de todo el episodio y no del instante final".

Por eso se considera concurrente la alevosía cuando por la forma del ataque o por el medio empleado al efecto puede afirmarse que el sujeto agredido quedó impedido para defenderse de manera mínimamente eficaz, por ejemplo, como señala la sentencia recurrida, hoy hubiera sufrido una obnubilación o un atontamiento a consecuencia de un golpe repentino propiciado por el agresor para, de inmediato, acabar con su vida mediante la comprensión del cuello con sus manos, con el brazo o de cualquier otra forma (ver STS 1035/2012 del 20 diciembre) en un caso de estrangulamiento precedido de un fuerte golpe a la víctima.

En el caso presente el informe forense, tras señalar que la lesión de impacto directo en el lado izquierdo de la cara, por el hecho de que tal golpe provocase un hematoma con características de vitalidad, fue previa al mecanismo que provocó la muerte, señala que "se puede correlacionar-en relación a los efectos en la víctima del golpe-, con provocar una disminución del nivel de conciencia y de esta forma ofrecer la víctima una resistencia mínima.

2. Igualmente hemos dicho STS 161/2017 de 14 marzo, la nota de conjurar el riesgo generable - es la más específica de la alevosía-. Ciertamente tal conjura, entendida como acción de impedir o evitar con previsión una



situación que puede resultar peligrosa (según diccionario RAE), puede procurarse bajo diversas modalidades de comisión. Así cuando la víctima está inerme o indefensa por sus propias condiciones personales o por la situación en que se encuentra. O cuando, por la confianza depositada en el autor, no se previene frente a eventuales ataques del autor del delito. O bien porque éste lleva a cabo sus actos cuidando, mediante la rapidez o el ocultamiento de su intención, de que la víctima no disponga de tiempo para precaverse mediante cualquier modalidad defensiva que implique precisamente eventuales daños para la persona del autor.

Por eso hemos dicho (STS 750/2016, de 11 de octubre) que para que exista alevosía, no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima, así como la facilidad que ello supone, refiriéndose a la indefensión sobrevenida, que se produce en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanude aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima. Es decir, según la jurisprudencia, la alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada.

En el caso, el acusado aprovecha el momento en que su víctima, que es su propia mujer, con la que convive, esta desprevenida en su domicilio. Es por ello que hemos dicho también que estamos en presencia, no solamente de un ataque sorpresivo sino lo que hemos denominado como "alevosía doméstica" (STS 39/2017 de 31 enero) que en palabras de la STS 527/2012 de 29 junio, se la ha designado como 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 1289/ 2009 del 10 diciembre, 16/2012 del 20 enero). Se trata, por tanto, de una alevosía 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.

Y en cuanto a la existencia de heridas de "resistencia mínima de la víctima", lo que denotaría que la víctima pudo defenderse, lo que impediría la aplicación de la alevosía, es reiterada la jurisprudencia de esta Sala -SSTS 106/2012 de 22 febrero, 455/2014 de 10 de junio- que tiene declarado que por lo que se refiere a la defensa pasiva de la víctima, entendiéndose por ello lo que hace la víctima para como consecuencia del natural instinto de conservación, tratar de autoprotegerse, lo que en el presente caso estaría constituido por levantar los brazos para intentar evitar los golpes, en tales casos, decimos, es posible la aplicación de la alevosía porque tal acción defensiva no supone ningún obstáculo para que la acción del agresor se lleve a cabo sin riesgo para él. En tal sentido, SSTS 743/2002 de 26 de abril. Y en el mismo sentido, SSTS 1378/2004 de 29 de noviembre para la que la alevosía no es incompatible con la existencia de "heridas de defensa" en la víctima, como cubrirse con manos y brazos para eludir los golpes, o la STS 1472/2005 de 7 de diciembre, y es que en tal escenario no existen posibilidades de defensa para la víctima, ni por tanto riesgo para los agresores.

CUARTO.- En el caso presente el motivo se articula por la vía del art. 849.1 LECrim, debemos por ello recordar la doctrina de esta Sala contenida, entre otras en SSTS 807/2011, de 19 de julio; 380/2014, de 14 de mayo; 86/2015, de 25 de febrero, que establece los requisitos del motivo casacional del art. 849.1 LECrim.

1) Respeto a los hechos probados. La casación por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado (STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". (STS 18-12-92). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil, cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " (STS 3-2-92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad



criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación.

Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero, "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim. El recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El 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 mas 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.

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.

Siendo así el Jurado declaró probado por unanimidad que una vez en el interior de la vivienda, Sebastián , con el propósito de acabar con la vida de Genoveva o pudiendo imaginar que ello iba a ocurrir, le propinó golpes en la cabeza, en la cara, en la boca, le dio mordiscos y le llegó a arrancar parte del hélix (borde de la oreja) y del lóbulo derecho, así como mechones de pelo. Seguidamente, el acusado, teniendo en su mano un cuchillo de la cocina de hoja recta de acero inoxidable y empuñadura de madera de 32 cm de longitud total (12 cm de empuñadura y 20 cm de hoja), con 4 cm de ancho y 2 mm de contrafilo, asestó a Genoveva varias puñaladas en distintas partes del cuerpo, hundiendo y extrayendo el cuchillo varias veces en las zonas del tórax y abdomen de la víctima hasta que falleció por hemorragia masiva y lesiones penetrantes en el corazón.

Y, tras describir el ingente número de lesiones producidas, señala en el hecho tercero:

La víctima, Genoveva , no pudo defenderse por la excesiva ingesta alcohólica que había consumido con anterioridad, que la dejó indefensa, por la superioridad física del acusado Sebastián , más alto y más fuerte que ella, y dado el carácter sorpresivo y repentino de su ataque. Las posibilidades de defensa Genoveva estaban suprimidas en el momento de los hechos, situación de indefensión que aprovechó el acusado de manera alevosa, que acabó con su vida, empleando medios y formas tendentes directa o especialmente a asegurar la muerte de Genoveva , sin riesgo alguno para él derivado de la acción defensiva de ella, porque se encontraba inerme o indefensa en el momento de ser acuchillada por Sebastián , sea por la situación en que se encontraba en ese momento, bien por la rapidez u ocultamiento de la intención de Sebastián , que hizo que Genoveva no dispusiese de tiempo para precaverse y usar medios de defensa de los que pudieran derivar daños para Sebastián

Mas allá de algún concepto que se acerca a lo jurídico, el factum relata la forma en que se produjo el ataque, La víctima, no pudo defenderse por la excesiva ingesta alcohólica, que la dejó indefensa, por la superioridad física del acusado, y dado el carácter sorpresivo y repentino de su ataque. A tal conclusión se llega, por otra parte, del examen de las pruebas practicadas tal y como se motiva en el veredicto y en la sentencia del Tribunal del Jurado redactada por el Magistrado Presidente.

La sentencia de apelación, que es la ahora recurrida, en su fundamento jurídico segundo, en el apartado 1, "criterios de enjuiciamiento", analiza el la alevosía y sus requisitos según la jurisprudencia. En el apartado 2: "La motivación del Jurado sobre el ataque sorpresivo y sin posibilidad de defensa y la argumentación de la Sentencia sobre la apreciación de alevosía", examina los elementos de prueba que tuvo en cuenta el Jurado para llegar a la convicción de que el ataque fue sorpresivo y sin dar lugar a la posibilidad de defensa. Y en el apartado 3, "aplicación al caso", examina ya la subsunción del relato de hechos en el art. 139.1. 1ª, es decir, la existencia de la alevosía: "La minuciosidad del Jurado -dice la sentencia- es, en este caso, grande y permite comprender las razones que, sin sombra de arbitrariedad y con prueba de cargo sobrada, le han llevado a concluir que, en las circunstancias del caso, Genoveva no tuvo una posibilidad real de defensa". A pesar de las imprecisiones que pueda mostrar el relato de hechos, lo relevante, sigue diciendo, es que el acusado se haya aprovechado de una situación de indefensión, cualquiera que sea su origen, único o plural. y esa situación de real indefensión de la que se prevale el acusado se declara probada de un modo cabal y suficiente por el Jurado atendiendo al nivel de alcohol en sangre de la víctima -suficiente para tener mermadas sus capacidades de defensa-, a la desproporción de fuerzas entre Sebastián y Genoveva , a la total ausencia de lesiones defensivas en Genoveva , a la falta de restos de sangre del acusado en el cuerpo de la víctima y a la expresa afirmación de que Sebastián no presentaba heridas que correspondan con acciones defensivas...



De todo ello extrae el Tribunal de apelación:

"Este Tribunal -siguiendo un criterio inveterado de la Sala Segunda- ha de considerar la Sentencia apelada como un todo -v.gr., mutatis mutandis, STS 996/2016, de 12 de enero de 2017 (roj STS 56/2017)-: no podemos ignorar el conjunto del relato de hechos probados -y la motivación al respecto de la Sentencia y del Veredicto- que no hacen sino corroborar, en perfecta coherencia interna, la concurrencia de alevosía en la acometida de Sebastián, que aquí se cuestiona: así cabe considerar, a mayor abundamiento de lo ya dicho, la circunstancia de que la agresión se produce en el interior de la vivienda en que residían el agresor y su víctima, sin presencia de terceros, así como el número y características de las lesiones causadas a Genoveva (hechos probados primero y segundo) -sin mínima reacción defensiva por su parte-, que evidencian una violencia en la acometida perfectamente congruente con la sorpresa de la agresión y, en todo caso, con el real desvalimiento de la víctima

Y concluye:

En suma: la Sala estima que, dado el conjunto de las circunstancias que concurren en el caso -considerado el marco total de la acción en un juicio ex ante-, el desvalimiento de la víctima era de tal entidad que cualquier posibilidad de defensa mínimamente efectiva -como demanda la jurisprudencia (v.gr., FJ 1º STS 639/2016, de 14 de julio (ROJ STS 3520/2016- era más quimérica o ilusoria que real. Sencillamente, ante un agresor y una agresión de las características que se han acreditado en autos la eficacia de la defensa de Genoveva era una pura entelequia. En el mismo sentido, SSTS 750/2016, de 11 de octubre (FJ 7.3, ROJ SIS 4521/2016) y 787/2016, de 20 de octubre (FJ 2, ROJ STS 4571/2016).

Argumentación de la Sala de apelación que se ajusta a las reglas de la lógica y es plenamente conforme con la doctrina de esta Sala Segunda que tiene en cuenta y reproduce.

El recurrente propone hipótesis diferentes a la recogida en los hechos probados, reiterando argumentos ya expuestos en el motivo precedente, lo que es ajeno a la vía casacional del art. 849.1 LECrim.

QUINTO.- El motivo tercero por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por haber existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Considera la parte que debía haberse apreciado la circunstancia eximente incompleta de embriaguez (art. 20.2, en relación con el 20.1 CP) o subsidiariamente como atenuante muy cualificada.

El motivo deviene improsperable.

Como con reiteración ha declarado la jurisprudencia, por todas SSTS 200/2017 de 27 marzo, 376/2017 del 24 mayo, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.



Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala - a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad según reiterada jurisprudencia de esta Sala -por ejemplo, STS 936/2006, de 10-10, 778/2007 de 9-10; 1148/2009, de 25-11- la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que del dato contradictorio así acreditado documentalmente era importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los supuestos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para no modificarlos (STS. 693/2015 de 12.11).

4) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.

Así la STS. 911/2013 de 3.12, recuerda "... dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posterioridad sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan".

Por otra parte, el error debe tener directa relación con lo que es objeto principal del juicio, aunque también hay que tener en cuenta que sí sobre el punto respecto del cual se alega el error se hubieran llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce entonces al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento o en los documentos especialmente traídos a colación, sino la que ofrece ese otro o esos hechos probatorios. De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del Tribunal de casación, lo que está vedado.

Y concluye la expresada resolución "la contradicción, en fin, ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completado aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultado de otros medios de prueba también disponibles por el Tribunal de instancia, que justificaron la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación, al menos evidente mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS. 6 y 24.9.2011).

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta de la establecida y consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.



Preveniciones todas estas omitidas por el recurrente que no cita documento alguno ni designa los particulares que evidencien error del Tribunal del Jurado en la valoración probatoria, al limitarse a alegar "de ahí que esta parte intenta ver según la documentación obrante en la causa -que no especifica- si ese consumo ya acreditado tuvo una intensidad relevante". Para a continuación referirse a diversos testimonios y a lo manifestado por el acusado a los médicos forenses, para concluir afirmando que "si se señala que la víctima tenía un alto contenido de alcohol en sangre, lo lógico es que Sebastián (el acusado) también lo tuviera", olvidando que las pruebas personales no son "documentos" a efectos casacionales y que el Tribunal del Jurado sí declaró probado el apartado décimo del objeto del veredicto "en el momento de los hechos Sebastián tenía ligeramente disminuidas sus capacidades volitivas e intelectivas como consecuencia del consumo de alcohol y cocaína ingerido horas antes de la agresión a Genoveva", y estima concurrente la atenuante analógica de drogadicción.

SEXTO.- Desestimándose el recurso, de conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Sebastián, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 28 de noviembre de 2017.

Imponer las costas al recurrente.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Carmen Lamela Diaz