

En la Villa de Madrid, a quince de junio de dos mil doce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Borja B.O., contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, que condenó al recurrente por delitos de agresión sexual y asesinato, y le absolvió de un delito de allanamiento de morada, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Fernández Múgica. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 17 de los de Sevilla incoó Procedimiento Abreviado con el núm. 1/2011, contra Borja B.O., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla (Sec. Primera) que, con fecha dieciocho de noviembre de dos mil once, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

“Primero.- En víspera de la noche del sábado al domingo del 6 de junio del pasado año 2010, el procesado Borja B.O. se cita con su amigo Moisés F.M. para ir a un festiva de “música electrónica” que se celebraría en el Estadio Olímpico de Sevilla. A las diez de la noche se encuentran los dos jóvenes y se trasladan al lugar de la fiesta en un coche que un amigo le ha prestado a Moisés.

Uno y otro habían quedado en la “Sala Goa” con un grupo de amigos, unos ocho o diez jóvenes. Empero, nada más llegar al punto de la cita, Moisés advierte que Borja ha desaparecido, proceder de todo punto extraño en su amigo. Pese a lo que lo llaman los amigos por teléfono en varias ocasiones, no consiguen averiguar dónde esté.

La fiesta se prolonga a lo largo de toda la noche veraniega, y termina sobre las ocho de la mañana del día siguiente, cuando concluye el concierto. Entonces

Moisés se dirige al coche estacionado, y espera a su amigo, en la seguridad de que aparecerá a esa hora.

Y en efecto, Borja se presenta, en un estado de agresividad que llama la atención de Moisés. Está borracho, o drogado, o ambas cosas a la vez, por lo cual aquél decide permanecer en el lugar a la espera de que a Borja le diera el aire y se le pasara el estado en que se encontraba.

Y en efecto, una hora y tres cuartos después, Moisés considera que su amigo se ha recuperado, y decide el regreso. Uno y otro suben al coche, en el que viajan hasta el domicilio del procesado, en la calle C., número 3, de la barriada de Parque Alcosa, en esta capital.

A las diez y cuarto, Moisés comprueba que su amigo entra en el portal del bloque de viviendas en que habita, y se aleja del lugar, y se marcha a descansar.

Segundo.- Borja sube las escaleras del edificio, y en el rellano del piso que ocupa se encuentra con su vecina D^a Efigenia G.L., una anciana (había nacido el 21 de enero de 1932) soltera, que vivía sola, que es de pequeña estatura, y extremadamente delgada y frágil (un metro cuarenta y cinco de altura, y cuarenta y tres kilos de peso). Los dos vecinos intercambian unas palabras entre ellos, como comprueba un tercer vecino, Fernando N., que ve al joven y a la señora mayor hablando en el rellano. Los saluda y sube a su piso, sin detectar la menor anomalía. Una vez en la planta superior, puede oír el ruido de la puerta del piso de la mujer, al cerrarse (sin golpe, portazo, ni estridencia).

Tercero.- En el que entran ella y el procesado, sin que exista evidencia alguna de que para la entrada, aquel tuviera necesidad de emplear ningún tipo de fuerza ni de violencia.

Y una vez cerrada tras ellos la puerta, el procesado, movido por un torpe deseo de satisfacer sus impulsos sexuales, se abalanza sobre la mujer, le propina varios golpes en la cabeza, con suma violencia (uno de ellos provoca una herida contusa), de tal manera que la anciana queda aturdida, conmocionada.

En esta situación en que la víctima está inerte, el procesado la desnuda de cintura para abajo, y la penetra, con una violencia que le provoca desgarramiento vaginal y contusiones.

Cuarto.- Una vez consumado el acceso carnal, el procesado toma un cuchillo de cocina con una hoja de ocho centímetros, y con el evidente deseo de matarla, le propina hasta veintiuna puñaladas, repartidas en todo el cuerpo: cuatro en la cara, diez en tórax y abdomen, y siete en los muslos y junto a los genitales externos.

Al menos tres puñaladas en el corazón eran mortales.

D^a Efigenia murió a consecuencia de ellas, en un momento no exactamente determinado, pero en cualquier caso no después de las doce del mediodía.

El procesado abandona la vivienda, en la que deja olvidados sus calzoncillos, su camiseta y sus calcetines, y entra en su casa.

Y desde una de las ventanas de esta, arroja el cuchillo al exterior, a una pequeña zona ajardinada que hay en el edificio.

Se ducha y se acuesta, y se duerme.

Quinto.- Horas después, aproximadamente a las 20.00, llama por teléfono a su amigo Moisés y le dice que tiene necesidad urgente de hablar con él sobre un asunto muy grave.

Literalmente, le dice: “me he cargado a alguien, me he cargado a alguien”.

En el momento de recibir la llamada, Moisés está con su novia en un parque que hay junto a la casa de Borja. Le dice a este que baje al parque, y enseguida se encuentran los dos amigos.

El procesado le dice: “tío, ayúdame que me he cargado a una persona”.

Seguidamente explica que por la mañana, al llegar a su casa, se había encontrado a la anciana vecina cuando abría la puerta de su piso, en el que entró con ella, cogió un cuchillo, y la apuñaló.

Especifica: “le he dado muchas puñaladas, en el ojo, en la cara...”.

Cuando los dos amigos están juntos, hace acto de presencia Carmen, la madre de Moisés, que conoce perfectamente al procesado (el trato entre ellos es cuasi familiar, constante), y que oye sus revelaciones, que le repite con todo detalle, sin que la mujer pudiera darle crédito dar crédito (sic).

Seguidamente el procesado explica a su amigo que ha tirado el cuchillo, dónde lo ha tirado, y le pide que lo ayude a localizarlo. Uno y otro acuden al lugar donde Borja lo había arrojado desde la ventana de la casa, y lo encuentran.

Moisés coge una bolsa de plástico que encuentra tirada, y haciendo uso de ella como si fuera un guante, recoge el cuchillo.

El procesado lo toma, y sin sacarlo de la bolsa, lo tira en el interior de un contenedor de basuras que hay en las proximidades, a unos cien metros de distancia, en la calle Ciudad de Paterna.

Hecho esto, el procesado llama por teléfono a su padre y le dice que tiene que hablar con él de un asunto muy grave, y con mucha urgencia. El padre, Antonio B.R. acude a la llamada de su hijo ya son las nueve de la noche -y éste le explica que ha discutido con una vecina, y que ha hecho algo muy gordo, sin dar más detalles. Moisés y su madre, que aún están con Borja, le cuentan al padre lo que acaban de oír de boca de aquél, que había matado a la vecina.

Sexto.- Aunque al Sr. B. le cuesta trabajo creer que sea verdad lo que está oyendo (su hijo siempre ha tenido buen comportamiento), decide acompañarlo a la comisaría de policía, para que explique lo sucedido.

De esta forma, padre e hijo se presentan en unas oficinas de la Policía Local situadas en Sevilla Este, y es el primero el que dice a la Policía: mi hijo dice que ha tenido una discusión con una vecina”.

No da más detalle.

El responsable de la oficina pregunta a Borja, quien se limita a decir que había tenido una discusión con la mujer, y que creía que le había hecho daño.

Desde las dependencias de la Policía Local se pasa aviso a la Nacional, y funcionarios de ambos cuerpos acuden a la vivienda de la infortunada anciana.

Gracias a la intervención de los bomberos, consiguen entrar.

Encuentran el cadáver sentado en el suelo, desnudo de cintura para abajo.

Recogen las prendas olvidadas por el procesado, y efectúan una inspección ocular, en la que comprueban que la vivienda está ordenada, no hay señales de lucha, aunque la cama presenta indicios de que alguien ha estado encima; hallan en el suelo una cadena rota, y en otra dependencia, una medallita, también el suelo. La ropa que falta al cuerpo está liada y tirada sobre el piso.

Siguiendo las indicaciones de Moisés, retiran los funcionarios el cuchillo del contenedor a donde había sido arrojado.

Séptimo.- A lo largo de la noche anterior, Borja, en la fiesta, había estado tomando bebidas alcohólicas, y había tomado distintas sustancias

estupefacientes, de modo que cuando suceden los hechos que acabamos de narrar, sus facultades intelectivas y volitivas están parcialmente atenuadas.

No sufre trastornos mentales ni psíquicos. Ni drogodependencia. Suele consumir estupefacientes, pero no de modo habitual, sino los fines de semana, para divertirse con sus amigos.

Octavo.- La víctima no tenía hijos, ni más familia que su hermana Blanca. Esta es tres años más joven. Hacía entonces varios que enviudó, de modo que las dos hermanas estaban muy unidas, compartiendo sus respectivas soledades y su vejez. Se reunían a diario.

A raíz de la trágica muerte de su hermana, le ha quedado a Blanca una patología psíquica que consiste en reacción adaptativa mixta, con sintomatología depresiva y ansiosa”.

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

“Fallamos.- Primero.- Absolvemos al procesado Borja B.O. del delito de allanamiento de morada por el que viene acusado, y declaramos de oficio una tercera parte de las costas causadas.

SEGUNDO.- Condenamos al mismo procesado, como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual y otro delito de asesinato, con concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de la responsabilidad criminal del art. 21.2 del Código Penal, a las penas de:

- Por el primero de los delitos, ocho años y once meses de prisión.

- Por el segundo, veintiún años de prisión.

En ambos casos, con las accesorias legales correspondientes.

Lo condenamos también a que indemnice a D^a Blanca G.L. en la cantidad de noventa mil euros.

Expresamente disponemos que no se podrá conceder al condenado el tercer grado penitenciario hasta que no haya cumplido la mitad del total de las penas que le imponemos.

Y para este cumplimiento, se le tendrá en cuenta el tiempo que ha pasado y que siga pasando privado de libertad por esta causa.

Declaramos la insolvencia del procesado, aprobado a tal efecto el auto dictado por el instructor en la pieza separada de responsabilidad civil”.

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el recurrente, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Borja B.O.

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECriminal por aplicación indebida del art. 179 del CP.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, por aplicación indebida de los arts. 138 y 139 del CP.

Motivo tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECriminal.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECriminal por indebida inaplicación de la circunstancia prevista en el art. 21 núm. 1 del CP, como muy cualificada en relación con el art. 66.1.2 del CP.

Motivo quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 24.1 y 2 de la CE, por vulneración de derechos fundamentales.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por Borja B.O., interesando la inadmisión de los motivos y subsidiariamente su desestimación; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día doce de junio de dos mil doce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos de casación se canaliza por el art. 849.1 -error iuris-, lo que comporta la necesidad de respetar de manera exquisita el relato de hechos probados como se desprende tanto de la propia descripción legal -"dados los hechos que se declaren probados" enfatiza el art. 849.1-, como de la naturaleza de la casación, ajena a temas de valoración de prueba salvo supuestos excepcionales, como también por fin de la causa de inadmisión prevista en el art. 884.3 correctamente invocado por el Fiscal para impetrar el rechazo a limine de este motivo.

El recurrente protesta por la condena en virtud del art. 179 del Código Penal. Pero no hay forma de negar la presencia de violencia como intenta el recurrente dados los hechos que se declaran probados: "el procesado movido por un torpe deseo de satisfacer sus impulsos sexuales se abalanza sobre la mujer la propina varios golpes en la cabeza con suma violencia (...), de tal manera que la anciana queda aturdida, conmocionada. En esta situación en que la víctima está inerme el procesado la desnuda de cintura para abajo, y la penetra, con una violencia tal que le provoca desgarró vaginal y contusiones".

Las consideraciones que hace el recurrente sobre alguna otra hipótesis - consentimiento- tan inverosímil como incompatible con las pruebas practicadas, están repelidas por un motivo de esta naturaleza. Como tampoco tendrían espacio alguno en un alegato por presunción de inocencia aunque de manera indulgente se reformatease el motivo para revisarlo desde esa perspectiva. La prueba pericial recogida en el segundo de los fundamentos de derecho de la sentencia es concluyente. Los médicos advirtieron al examinar el cadáver: esquimosis en la cara interna del labio mayor en los genitales externos, lado derecho; esquimosis en la cara interna de los labios mayores, tanto en el lado derecho como en el lado izquierdo; desgarró vulvar en la entrada de la vagina. La ausencia de restos orgánicos admite explicaciones varias, como las sugeridas por la Audiencia. El Fiscal recuerda para cerrar el argumento que no es necesaria la eyaculación. Con la penetración, el delito queda consumado. Si esa afirmación es tópica en la jurisprudencia desde tiempos históricos, hoy se convierte además en algo indiscutible. Desde que el art. 179, con mayor o menor acierto, ha acogido como supuestos de violación la introducción de miembros corporales equiparándola al acceso carnal, deviene insostenible cualquier replanteamiento de la cuestión del momento consumativo.

Conforme a reiterada jurisprudencia las causas de inadmisión se convierten en causas de desestimación en fase de decisión del recurso. De esa forma el motivo ha de ser rechazado.

SEGUNDO.- Se denuncia la aplicación indebida del art. 139, buscando desplazar los hechos desde el asesinato al delito de homicidio. Para eso se ataca la apreciación tanto de la alevosía como del ensañamiento. La acumulación de ambas circunstancias ha llevado en este caso, además, al art. 140. Son dos por tanto las pretensiones contenidas en este único motivo que en rigor debiera haber sido desdoblado conforme al viejo principio de separación de motivos que conviene recordar, por más que carezca lógicamente de virtualidad ninguna para eludir la respuesta a cada una de las pretensiones.

En cuanto al ensañamiento -el “lujo de males” de que hablaban los clásicos- los hechos probados también son tozudos: el acusado propina hasta veintiuna puñaladas repartidas por todo el cuerpo de la víctima -cuatro en la cara, diez en tórax y abdomen y siete en los muslos y junto a los genitales externos-. Para alcanzar el propósito de darle muerte era innecesaria esa cruel dispersión y reiteración de puñaladas, la mayoría de las cuales no eran mortales. El adverbio “inhumanamente” que utiliza el art. 139 para catalogar la actitud de

quien incrementa gratuitamente los padecimientos de la víctima, califica de forma expresiva lo que se relata sobriamente en los hechos probados y luego se adorna más retóricamente en los fundamentos de derecho, sin añadidos fácticos pero con expresiones más plásticas: “No es difícil imaginarse el sufrimiento y el dolor de la anciana indefensa, débil, caída y ultrajada, al sentir su carne desgarrada por una, otra y otra, y así hasta un total de 21 cuchilladas repartidas por todo su cuerpo hasta que sobreviene su muerte”.

La Audiencia no se deja llevar por una estimación intuitiva del ensañamiento. Es consciente de que conforme al texto legal y al fundamento de la agravación es exigible que quede probado ese mayor e “innecesario” para el fin pretendido dolor ocasionado. También el informe médico sirve de base al Tribunal para considerar acreditado ese extremo, incluso admitiendo hipotéticamente que una de las primeras puñaladas fuese ya dirigida al corazón. La muerte nunca es instantánea. La pluralidad de puñaladas propinadas, dirigidas la mayor parte de ellas a zonas del cuerpo sin riesgo mortal, no pueden responder a otra finalidad que la de causar un mayor sufrimiento a la víctima que aún percibe no sólo el daño físico de las cuchilladas, sino también el psíquico derivado de la proximidad de una muerte sobrevinida en una atmósfera de brutalidad vejatoria (STS 1109/2005, de 28 de septiembre).

Pero el recurrente hace discurrir su argumento en un plano diferente: aduce que la víctima podía estar ya inconsciente a causa de un golpe en la cabeza. Como igualmente observa el Fiscal en su impugnación, la sentencia no habla de inconsciencia, sino de aturdimiento y conmoción lo que no implica ni en la más generosa de las interpretaciones, pérdida de la capacidad de sentir.

En la reciente STS 467/2012 de once de mayo se decía que “el ensañamiento, entendido como el «aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido” (arts. 139.3 y 22.5 CP), concurrirá cuando el autor, con su conducta, además de perseguir el resultado propio del delito -en el asesinato, la muerte de la víctima-, cause de forma deliberada otros males que excedan de los necesariamente unidos a su acción típica y, por lo tanto, innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado, con sufrimiento añadido para la víctima (STS núm. 319/2007, de 18 de abril). Así pues, como expone el recurrente, efectivamente se requieren dos elementos:

- 1) Uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para lograr el resultado típico, que aumenten ese dolor o

sufrimiento, para lo cual resulta preciso que se produzcan sobre una víctima que aún conserve la vida; y

2) Otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no estén dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (SSTS núm. 1089/2007, de 19 de diciembre, ó 1554/2003, de 19 de noviembre, entre otras muchas). Por lo tanto, cuando el autor conoce que sus acciones previas ya son suficientes para causar la muerte, los actos añadidos, si objetivamente son adecuados para ello y no puede aportarse otra razón probable y verosímil, pueden atribuirse a su deseo de causar un mal mayor a la víctima (STS núm. 1109/2005, de 28 de septiembre). Y analizando un caso de reiteración de puñaladas no todas mortales, como el presente, se concluía en la correcta ubicación de los hechos en el art. 139.3.

TERCERO.- Tampoco es dable discutir la presencia de alevosía como intenta el recurrente en esta vertiente complementaria de su segundo motivo.

La alevosía según la conocida definición legal consiste en el empleo por el autor de medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. La STS 1429/2011, de 30 de diciembre vuelve a recordar los presupuestos de su concurrencia:

“En lo normativo que se trate de un delito contra las personas. Objetivamente que el modo o forma de actuar o los medios empleados resulten realmente funcionales para neutralizar cualquier defensa del ofendido y el correlativo riesgo para el autor. Subjetivamente que el autor determine su comportamiento incluyendo esa funcionalidad en su estrategia criminal con voluntad de aprovechamiento de los modos o formas y de los medios. Aún suele añadirse un cuarto requisito de mayor antijuridicidad en el caso concreto derivada del modo de operar y de su consciente aprovechamiento para blindarse el agente frente a la eventual reacción defensiva de la víctima.

(Vid STS de 19 de julio de 2011 resolviendo recurso 10304/2011 y las allí citadas)”.

La misma resolución haciéndose eco de una exposición repetidamente expuesta -la sentencia de instancia también la rememora- recuerda las modalidades de alevosía:

“a) Se califica de proditoria o traicionera la alevosía si el autor del delito utilizó la emboscada o la trampa para acechar a la víctima por el agresor;

b) Es, más genéricamente, sorpresiva cuando el ataque se efectúa en condiciones que sorprenden a la víctima y

c) También se considera alevoso el ataque a la víctima en situación de desvalimiento, de la que se aprovecha el autor, sin que la víctima, por su desamparo, (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc)... se encuentre en condiciones de articular defensa”.

Aquí confluyen dos de esas modalidades para proporcionar un soporte claro sobre el que construir la agravación. Eventualmente podría hipotetizarse sobre si uno solo de esos elementos hubiese sido suficiente (la elevada edad de la víctima). La respuesta debería ser muy probablemente afirmativa. Esa condición de las víctimas en determinados casos es elemento básico para apreciar la alevosía (SSTS 85/2009, de 6 de febrero, 384/2000, de 13 de marzo). Pero se hace más incontestable cuando se toma en consideración que se produce un ataque que no podía esperar la víctima de ninguna forma de un vecino conocido, con el que instantes antes estaba departiendo amablemente y que jamás había dado la más mínima muestra de agresividad u hostilidad; y que además se dirige contra una persona de setenta y ocho años, y de estatura y peso reducidos (un metro cuarenta y cinco; y cuarenta y tres kgr.). Ambos factores -vulnerabilidad de la víctima, agresión sorpresiva- se aúnan para configurar una situación alevosa (STS 415/2004, de 25 de marzo). La superioridad física es absoluta. Ello unido al factor sorpresivo hace inimaginable cualquier reacción defensiva o de resistencia con un mínimo de efectividad, por nimia que fuese. La alevosía está descrita en los hechos y acreditada por la prueba.

El segundo motivo ha de desestimarse igualmente.

CUARTO.- El motivo tercero busca cobijo en el art. 851.1 LECrim denunciando lo que entiende que es falta de claridad consistente en una descripción insuficiente en los hechos probados del acto de presentación en las oficinas de la policía local. Faltaría añadir que el recurrente iba a contar todo lo que podía recordar de lo sucedido (que no era demasiado, según su versión).

No puede hablarse de falta de claridad. La lectura del hecho probado sexto, como la de toda la sentencia, demuestra que la redacción es diáfana, limpia, sin dar lugar a confusión alguna. No hay defecto gramatical o de redacción alguno. Podría haber a lo más una disparidad entre lo que el recurrente quería que se diese como probado y lo que la sentencia da como probado. Pero eso en absoluto encaja en el motivo de casación invocado. Y esos hechos son insuficientes para la atenuante del art. 21.4ª que exige una “confesión”, no solo una presentación ante los agentes de la autoridad. Cosa diferente es que en su caso esa actitud pueda ser valorada por el cauce del art. 66 del Código Penal.

El motivo ha de fenecer igualmente.

QUINTO.- Distinta ha de ser la suerte que ha de correr el motivo cuarto pese a que no está correctamente enfocado. Se invoca el art. 849.1 y se reclama la cualificación de la atenuante apreciada en la sentencia y derivada de la afectación parcial de sus facultades intelectivas y volitivas como consecuencia de la ingesta abundante de bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes. Se menciona el art. 66.1.2 del Código Penal. Y, de manera poco congruente se vierten algunos razonamientos relacionados con la configuración más subjetivista del arrebató, obcecación u otro estado pasional. No es esa la atenuante que se ha apreciado ni su exégesis aporta nada para valorar la respuesta penal que hay que dar a quien actúa bajo en un estado de intoxicación derivado del consumo abusivo de drogas y alcohol.

Al hilo del razonamiento el recurrente acaba por citar el concepto clave a la hora de dilucidar esta cuestión: “eximente incompleta”. Eso es lo que ha apreciado la Sala de instancia, pese a la terminología ambigua y confusa que maneja. En el fundamento de derecho sexto de la sentencia al abordar la petición de la defensa de que se declarase exento de responsabilidad penal al acusado por virtud del estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas (art. 20.2), se razona de forma suasoria que no puede hablarse de intoxicación plena y se detallan las razones que llevan al Tribunal a descartar esa situación:

a) El tiempo que deja pasar su amigo Moisés antes de conducirlo a su domicilio esperando a que se recupere de su embriaguez. Sólo cuando comprueba que se encuentra en condiciones aceptables regresan;

b) La conversación que mantienen víctima y acusado y que es percibida por un vecino que no advierte incoherencia o cualquier otro rasgo en el recurrente que sugiriese un estado de embriaguez de dimensiones tales que supusiese la anulación de sus facultades intelectivas o volitivas;

c) El informe pericial del que se deriva que ese consumo previo podía acarrear un estado de fuerte desinhibición, pero no una anulación de su capacidad para comprender lo que hacía y comportarse conforme a esa percepción.

De todo ello la Sala de instancia deriva la aplicación de la circunstancia atenuante normal del art. 21.1, que por supuesto no cabe como muy cualificada, porque la merma de facultades intelectivas y volitivas es solo moderada. Desde el punto de vista jurídico-penal el concepto de atenuante normal no es en absoluto claro. Si con ello se quieren oponer las atenuantes ordinarias (normales) a las que por su intensidad son privilegiadas con un redoblado efecto atenuatorio (art. 66.1.2: que las cataloga como “muy cualificadas”), la expresión será incongruente con la aplicación del art. 21.1: ninguna de las circunstancias ahí recogidas es normal en ese sentido pues todas quedan sometidas a un régimen penológico especial: el plasmado en el art. 68 que supone la imposición de la pena inferior en uno o dos grados.

La mención en la parte dispositiva de la sentencia del art. 21.2 aumenta la oscuridad que en este punto presenta la sentencia de instancia -en contraste con su elogiada claridad y capacidad analítica y explicativa en todos los demás aspectos-. No parece que pueda ser esa la atenuante apreciada. No es lo mismo adicción que intoxicación. La condición de drogodependiente o alcohólico está expresamente descartada en los hechos probados. Se intuye más bien que se trata de una errata derivada bien de haber querido mencionar tanto el art. 21.1 como el art. 20.2 -para hacer una descripción completa- habiéndose producido una no querida fusión; bien de haber sustituido equivocadamente un guarismo. Esa mención del art. 21.2 no guarda coherencia alguna con el resto de la sentencia.

Otra explicación vendría de la mano de una intuición: se quiso aplicar una atenuante analógica del art. 21.6 (21.7 en la actualidad) en relación con los arts. 21.1 y 20.2. Esa calificación penal conferiría coherencia a las soluciones penológicas a que llega la sentencia y a algunas de sus expresiones (“atenuante normal”, “merma moderada” “no cabe como muy cualificada”). Sin embargo la interpretación en esos términos de la sentencia es manipuladora.

La Audiencia proclama en los hechos probados que concurría una mengua parcial de las facultades intelectivas y volitivas y sobre esa base aprecia la atenuante del art. 21.2, es decir una eximente incompleta. En ese contexto no cabe más que acudir a la regla penológica del art. 68 que obliga a rebajar la pena en uno o dos grados. La redacción originaria de la norma permitía alguna duda derivada del empleo del verbo “podrán” que alentaba una exégesis a tenor de la cual la rebaja era potestativa. Tal interpretación que llegó a contar con el respaldo institucional de la Fiscalía General del Estado fue tempranamente rechazada por este Tribunal de casación (Pleno no jurisdiccional de 23 de mayo de 1998). En 2003 el legislador consideró conveniente dar refrendo legal a esa interpretación jurisprudencial despejando cualquier equívoco. El art. 68 ya establece que cuando se aprecie la circunstancia primera del art. 21.1 “los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados”. Esa rebaja no es eludible de ninguna forma y no ha sido respetada por el Tribunal de instancia que, con olvido de esa norma, ha operado tan solo con el art. 66 imponiendo las penas en su mitad inferior al apreciar una atenuante (fundamento de derecho noveno). Es obvio que el art. 68 es regla especial frente al art. 66 y de aplicación preferente.

En ese sentido el motivo ha de ser acogido.

SEXTO.- Hay que añadir algo más sobre la procedencia de fondo de esa eximente incompleta. No se trata de un excurso superfluo, pues la estimación del motivo ha de llevarnos a dictar una segunda sentencia y, recuperando la instancia, imponer unas penas distintas que han de ser individualizadas motivadamente como ordena el art. 72 del Código Penal que, obviamente, también vincula a este Tribunal cuando pronuncia una segunda sentencia. Más específicamente el art. 68 impone atender al número y entidad de los requisitos que falten para apreciar la eximente completa a la hora de optar por la degradación simple o doble.

Y es que, en efecto, hay alguna base para entender que la aplicación del art. 21.1 ha sido posiblemente algo generosa en el contexto en que la sentencia sitúa los hechos. Quizás eso es lo que provocó que pasase inadvertida la regla del art. 68; o, a la inversa, no contar con el art. 68, pudo conducir a sobredimensionar los efectos de la embriaguez. No se trata de especular, sino de aclarar que la intoxicación etílica puede canalizarse también por la vía del art. 21.7 en relación con los arts. 21.1 y 20.1. Sus efectos exoneradores siempre están condicionados no sólo por su carácter absoluto, sino también por su génesis. Si ha sido buscada de propósito para cometer la infracción criminal o ésta no hubiese sido prevista o se hubiera debido prever no cabe la exención. En esa fórmula se ha visto la versión actualizada y más rigurosa del clásico requisito de la embriaguez fortuita o casual ahora más clarificado con la exclusión de la embriaguez culposa. La eximente incompleta queda reservada para los casos en que no exista una anulación total de las facultades, pero sí importante. En línea de principio se excluye la eximente, aun como incompleta, en los supuestos de embriaguez preordenada o culposa. La sentencia no considera estas condiciones adicionales de la eximente incompleta. Se limita a apreciarla (STS 348/2011, de 25 de abril). No existiendo una pretensión adhesiva que permitiese debatir sobre esos temas nos enfrentamos sin más a una sentencia que apreciando el art. 21.1 no opera con la regla penológica correcta. Es un supuesto idéntico al que analizaba la STS 137/2011, de 3 de marzo. También ahí la sentencia analizada en casación era equívoca pues tras invocar los arts. 21.1 y 20.2 hablaba de la “atenuante de consumo” o bien “atenuante de responsabilidad criminal” o “simple embriaguez” y procedía con el art. 66. En ese contexto hay que dar prevalencia a la inequívoca mención legal del art. 21.1 para entender que la Audiencia quiso aplicar una exención incompleta y que erró en el momento de individualizar las penas al omitir la regla del art. 68.

SÉPTIMO.- El quinto y último motivo del recurso utiliza la referencia a los arts. 24.1 y 2 de la Constitución para volcar algunas consideraciones que en concreto solo inciden en una supuesta vulneración de la presunción de inocencia en relación al delito de agresión sexual. Al desestimarse el primero de los motivos se explicó igualmente la base probatoria que fundamenta esa condena: una prueba pericial sometida a contradicción de la que se deduce de forma palmaria esa penetración sexual precedida de violencia.

El motivo está condenado al fracaso

OCTAVO.- Estimándose parcialmente el recurso interpuesto, han de declararse de oficio las costas (art. 901 LECr.)

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Borja B.O., contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, que condenó al recurrente por delitos de agresión sexual y asesinato, y le absolvió de un delito de allanamiento de morada, por estimación parcial del motivo cuarto de su recurso y desestimación del resto de los motivos. Y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha audiencia con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Cándido Conde-Pumpido Tourón.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Francisco Monterde Ferrer.- Antonio del Moral García.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de junio de dos mil doce.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 17 de Sevilla, fallada posteriormente por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, y que fue seguida por delitos de allanamiento de morada, agresión sexual, y asesinato contra Borja B.O., con DNI número; nacido en Sevilla el día 21 de septiembre de 1988, hijo de Antonio y de María Encarnación. Es soltero y no consta su profesión, si la tiene; carece de antecedentes penales y tiene instrucción; su solvencia o insolvencia no constan. Está privado de libertad por esta causa desde el día 7 de junio del

pasado año 2010. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, hace constar los siguientes:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan los antecedentes de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La apreciación de la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 del Código Penal obliga a rebajar las penas en uno o dos grados según dispone el art. 68 del mismo Cuerpo Legal. La entidad de la intoxicación etílica que el Tribunal de instancia considera moderada y la imposibilidad de calificar de “fortuita” o “inculpable” esa intoxicación conducen a optar por la degradación simple.

En el delito de asesinato del art. 140 CP esa minoración nos lleva a una pena comprendida entre diez años y diecinueve años, once meses y veintinueve días (art. 70). La especial brutalidad, tomada en consideración por la sentencia de instancia, la realización en la morada de la ofendida que no siendo agravante genérica ya, sin embargo sí es dato que comporta mayor antijuricidad, y las condiciones de ésta aconsejan la imposición de la pena en su mitad superior, sin dejar tampoco de sopesar la presentación voluntaria del condenado en la comisaría para no buscar tramos más altos. En tal contexto se estima ponderada la duración de dieciséis años de prisión.

En cuanto al delito de agresión sexual además de los factores arriba señalados ha de tomarse en consideración la especial vulnerabilidad de la víctima que, no habiendo operado vía art. 180 (que hubiera dado lugar a una pena de mayor gravedad), según explica el Tribunal de instancia por exigencias del principio acusatorio, puede ser elemento rescatable y valorable por la puerta que abre el art. 66 (inciso final del art. 68). Por tanto se reputa adecuado buscar los peldaños superiores de la pena imponible. Estando ésta comprendida entre tres años y cinco años, once meses y veintinueve días, se fija una duración de cinco años de prisión.

PARTES DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Borja B.O. como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato del art. 140 en relación con los arts. 138 y 139.1 y 3 y de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179, con la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.2, todos del Código Penal a las penas de:

A) Por el delito de asesinato, dieciséis años de prisión

B) Por el delito de agresión sexual, cinco años de prisión.

En ambos casos las accesorias legales correspondientes.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto no se opongan al presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Cándido Conde-Pumpido Tourón.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Francisco Monterde Ferrer.- Antonio del Moral García.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.