



Roj: **STS 1874/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1874**

Id Cendoj: **28079120012019100365**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/06/2019**

Nº de Recurso: **10675/2018**

Nº de Resolución: **295/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10675/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 295/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 4 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de Casación nº 10675/2018-P, por infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por **D. Ricardo**, representado por el procurador D. Silvino González Moreno, bajo la dirección letrada de D. L. M. Sanguino Gómez, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 19 de septiembre de 2018, que resolvía el recurso de apelación interpuesto por el acusado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda (rollo número 50/2017), con fecha 21 de mayo de 2018. En calidad de parte recurrida, la acusación particular Dª Secundino y otros dos, representados por la procuradora Dª. Pilar Moliné López, bajo la dirección letrada de D. Enrique Ugarte Blanco.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Vizcaya, el procedimiento de sumario ordinario con el número 919/2015, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de DIRECCION000, Rollo de Sala con número 3/2013, se dictó sentencia con fecha 21 de mayo de 2018, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El acusado D. Ricardo, sin antecedentes penales a la fecha de los hechos, fue notificado personalmente el día 7 de abril de 2015 de la medida cautelar impuesta en las DP nº 237/15 del Juzgado de Instrucción nº4 de DIRECCION000 mediante auto de fecha 7 de abril de 2015 por el que se le imponía durante la tramitación de la



causa la prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 300m a su exsuegro D. Secundino así como la prohibición de comunicarse con el mismo a través de cualquier medio, con la advertencia en el momento de su notificación de que incurriría en un delito en caso de incumplimiento.

No obstante lo anterior, sobre las 8,45h del día 10 de diciembre de 2015 condujo el vehículo marca Volkswagen Passat matrícula R-....-NQ hasta la CALLE000 de la localidad de DIRECCION001 , a sabiendas de que a esa hora su exsuegro pasaba por allí para llevar al colegio a sus dos hijas mellizas, María Rosa y Aurelia de 9 años de edad. Y cuando vio a los tres caminando por la referida calle dirigió su turismo hacia ellos hasta el punto de subirlo a la acera, pasando a escasos centímetros de ellos, realizado lo cual continuó su marcha.

Y sobre las 17,30h del día siguiente 11 de diciembre de 2015, el acusado condujo de nuevo su vehículo Volkswagen en busca de D. Secundino por la CALLE000 de DIRECCION001 y, una vez se percató de que caminaba por la acera con sus hijas aproximó a éste su coche para atropellarle.

En ese momento pudo observar que, en su acción de atropellar al primero, inevitablemente impactaría también contra alguna menor, a pesar de lo cual, y con el ánimo de acabar con la vida de aquél, aceleró su vehículo para dirigirlo contra él, ante lo que la menor Aurelia salió corriendo, no así en cambio la menor María Rosa que permaneció de la mano del padre, reaccionado éste moviéndose para elevar del suelo el cuerpo de María Rosa para eludir el atropello. Además que no evitó que la parte superior del cuerpo de la menor se proyectara sobre la luneta delantera derecha ni que al continuar el vehículo su marcha e impactar contra un muro de piedra resultara aprisionado su pie derecho entre el coche y el muro.

Como consecuencia del impacto del coche contra el muro, cayeron ambos al suelo, quedando el padre inconsciente.

Ante ello el acusado se bajó de su vehículo y se dirigió a D. Secundino , lo agarró por los hombros y arrastró unos metros hasta una zona de tierra y, continuando con la intención de acabar con su vida, a sabiendas de que había perdido el conocimiento y no podía reaccionar frente a sus actos, comenzó a saltar reiteradamente con ambos pies sobre su cabeza a la vez que le gritaba "te voy a matar", no cesando la agresión de no ser por la intervención de terceros que se acercaron para detenerlo.

D. Secundino , de 66 años, como consecuencia de los hechos sufrió lesiones consistente en policontusiones, traumatismo craneo-encefálico, traumatismo facial, múltiples fracturas faciales y diastasis de hueso malar en su apófisis orbitaria y en su apófisis temporal, así como fractura del cuerpo mandibular en su vertiente derecha y fractura de rama mandibular y cóndilo mandibular izquierdos. Así mismo, sufrió también una tumefacción de partes blandas preorbitarias sin datos de afectación del globo ocular ni de la órbita, hematoma palpebral blando superior e inferior de ojo izquierdo, hemorragia subconjuntival temporal y sin datos de lesiones intraperenquimatosas cerebrales.

El conjunto de dichas lesiones, aun no pudiendo descartarse que alguna de ellas tuviera su origen en algún mecanismo ligado al atropello, se produjeron como consecuencia de las patadas recibidas en la cabeza cuando estaba caído en el suelo.

Lesiones que precisaron de una primera asistencia facultativa, además de tratamiento médico, quirúrgico, cirugía plástica, tratamiento ortopédico y rehabilitador, habiendo invertido en su curación 231 días, de los cuales 8 fueron de estancia hospitalaria, 120 días impeditivos para el ejercicio de sus ocupaciones habituales y el resto no impeditivos para el ejercicio de sus ocupaciones habituales y el resto no impeditivos.

Residuando como secuelas las siguientes: material de osteosíntesis (placas y tornillos) en cuerpo y rama ascendente de mandíbula izquierda, en suelo de órbita izquierda, en cuerpo mandibular derecho, en zona de sutura frontomalar, con clínica de intolerancia; zona de hipoestesia en territorio del nervio infraorbicular y mentoniano izquierdos, con dificultad de adaptación de prótesis dental; cicatrices en zona de mucosa interna bucal y dos cicatrices visibles, hipercrómicas en unos 2 cm en zona laterocervical izquierda del cuello que le produjeron perjuicio estético; finalmente el lesionado también presenta cefaleas, algias y sensación de pérdida de sueño.

Por su parte María Rosa sufrió lesiones consistentes en fractura cerrada de hueso occipital, fractura de huesos propios de la nariz, fractura de espina nasal anterior de hueso maxilar y pérdida de sustancia grave en dorso de pie derecho con exposición osteocartilaginosa y tendinosa, con amputación distal de los dedos primero, segundo y tercero y fractura de cabeza del primer metatarsiano.

Dichas lesiones precisaron de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico, quirúrgico, cirugía plástica, tratamiento ortopédico y rehabilitador.

Habiendo invertido en su curación 222 días, de los cuales fueron 41 de estancia hospitalaria, 97 impeditivos para el ejercicio de sus ocupaciones habituales y el resto no impeditivos.



Y como secuelas le restan las siguientes: En el pie derecho amputación de los dedos primero, segundo y tercero, con muñón de discreta disestesia y perjuicio estético correspondiente; portadora de prótesis y plantilla para corrección de deformidad de muñón y venda de compresión; cicatriz discrómica de superficie irregular de unos 13x5 cm en el dorso del ante pie derecho; cicatriz discrómica de superficie irregular de unos 13x7cm en la zona del glúteo derecho correspondiente a la zona donante del injerto; y cicatriz localizada en la región occipital cubierta por el cabello. La menor precisará un seguimiento a largo plazo con revisiones periódicas del muñón, dolores en la zona, problemas dérmicos y osteomusculares y complicaciones relacionadas con la prótesis, con alteración de la marcha permanente. Así como un trastorno por estrés postraumáticos, en fase de cronificación, con mal pronóstico en su evolución futura, formación de personalidad y estado clínico que requiere de tratamiento médico.

Y su hermana Aurelia sufrió un trastorno por estrés agudo por el que precisó de tratamiento médico especializado, residuando preocupación, temor anticipatorio y somatizaciones, síntomas susceptibles de desaparecer en un futuro.

En el momento de los hechos el vehículo Volkswagen Passat matrícula R-....-NQ era propiedad del acusado se encontraba asegurado en la compañía de seguros Allianz.

No se formula reclamación económica en nombre de María Rosa y Aurelia al haber sido indemnizadas por dicha aseguradora.

Asimismo la reclamación efectuada por D. Secundino se ha visto reducida al haber sido indemnizado por la aseguradora en las lesiones y gastos derivados de la utilización del vehículo(sic)".

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

"1. -**C** ondenamos a D. Ricardo como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar a la pena de multa de 12 meses con una cuota diaria de 4€ y responsabilidad personal subsidiaria de i día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas.

2.- Condenamos a D. Ricardo como autor de un delito de tentativa de **asesinato** en concurso medial con un delito de quebrantamiento de medida cautelar a las penas de: diez años de prisión y multa de 12 meses con una cuota diaria de 4€ y responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a D. Secundino y a sus hijas María Rosa y Aurelia , a su domicilio, lugar de trabajo o estudios o a cualquier otro lugar donde se encuentren a una distancia inferior a 500 m y prohibición de comunicarse con ellos por cualquier medio o procedimiento por tiempo superior en 10 años al de la pena principal.

3.- Condenamos a D. Ricardo como autor de un delito de tentativa de homicidio a las penas de: diez años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a D. Secundino y a sus hijas María Rosa y Aurelia , a su domicilio, lugar de trabajo o estudios o a cualquier otro lugar donde se encuentren a una distancia inferior a 500 m y prohibición de comunicarse con ellos por cualquier medio o procedimiento por tiempo superior en 10 años al de la pena principal.

4.- En concepto de responsabilidad civil D. Ricardo indemnizará a D. Secundino en la cantidad total de 74.118,90€ por daños personales y gastos, cantidad que se incrementará en el interés legalmente previsto.

5.- Se le condena asimismo al abono de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular(sic)".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el acusado, en base al artículo 846 bis a) y al apartado b y e del artículo 846 bis c), en relación con el artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; y dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 19 de septiembre de 2018 , cuya parte dispositiva es la siguiente:

"Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, Dña. Verónica Blanco Cuende, en representación de Ricardo , contra la sentencia de fecha 21 de mayo de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección Segunda , en el rollo penal ordinario núm. 50/2017. Se imponen al recurrente las costas procesales causadas y devengas en esta instancia(sic)".

CUARTO.- Que en fecha 18/10/2018 se ha dictado auto aclaratorio de fecha con la siguiente parte dispositiva:

"No ha lugar al complemento de la sentencia que se solicitó por la Procuradora de los Tribunales Dña Verónica Blanco Cunde, en representación de D. Ricardo . Sin especial pronunciamiento sobre costas procesales(sic)".

QUINTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Ricardo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones



necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

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

ÚNICO.- Impugna esta parte la Resolución ya reseñada por vía del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la condena, en base a los hechos declarados probados en las Resoluciones impugnadas, por sendos delitos de homicidio y **asesinato** en grado de tentativa, este segundo en concurso medial con un delito de quebrantamiento de medida cautelar.

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

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 29 de mayo de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Vizcaya condenó al recurrente Ricardo como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar a la pena de doce meses de multa; como autor de un delito de tentativa de **asesinato** en concurso medial con un delito de quebrantamiento de medida cautelar a las penas de diez años de prisión y multa de 12 meses; y como autor de un delito de tentativa de homicidio a la pena de diez años de prisión. Contra la sentencia interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Contra esta sentencia interpone recurso de casación. En un único motivo, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), cuestiona la concurrencia de animus necandi y argumenta que lo primero a lo que es necesario comprobar es si las lesiones sufridas por las víctimas, el Sr. Secundino y su hija, comprometieron en algún momento su vida, lo cual no consta en ninguno de los informes obrantes en las actuaciones. Señala que, en el caso de la menor, hay un impacto con el vehículo que conducía el recurrente, que la lesiona gravemente, pero que no compromete su vida, sin que reiterase el atropello cuando el padre estaba inconsciente y la menor lesionada y ambos entre el vehículo y un muro. Y en cuanto a las lesiones del Sr. Secundino , no fueron causadas con el vehículo.

1. La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, para afirmar la existencia del ánimo propio del delito de homicidio, deben tenerse en cuenta todos los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; del comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende la existencia de agresiones previas, las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; del arma o de los instrumentos empleados; de la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; de la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; de la repetición o reiteración de los golpes; de la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y, en general de cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto. (STS nº 57/2004, de 22 de enero). A estos efectos, y aunque todos los datos deben ser considerados, tienen especial interés, por su importante significado, el arma empleada, la forma de la agresión, especialmente su intensidad, y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida.

Planteada la cuestión por la vía del artículo 849.1º de la LECrim , debe partirse de los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada.

2. En el caso, se declara probado que el recurrente, que ya el día anterior había hecho además de atropellar a su exsuegro Secundino con su vehículo, el día 11 de diciembre de 2015, conduciendo de nuevo el vehículo fue en busca del citado por la CALLE000 de DIRECCION001 , y una vez que se percató de que caminaba por la acera con sus hijas, aproximó el coche a aquel para atropellarle. Aunque fue consciente de que atropellaría también a alguna o a las dos niñas, aceleró el vehículo para dirigirlo contra él con el ánimo de acabar con su vida. Una de las menores salió corriendo y la otra, María Rosa , "permaneció de la mano del padre, reaccionando éste moviéndose para elevar del suelo el cuerpo de María Rosa para eludir el atropello. Además que no evitó que la parte superior del cuerpo de la menor se proyectara sobre la luneta delantera derecha ni que al continuar el vehículo su marcha e impactar contra un muro de piedra resultara aprisionado su pie derecho entre el coche y el muro". Como consecuencia del impacto del coche contra el muro, cayeron padre e hija al suelo, quedando el padre inconsciente. Ante ello, el recurrente lo agarró por los hombros y lo arrastró unos metros hasta una zona de tierra, donde, continuando con su intención de acabar con su vida, mientras que decía "te voy a matar", comenzó a saltar reiteradamente con ambos pies sobre su cabeza, no cesando con su agresión hasta la intervención de terceros.



Desde el punto de vista de la infracción de ley, consta en los hechos probados que el recurrente actuó con ánimo de acabar con la vida del atropellado y que era consciente de que atropellaría también a las dos menores o a alguna de ellas. O de la altísima probabilidad de atropellarlas. Se describen, por lo tanto, los elementos subjetivos de carácter fáctico que son necesarios para apreciar el dolo directo y el dolo eventual, en su caso, este último respecto de las menores.

Concurren, pues, en los hechos que se declaran probados todos los elementos exigibles para apreciar que la acción del recurrente se dirigió contra la vida de las dos personas, padre e hija, que caminaban por la acera. La intención de causar la muerte con la acción que se ejecuta, directamente encaminada a ese fin. O el conocimiento del alto peligro no permitido originado para la vida de la víctima con la acción que se va a ejecutar, así como la decisión de ejecutarla a pesar de ese conocimiento.

En cuanto a los elementos acreditativos del solo homicida, es claro, y no se discute, que el recurrente ejecutó la acción voluntariamente. Es evidente que no ignoraba, por otro lado, que un vehículo es, por su peso y por la contundencia de sus materiales, un instrumento especialmente peligroso e idóneo para causar la muerte cuando, aprovechando la fuerza de desplazamiento que le confiere su motor, se dirige directamente contra el cuerpo de una persona. La potencialidad de ese instrumento para comprometer la vida del agredido en esos casos, es evidente.

El recurrente hace referencia a que es necesario, para apreciar animus necandi, que las lesiones causadas por la agresión comprometan la vida del atacado. Sin embargo, aunque este es un aspecto no desdeñable, lo que resulta decisivo para valorar si la acción se dirige contra la vida, con dolo directo o con dolo eventual, es la capacidad o potencialidad letal del arma o instrumento utilizado en la agresión y la forma en que ésta se ejecuta.

En el caso, se dirige el vehículo voluntariamente contra el padre y la hija que caminaban por la acera, sin protección alguna, de manera que lo que se pretende es la colisión del vehículo contra sus cuerpos. Se hace efectivamente así, hasta el punto de que después de golpear al padre dejándolo inconsciente, y de golpear con el cristal del parabrisas a la menor, el vehículo impacta contra un muro de piedra, aprisionando el pie derecho de ésta y causándole serias lesiones en el mismo.

Y, finalmente, la intención del recurrente respecto de Secundino se demuestra de forma complementaria con la agresión directa que siguió al intento de atropello, saltando reiteradamente sobre su cabeza con todo el peso de su cuerpo, mientras decía "te voy a matar". Queda constatada pues, la concurrencia del dolo homicida.

3. Por otro lado, como señala el Ministerio Fiscal, esta alegación no se planteó en el recurso de apelación, lo que conduciría a la inadmisión de este único motivo del recurso de casación, lo que ahora se aprecia como causa de desestimación. Decíamos en la STS 54/2008, 8 de abril, que es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano *ad quem* llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa *ex novo* y *per saltum* formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS 1256/2002 4 de julio, y 545/2003 15 de abril).

Aun así, es posible arbitrar un cauce absolutamente excepcional para aquellos casos en los que se alegue infracción de derechos fundamentales y aquellos otros en los que el planteamiento de la cuestión no suscitada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis (cfr. SSTS 683/2007, 17 de febrero y 57/2004, 22 de enero). Tal posibilidad no se aprecia en el caso presente.

Por todo ello, el único motivo del recurso se desestima.

FALLO

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

1º. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ricardo, contra la sentencia dictada por Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 19 de septiembre de 2018,



que desestimaba apelación interpuesta contra sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha 21 de mayo de 2018 , seguida por delito de quebrantamiento de medida cautelar y otros.

2º. Condenar a dicho recurrente al pago de las costas del presente recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ