T R I B U N A L S U P R E M O
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia Nº: 1068/2010

RECURSO CASACION (P) Nº:10409/2010 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA

Fecha Sentencia: 02/12/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: OVR

Tribunal del Jurado. Paliza y estrangulamiento. Homicidio con abuso de superioridad.
Atenuantes de reparación del daño y analógica de intoxicación etílica.
Recursos del condenado y de los acusadores particulares y populares.
Infracción de ley. Alevosía. Arrebato. Aplicación de la pena. Prohibición de aproximación a familia de la víctima.Costas de la Apelación.

Nº: **10409/2010P**

Ponente Excmo. Sr. D.: **Francisco Monterde Ferrer**

Fallo: **25/11/2010**

Secretaría de Sala: **Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río**

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 1068/2010

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Luciano Varela Castro
D. Enrique Bacigalupo Zapater

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil diez.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el condenado D. JOSÉ DIEGO YLLANES VIZCAY, y por las acusaciones populares INSTITUTO NAVARRO PARA LA IGUALDAD, EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, EXCMO. AYUNTAMIENTO DE IRUN, LAS JUNTAS GENERALES DE GUIPUZCOA, así como los acusadores particulares D. DOMINGO LAFFAGE ASTEASUINZARRA, Dª. MARIA ASUNCIÓN CASASOLA PARDO Y D. JAVIER LAFFAGE, contra sentencia dictada por la **Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra**, conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal del **Jurado** de la Audiencia Provincial de Navarra, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia dicha, y Ponencia del **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.** Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando el condenado representado por la Procuradora Dª Maria Isabel Campillo García, los recurrentes, acusadores populares representados por los Procuradores D. José Manuel De Dorremochea Aramburu, Dª Isabel Julia Corujo y Dª Rocio Martín Echague y las acusaciones particulares representadas por la Procuradora Dª Concepción Hoyos Moliner.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción Nº 1 de Pamplona/Iruña instruyó Procedimiento del Tribunal del Jurado con el número 1/2008, y una vez concluso fue elevado al Tribunal de Jurado de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, rollo de apelación número 2/2009, que con fecha 17 de noviembre de 2009, dictó sentencia con el siguiente FALLO.- *" A.- Que debemos condenar y condenamos a José Diego Yllanes Vizcay, como autor responsable de un delito de*

homicidio, concurriendo las circunstancias agravantes de abuso de superioridad, atenuante de reparación y atenuante analógica de intoxicación etílica, a las penas de DOCE AÑOS Y SEIS MESES de prisión; accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a los padres y hermano de Nagore Laffage Casasola, a su domicilio, trabajo o lugar donde se encuentren, así como la de comunicarse con ellos por cualquier medio por tiempo de 10 AÑOS, cuyo cómputo se efectuará según establece el art. 57.1 párrafo 2º del Código Penal.

B.- Que debemos absolver y absolvemos a José Diego Yllanes Vizcay del delito de asesinato, por el que venía acusado.

C.- Que debemos absolver y absolvemos a José Diego Yllanes Vizcay del delito de profanación de cadáveres, por el que venia acusado.

El condenado deberá indemnizar: A) A D. Domingo Laffage Asteasuninzarra y Dª Maria Asunción Casasola Pardo, al 50% para cada uno, en la cantidad de DOSCIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS TRES con SESENTA Y SEIS euros.

B) A D. Javier Laffage Casasola, en la cantidad de TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NUEVE con SESENTA Y SEIS euros.

Dichas cantidades devengarán el interés legal previsto en el art. 576.1 LEC.

Se imponen al condenado las costas causadas por el delito de homicidio, incluidas las de la Acusación particular.

No procede hacer expresa imposición de las costas causadas por las Acusaciones particulares.

Se declaran de oficio las costas causadas por el delito de asesinato y por el delito de profanación de cadáveres.

Se aprueba el Auto declarando solvente parcial a José Diego Yllanes Vizcay, aprobando la pieza separada de responsabilidad civil tramitada por el Juzgado de Instrucción.

Y para el cómputo de la pena privativa de libertad impuesta, se abonará el

tiempo que el condenado haya estado privado provisionalmente de libertad por esta causa".

Asimismo, se declararon como HECHOS PROBADOS en dicha sentencia los siguientes: *"PRIMERO.- 1.- El día 7 de julio de 2008, entre las 7 00 y las 8 00 horas de la mañana, José Diego Yllanes, cuando se dirigía de regreso a su domicilio, coincidió de forma casual con un grupo de tres jóvenes, siendo reconocido por alguna de ellas, dado que cursaban sus estudios de Enfermería en la Clínica Universitaria de Navarra, en la que el acusado trabajaba como médico interno residente, en el Departamento de Psiquiatría, continuando juntos hasta el n° 10 de la c/ Pedro I de Pamplona, donde residían dichas jóvenes, permaneciendo éstas sentadas en las escaleras de acceso al portal y el acusado enfrente de ellas, conversando durante unos minutos.*

2.- En dicha anterior circunstancia, apareció al poco tiempo Nagore Laffage Casasola, dado que compartía el citado piso y sin saludar apenas a sus compañeras se acercó a José Diego Yllanes, diciendo en voz alta "no les hagas caso a éstas, tú eres de la Clínica", para a continuación decirle algo al oído -lo que no pudo ser escuchado por las tres jóvenes-, yéndose inmediatamente ambos juntos, agarrándola de la cintura y del codo el acusado, en dirección al piso propiedad del mismo, sito en la c/ Sancho Ramírez , n° 13, 3º C de Pamplona.

3.- Entre José Diego Yllanes Y Nagore Laffage Casasola no existía con anterioridad al indicado encuentro ninguna relación personal.

4.- El acusado y Nagore Laffage Casasola llegaron al piso propiedad de aquél en una hora no precisada, entre las 8:05 y las 10 horas de la mañana.

5.- Una vez en el edificio de la c/ Sancho Ramírez nº 13, José Diego Yllanes

Vizcay y Nagore Laffage Casasola comenzaron de mutuo acuerdo, en el ascensor, a besarse, abrazarse y a tener contacto físico de forma apasionada.

6.- Dicha anterior conducta se prolongó en el interior de la vivienda propiedad de José Diego Yllanes Vizcay, procediendo éste a desnudar de manera violenta a Nagore Laffage Casasola, llegando a romperle la trabilla del pantalón, un tirante del sujetador y el tanga por tres sitios.

7.- José Diego Yllanes Vizcay pensó erróneamente que Nagore Laffage Casasola quería una relación apasionada, por lo que procedió a quitarle la ropa de forma brusca, rompiendo la trabilla del pantalón, un tirante del sujetador y el tanga por tres sitios.

8.- Nagore Laffage Casasola interpretó erróneamente la actuación violenta del acusado como un intento de agresión sexual, y como reacción amenazó a José Diego con destruir su carrera y denunciarle.

9.- La reacción airada de José Diego Yllanes consistió en taparle la boca, para evitar que gritara, y en golpear de manera deliberada y repetida a Nagore Laffage Casasola en diversas partes del cuerpo, causándole las siguientes lesiones:

a) Externas:

1. Hematomas orbitarios bilaterales con importante hinchazón palpebral y hemorragia conjuntival (Fotos 28-156, 29-156, 38-156 y 39-156).

2. Equimosis puntiformes en conjuntiva de párpados inferiores (Foto 40-156).

3. Hematoma morado en mejilla izquierda desde ángulo mandibular hasta

arco cigomático (fotos 33-156 y 34-156).

4.- Hematomas labiales en centro de labio superior y zona izquierda de ambos labios con hinchazón y herida en la mucosa labial del inferior, con restos de sangre entre los dientes (Fotos 28-156 y 30-156)

5. Pequeño hematoma en raíz nasal (Foto 29-156).

6. Hematoma morado junto a comisura labial derecha y debajo lesión equimótica en borde mandibular (Foto 31-156).

7. Erosiones lineales de 1 y 2,5 cms sobre ceja derecha (F28-156)

8. Erosión de 0,8 cms en a la nasal derecha (F28-156)

9. Erosión lineal de 1,2 cms en mejilla izquierda (F34-156)

10. Hematoma entre 1 y 3 cms en región de papada y erosiones submentonianas de 2 y 0,8 cms (F 59-156).

11. Erosiones lineales entre 2,5 y 1,5 cms perpendiculares a arco cigomático izquierdo (F36-156).

12. Equimosis puntiformes en cara regiones retroauriculares y mastoideas, más nítidas y abundantes en el lado izquierdo (F18- 156, 41-156, 42-156 y 43-156).

13. Eczema en pliegue retroauricular derecho (F 43-156).

14. Dos equimosis digitadas en cuello, en el lado derecho en región

paratiroidea y en el lado izquierdo bajo ángulo mandibular (F09 a 12-156, 17 a 19-156, 36-156 y 59 a 61-156)

21. Erosión lineal de 1 cm en 3o dedo mano izquierda en el pliegue interdigital (F 45-156)

22. Hematoma morado rojizo de 2x1 cm en dorso de mano izquierda zona radial (f45-156)

23. Hematoma morado rojizo de 3 cms en cara antero radial de antebrazo izquierdo 1/3 distal junto a otro de 0,5 cms en flexura de muñeca (F 46-156)

24. Hematoma morado rojizo de 0,5 cms en cara posterior de antebrazo izquierdo 1/3 medio (F45-156)

25. Cuatro hematomas morado rojizos entre 5,5 y 3 cms en cara posterior de brazo izquierdo por encima del codo (F 47-156)

26. Hematoma morado rojizo de 1 cm bajo olécranon izquierdo (F 47-156)

27. Dos hematomas en borde cubital de antebrazo izquierdo 1/. Distal (F 47-156)

28. Hematoma morado rojizo en base de eminencia tenar derecha de 2,5 x 1,5 cms (F 48-156)

29. Hematoma morado rojizo de 1,5 cms en zona radial anterior de antebrazo derecho 1/3 distal (F 48-156)

30. Hematoma en cara externa de codo derecho de 5x4,2 cms que continúa de forma lineal hasta cara interna.

33. Hematoma morado rojizo en maleolo interno de tobillo izquierdo de 2x0,8 cms con erosión debajo de 1 cm.

b) Internas:

35. Múltiples infiltrados hemorrágicos de la aponeurosis epicraneana, siendo más intensos a nivel parietotemporal izquierdo, occipital, zona superior parietal derecha, frontal y temporal derechos (F 52 a 57-156)

36. Infiltrado hemorrágico de ambos músculos temporales, más intenso el izquierdo (F 52-156 y 55-156) 38. Meninges congestivas

10.- Dicha agresión se produjo durante un lapso de tiempo indeterminado.

11.- Nagore Laffage Casasola causó a José Diego algunos arañazos y dos equimosis en la cara anterior de los hombros, al defenderse de la agresión de éste

12.- José Diego Yllanes Vizcay, tratando de evitar que Nagore Laffage Casasola gritara, tras golpearla, a continuación presionó con su mano el cuello de Nagore, produciéndole su asfixia y muerte.

13.- Tras estrangular y causar la muerte de Nagore Laffage Casasola, el acusado, con el fin de poder hacerla desaparecer más fácilmente, intentó descuartizarla, llegando a seccionar el dedo índice de la mano derecha y realizar cortes en la muñeca derecha.

14.- Con posterioridad envolvió el acusado el cuerpo de Nagore Laffage Casasola en bolsas de plástico, sujetas con cinta aislante, introduciendo también,

para evitar la identificación, en varias bolsas de plástico, de forma separada, pertenencias de Nagore, entre otras su ropa interior y documentación; objetos que había en la vivienda y los instrumentos utilizados para la amputación del dedo y cortes.

15.- José Diego Yllanes Vizcay, para intentar borrar las huellas de lo ocurrido, limpió el piso, utilizando productos de limpieza con contenido de amoniaco.

16.- A continuación se dirigió andando a la Clínica Universitaria, a fin de obtener el número de teléfono de Guillermo Mayner Eguren, lo que obtuvo, a fin de llamarle, contactar y quedar con él.

17.- Se reunió con Guillermo Mayner Eguren, a quién relató parcialmente, en una conversación de 40 minutos, lo que había ocurrido, requiriendo su ayuda, sin especificar para qué.

18.- Ante la negativa de Guillermo Mayner Eguren a ayudarle, manifestando por contra que lo que debía hacer es acudir a la Policía, José Diego Yllanes se negó, diciéndole que si le denunciaba se suicidaría.

19.- Guillermo Mayner Eguren, tras consultar con su Jefe del Servicio de Psiquiatría, llamó a la Policía Municipal de Pamplona, sobre las 12:46 horas, relatando lo que José Diego Yllanes Vizcay le había dicho.

20.- A raíz de la anterior llamada, la Policía Municipal de Pamplona inició la búsqueda de José Diego Yllanes Vizcay, así como de la posible víctima.

21.- José Diego Yllanes Vizcay, al no contar con la ayuda de Guillermo

Mayner Eguren, decide sacar el cuerpo de Nagore Laffage Casasola del domicilio en el que ocurren los hechos, para lo que se traslada al domicilio de sus padres, donde coge las llaves del vehículo Saab blanco, propiedad de su padre, sacándolo del garaje y acudiendo a su vez al garaje de la vivienda donde ocurren los hechos (C/ Sancho Ramírez 13), donde lo aparca en una plaza.

22.- José Diego Yllanes Vizcay procedió a introducir el cadáver de Nagore Laffage Casasola en el maletero del citado vehículo Saab blanco, al igual que las bolsas de plástico en las que había guardado los objetos que quería hacer desaparecer, para a continuación conducir durante unos 45 minutos hasta la localidad de Olondriz (Navarra).

23.- José Diego Yllanes Vizcay accediendo por un camino a una zona boscosa sacó el cuerpo de Nagore Laffage Casasola del maletero, dejándolo semioculto a unos metros del camino; procediendo igualmente a ocultar, en una zona de más difícil acceso y escondidas bajo unas zarzas, las bolsas de plástico con los objetos.

24.- José Diego Yllanes Vizcay permaneció en la zona de Sorogain, junto al coche Saab blanco hasta que fue encontrado por sus familiares, procediendo su padre José Luis Yllanes Luza, sobre las 00:32 horas del día 8 de julio de 2009, a comunicar a la Policía Foral que estaba con él el acusado, y que lo trasladaban al domicilio familiar sito en Erro (Navarra) c/ San Esteban nº 88, procediéndose posteriormente a su detención por agentes de la Policía Foral.

25.- Efectivamente se causó la muerte de Nagore Laffage Casasola.

26.- Efectivamente cortó el dedo índice de la mano derecha y realizó cortes en muñeca derecha.

27.- José Diego Yllanes Vizcay ejecutó directa y materialmente por sí, la acción de agarrar del cuello a Nagore Laffage Casasola, apretándole fuertemente hasta causarle la muerte por asfixia, mediante estrangulación manual.

28.- José Diego Yllanes Vizcay ejecutó directa y materialmente por sí la acción de cortar el dedo índice de la mano derecha y realizar cortes en la muñeca derecha.

29.- José Diego Yllanes Vizcay para cometer el hecho de dar muerte a Nagore Laffage Casasola, se aprovechó de su superioridad física (varón, de 27 años, 1,82 metros de estatura y 80 Kgs.), así como conocer técnicas del arte marcial Aikido, respecto de su víctima (mujer, de 20 años, 1,66 metros de estatura y 56,600 Kgs.), sin que pudiera contar con el auxilio de terceras personas.

30.- José Diego Yllanes Vizcay ha consignado, para entregar a los padres, la cantidad de 126.853,38 euros, así como se ha embargado la vivienda y anexos de su propiedad, sita en C/ Sancho Ramírez nº 13, piso 3ºC, de Pamplona.

31.- José Diego Yllanes Vizcay reconoció la autoría de los hechos que había realizado y ha pedido perdón desde el primer momento.

32.- José Diego Yllanes Vizcay, cuando cometió los hechos de golpear y dar muerte a Nagore Laffage Casasola, se hallaba influenciado por la previa ingesta de bebidas alcohólicas, que afectaban de una forma leve a sus facultades intelectivas y de la voluntad.

33.- José Diego Yllanes Vizcay ha reconocido ser el autor material del estrangulamiento, reconociendo su autoría, desde su primera declaración ante la

Policía.

34.- José Diego Yllanes Vizcay ha colaborado con la Policía y Autoridad Judicial, participando en la reconstrucción de los hechos.

35.- José Diego Yllanes Vizcay, como consecuencia de interpretar erróneamente Hortensia , que intentaba agredirla sexualmente y reaccionar ésta amenazándole con destruir su carrera y denunciarle, vio alterada su percepción de la realidad, su conciencia y voluntad.

Dicha sentencia fue recurrida en Apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, recurso que fue resuelto por sentencia de fecha 16 de marzo de 2010.

2.- La sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, recurrida ante esta Sala, dictó el siguiente pronunciamiento: *"FALLAMOS: Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por la acusación particular y las acusaciones populares, motivadores del presente rollo 1/2010, contra la sentencia dictada el día 17 de noviembre de 2009 por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado en el procedimiento de la Ley del Jurado 2/2009 de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra.*

Estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la defensa del acusado contra la misma resolución; sentencia que revocamos en el único sentido de dejar sin efecto la pena accesoria de prohibición de aproximarse y comunicarse con los padres y hermano de Nagore Laffage Casasola. Con la consiguiente confirmación de todos los demás extremos de la sentencia apelada."

3.- Notificada la sentencia a las partes, los recurrentes prepararon sus

recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

4.- Los recursos interpuestos se basaron en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

Recurso de D. José Diego Yllanes Vizcay:

Primero.- Al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de precepto legal,** y del art 22.2 CP, por la indebida aplicación de la circunstancia agravante de **abuso de superioridad.**

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 LECr,**,** por infracción de **precepto legal ,** y por la falta de aplicación de la circunstancia **atenuante de arrebato del art 21.3 CP**

Tercero.- Al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de precepto legal,** y de la regla 7ª del art 66.1 CP, por indebida aplicación .

Cuarto.- Al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de precepto legal,** por indebida aplicación del art 240 de la LECr, e indebida inaplicación del art 901 LECr.

Recurso de los acusadores particulares D. Domingo Laffage Asteasuinzarra, Dña. Mª Asunción Casasola Pardo y D. Javier Laffage Casasola:

Primero y único..- Al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de ley** e indebida inaplicación del art 139.1 CP.

Recurso del acusador popular Instituto Navarro para la Igualdad:

Primero y único..- Al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de ley** e indebida inaplicación del art 139.1 CP.

Recurso del acusador popular Excmo. Ayuntamiento de Pamplona:

Primero y único..- Al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de ley** e indebida inaplicación del art 139.1 CP.

Recurso interpuesto por el acusador popular Ayuntamiento de Irún.

Primero.- Al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de ley** e indebida aplicación de la atenuante analógica de embriaguez del art 21.CP.

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de ley** e indebida inaplicación del art 48 CP, en relación con el art 57.1º, párrafo segundo CP.

Tercero.- Al amparo del artículo 849.1 **por infracción de ley** e inaplicación del art 139.1 CP.

Recurso interpuesto por la acusación popular Juntas Generales de Guipúzcoa.

Primero y único motivo.- Al amparo del artículo 849.1 **por infracción de ley** e inaplicación del art 139.1 CP.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, y los recurrentes de los escritos de su contraparte, habiendo solicitado respectivamente su inadmisión y subsidiariamente su desestimación, la Sala admitió a trámite el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día **25-11-2010,** con el resultado que se refleja a continuación.**.**

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE D. JOSÉ DIEGO YLLANES VIZCAY:

PRIMERO.- El primer motivo se formula al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de precepto legal,** y del art 22.2 CP, por la indebida aplicación de la circunstancia agravante de **abuso de superioridad.**

1.- El recurrente denuncia que, teniendo en cuenta los hechos declarados probados, se ha aplicado indebidamente la agravante de abuso de superioridad, al no concurrir los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para su apreciación. Admite, por un lado, que se declaró probado que existió un desequilibrio de fuerzas, aunque niega que dicho desequilibrio fuera importante o severo, y, por otro, afirma que la sentencia no declara probado que existiera una disminución notable de las posibilidades de defensa de la víctima, ya que al Jurado no se le sometió esta cuestión, sino que tan sólo fueron objeto de veredicto aquellos hechos

que integraban la circunstancia agravante de "alevosía", por lo que al no haber sido objeto de veredicto la notable situación de indefensión de la víctima, el Magistrado-Presidente no debió suplir la inacción de las acusaciones apreciando esa situación de indefensión. Añade, además, que el fundamento de la sentencia del Tribunal del Jurado para apreciar la agravante de abuso de superioridad resulta tautológica, pues de admitirse el mismo toda muerte dolosa es alevosa o con abuso de superioridad, porque quien muere siempre tuvo disminuidas sus facultades de defensa.

Señala también que no se puede admitir que Nagore no podía contar con el auxilio de terceras personas, en primer lugar, porque el no contar con el auxilio de terceras personas no determina un abuso de superioridad ni una situación de indefensión total o relativa; y, en segundo lugar, porque la ausencia de la posibilidad de auxilio ha de ser aprovechada por el autor, no siendo este un caso en el que el acusado hubiera decidido matar a la víctima y llevarla a un lugar -su domicilio- en el que no podía contar con la presencia de terceras personas. En definitiva, el recurrente no colocó conscientemente a la víctima en un lugar en el que no contara con el auxilio de tercera personas para la realización del hecho delictivo.

2.- La sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Navarra acoge íntegramente la argumentación jurídica desarrollada en la sentencia del Tribunal del Jurado para justificar la apreciación de la agravante de abuso de superioridad, añadiendo que, a tenor de los hechos declarados probados, el Jurado se pronunció con meridiana claridad acerca de la notoria diferencia existente entre la complexión física del acusado y la de la víctima, como lo evidencia que se declarara probado que aquél "se aprovechó de su superioridad física" y asimismo lo pone de manifiesto la desproporción existente entre las lesiones sufridas por uno y otro. Además, la sentencia impugnada precisa que aunque los hechos probados no lo

digan textualmente, la aminoración de la posibilidad de defensa se deduce sin dificultad alguna al añadirse en el factun "sin que pudiera contar con el auxilio de terceras personas".

3.- Ante todo, hay que desechar las sospechas de quiebra del principio acusatorio que se deslizan en el recurso, al reprochar al Magistrado-Presidente que apreciara la agravante de abuso de superioridad no solicitada expresamente por las acusaciones, que, en cambio, sí interesaron la concurrencia de la agravante de alevosía

La sentencia del Presidente del Tribunal del Jurado (fº 21) pone expresamente de manifiesto que en el presente caso los miembros del jurado han declarado probado el hecho que determinaría la concurrencia de la agravante de superioridad , apreciando por sí mismos la apariencia física del acusado u sus datos comparados con su víctima, contestando, positivamente por unanimidad (fº 1652), al hecho 32 del Objeto del Veredicto que fue formulado (fº 1638) "*Si José Diego Yllanes Vizcay para cometer el hecho de dar muerte a Nagore Laffage Casasola ,se aprovechó de su superioridad física (varón de 27 años, 1´82 mts de estatura y 80 Kgs), así como conocer técnicas de Aikido, respecto de su víctima (mujer de 20 años, 1´66 mts de estatura*, y 56 kgs)sin que *pudiera contar con el auxilio de terceras personas"*.

La homogeneidad entre la agravante de alevosía y abuso de superioridad no admite duda (SSTS 1458/2004, de 10 de diciembre; 600/2005, de 10 de mayo; y 850/2007, de 18 de octubre), pues como se dice en la STS 76/2009, de 4 de febrero, "es claro, pues, que el abuso de superioridad se encuentra insito en la alevosía. Y por eso se dice que es una alevosía menor o de segundo grado. Y es por eso, también, que quien solicita la aplicación de la alevosía está interesando la

apreciación de lo que pudiera denominarse un abuso de superioridad absoluto, por lo que la no aplicación por el Tribunal de esta última -la alevosía- no le impide en modo alguno apreciar la concurrencia de la "alevosía menor", pues quien pide lo más pide también lo menos en un marco de homogeneidad palmario".

Incluso hemos dicho (Cfr STS nº 639/2010, de 18 de junio) que la alevosía es una agravante que constituye una forma cualificada del abuso de superioridad, por lo que apreciada la primera ha de excluirse la segunda.

E igualmente hemos señalado que la circunstancia de abuso de superioridad requiere para su apreciación en primer lugar de la existencia de una desproporción efectiva y real entre la parte agredida y la agresora que determine un desequilibrio a favor de esta última; en segundo lugar que ese desequilibrio se traduzca en una disminución de las posibilidades de defensa ante el ataque concreto que se ha sufrido; y en tercer lugar que el sujeto activo conozca y se aproveche de ese desequilibrio y de sus efectos para la ejecución del concreto hecho delictivo (STS 529/2005, de 27 de abril).

Por su parte, la STS de 7 de diciembre de 1993 (Nº de Recurso 282/1993) tras recordar que el abuso de superioridad significa la debilitación o la aminoración de cualquier posibilidad de defensa, no la total eliminación de que trata la alevosía, precisa que el abuso tiene distintas proyecciones gramaticales en las que predomina la idea de superioridad: 1º) El notorio desequilibrio entre las respectivas situaciones de poder (físico o psíquico); 2º La notable desproporción de medios; y 3º) La diferencia agresiva, en más, de quien es el sujeto activo.

En suma es doctrina secular de esta Sala que el abuso de superioridad entraña o supone una notable diferencia de poder entre el sujeto activo y el sujeto

pasivo de la acción, concretada en su superioridad física, pero teniendo en cuenta no sólo las fuerzas físicas del agresor, también las circunstancias todas del caso concreto (STS 96/2010, de 28 de enero).

Y, tratándose de un motivo de casación por corriente infracción de Ley, hay que atender a la narración histórica de la sentencia y en ella se dice que "29.- José Diego, para cometer el hecho de dar muerte a Nagore, se aprovechó de su superioridad física (varón, de 27 años, 182 metros de estatura y 80 Kgs.), así como conocer técnicas del arte marcial Aikido, respecto de su víctima (mujer, de 20 años, 1,66 metros de estatura y 56,600 Kgs.), sin que pudiera contar con el auxilio de terceras personas".

Es claro, por tanto, que existió ese desequilibrio de fuerzas derivado de la envergadura física del acusado frente a la víctima y era además conocedor de un determinado arte marcial.

Tampoco cabe duda de que se aprovechó de esa situación dado que la víctima acaba de recibir una fuerte paliza que le causó múltiples lesiones y, por ello, se encontraba disminuida físicamente, lo que permite sostener que era consciente de su superioridad y de la inferioridad de la víctima, y este doble conocimiento de su superioridad y de la inferioridad de la agredida fue determinante de la concurrencia del aprovechamiento que se cuestiona. Esto es, el acusado no solo era consciente de su superioridad física, sino de las especiales circunstancias que concurrían para la realización de la acción.

Por otra parte, el que no se haga mención expresa en el apartado de hechos probados de la sentencia a "una disminución notable de las posibilidades de defensa de la víctima" es irrelevante a los efectos de la apreciación de la agravante de abuso

de superioridad, pues fácilmente se desprende de la descripción fáctica de la sentencia que ante la situación en que se encontraba la víctima sus posibilidades de defensa eran muy limitadas, sin llegar a estar eliminadas.

Pero, además, valoró el Jurado que se había producido una disminución de las posibilidades de defensa al afirmar que no pudo "contar con el auxilio de terceras personas", y aunque la concurrencia de otras personas en el lugar no hubiera impedido la aplicación de la agravante, a no ser que alguna de estas personas hubiera decidido intervenir a favor de la agredida, sí que es revelador de que "tuvo en cuenta la minoración de su capacitación de defenderse" para apreciar la agravante de abuso de superioridad.

Por último, en cuanto a la alegación de que el abuso de superioridad es inherente al delito cometido, porque dadas las circunstancias concretadas, el delito necesariamente tenía que realizarse así, no se puede compartir este juicio, porque no concurría ninguna circunstancia favorable que justificara la superioridad de la que abusó el acusado, teniendo en cuenta el estado de debilidad en el que se encontraba Nagore como consecuencia de la fuerte paliza recibida.

En definitiva, fue correctamente aplicada la agravante de abuso de superioridad, al haberse aprovechado dolosamente el recurrente del desequilibrio de fuerzas en su favor, derivado de su superioridad física y del desvalimiento de la víctima, para asegurar el resultado de su conducta.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo se formula al amparo del artículo 849.1 LECr, por infracción de **precepto legal,** y por la falta de aplicación de la circunstancia atenuante de **arrebato** del art 21.3 CP.

1.- Se alega que, dado que se declaró probado por el Tribunal del Jurado la proposición 36 del Objeto del Veredicto, según la que el acusado "vió alterada su percepción de la realidad, conciencia y voluntad", debió aplicarse la atenuante de arrebato, invocando para ello, entre otras, la STS 660/2000, de 12 de abril, que en un supuesto en que fue estimada la atenuante de arrebato por el Tribunal de Jurado y rechazada por el Tribunal de Apelación, entendió, reconociendo la solidez de los argumentos de este último, que debía "estimarse la concurrencia de la circunstancia atenuante de arrebato u obcecación prevista en el art. 21-3º del Código Penal, sin que tampoco puede acogerse la objeción del Tribunal de apelación respecto a la falta de intensidad de los estímulos, porque el Jurado determinó la existencia de una alteración de las facultades mentales siendo eso lo relevante, ya esté provocada por un estado emotivo repentino y súbito, ya por un duradero oscurecimiento u ofuscación del ánimo; debiendo recordarse que la supresión por Ley Orgánica 8/83 en la redacción legal de la exigencia de que sus causas o estímulos lo determinaran "naturalmente", unido a la referencia a otro estado pasional, ha acentuado el aspecto subjetivo de la atenuante por lo que hay que atender preferentemente al efecto en el propio sujeto que sufre esa situación".

2.- Como recuerda la STS 585/2010, de 22 de junio, la doctrina de esta Sala Segunda ha señalado los siguientes requisitos: a) La existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima (Sentencia núm. 256/2002 de 13 de febrero), que puedan ser calificados como <u>poderosos</u>, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos <u>nimios</u> ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido, en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estimulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta

absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación, pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebato consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor (STS núm 1483/ 2000, de 6 de octubre).

b) Ha de quedar acreditada la ofuscación de la persona afectada , o estado emotivo repentino o súbito u otro estado pasional semejante que acompaña a la acción.

c) Debe existir una relación causal entre uno y otro, de manera que la conducta sea una consecuencia de la trascendencia del estímulo.

d) Ha de haber una cierta conexión temporal, pues el arrebato no podrá apreciarse si ha mediado un tiempo entre estímulo y reacción que prudencialmente permita estimar que se ha recuperado la frialdad de ánimo.

e) La respuesta al estímulo no ha de se repudiable desde la perspectiva de un observador, imparcial dentro de un marco normal de convivencia (STS núm 1301/2000, de 17 de julio y núm. 209/2003 de 12 de febrero.

Por su parte, la STS 857/2008, de 17 de diciembre, declaró que "debe constatarse la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima (STS núm. 256/2002, de 13 de febrero), que puedan ser calificados de poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Si la reacción resulta absolutamente discordante por <u>notorio exceso</u> con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación, pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebato consiste".

Esta misma STS 857/2008 precisó también, sin negar en la estructura de la atenuante un elemento predominantemente subjetivo, que "no deben desdeñarse aspectos objetivos relativos a la índole y potencialidad de los estímulos por exigencia de una razonable adecuación reaccional. El estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo, ya que si tal reacción es absolutamente discordante, por exceso notorio, respecto al hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación, so pena de privilegiar reacciones coléricas, cuando los estímulos no son suficientes".

La proposición 36 declaró probado que "José Diego, como consecuencia de interpretar erróneamente Nagore que intentaba agredirla sexualmente y reaccionar ésta amenazándole con destruir su carrera y denunciarle, vio alterada su percepción de la realidad, su conciencia y su voluntad".

Pues bien, este hecho probado, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra lo consideró insuficiente para construir la atenuante, porque la sentencia habla solo de alteración y no de ofuscación de intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios; porque, si se repara en el nivel cultural y profesional del recurrente, los estímulos no podían calificarse de poderosos; porque la reacción del acusado fue absolutamente desproporcionada a la amenaza de denunciarle; y porque no existía constancia de una razonable conexidad temporal.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El tercer motivo se articula , al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de precepto legal,** y de la regla 7ª del art 66.1 CP, por indebida aplicación .

1.- El motivo se formula con carácter subsidiario a los dos anteriores y con él se pretende demostrar la indebida determinación de la pena, al proceder la aplicación de una pena inferior a la que se ha aplicado, sobre la base de razonar que el fundamento cualificado de la atenuación debe predicarse de la concurrencia de dos circunstancias atenuantes, la de reparación parcial del daño y analógica de intoxicación etílica, que determinan la imperativa necesidad de la rebaja de la pena en un grado. De este modo, continúa razonando, al concurrir dos atenuantes con una circunstancia agravante, la de abuso de superioridad, caben dos posibilidades:

1º.- Compensación puramente aritmética: se compensa una agravante con una atenuante por lo que al quedar una atenuante correspondería imponer la pena en su mitad inferior.

2º.- Aplicación de la pena inferior en grado por las dos atenuantes y de su resultado procedería imponer la pena en su mitad superior por la concurrencia de una circunstancia agravante.

El recurrente se inclina por esta segunda solución, aduciendo que, aunque no se haya apreciado ninguna circunstancia como muy cualificada, en la regla séptima cuando se habla de "fundamento cualificado" se está equiparando la atenuante muy cualificada con la concurrencia de dos atenuantes como así se establece en la regla segunda del citado art. 66.1, por lo que en definitiva la concurrencia de dos circunstancias atenuantes ordinarias no significa que no pueda persistir un fundamento cualificado de la atenuación.

Por último, alega que no se han tenido en cuenta dos datos declarados probados, aunque no hayan operado como atenuantes, que deben tener su reflejo en la determinación de la pena, por un lado la alteración de sus facultades de conciencia y voluntad, y, por otro, que reconoció ser el autor de los hechos y que colaboró con la policía y la Autoridad Judicial, participando en la reconstrucción de

los hechos.

2.- La sentencia del Presidente del Tribunal del Jurado (fundamento jurídico cuarto) recuerda que “la pena tipo por el delito de homicidio va de 10 a 15 años, y que concurren en el acusado, como circunstancias modificativas de la responsabilidad, a los efectos del art. 66.7º del Código Penal, la agravante de abuso de superioridad y atenuantes de reparación y analógica de intoxicación alcohólica".

La sentencia añade textualmente: "No apreciamos que, respecto de la agravante, en su caso y de las atenuantes, en su caso, persistan un fundamento cualificado de agravación o atenuación, operando como simples atenuantes, debiendo destacarse respecto de las atenuantes que, en cuanto a la reparación, aun cuando operativa como tal atenuante, dicha reparación ha sido parcial y en cuanto a la de intoxicación alcohólica, por analogía aplicada, que la influencia y limitación de las facultades intelectivas y volitivas, ha sido declarada leve. La compensación racional de las circunstancias reseñadas, conforme previene el art. 66.7º del Código Penal, debe tener en cuenta, a nuestro juicio, las circunstancias del hecho y del culpable, por lo que habida cuenta las especiales características de este delito, en cuanto a su forma de comisión, actuación del acusado que no sólo mató a la víctima, sino que previamente le infligió una brutal paliza, las actuaciones posteriores, que si bien no constituirían un delito de profanación de cadáveres, no debe hacernos olvidar que intentó descuartizarla y la falta de colaboración eficaz del acusado, todo lo cual nos lleva a hacer, dentro del hecho de por sí grave de matar a una persona, un reproche mayor, que determina que consideremos ajustada la pena solicitada por el Ministerior Fiscal -sujetándose al resultado del veredicto del jurado- de 12 años y 6 meses de prisión".

3.- Por su parte, la sentencia objeto de nuestro recurso, que es la de la Sala

de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Navarra, con argumentos plenamente compartibles, señaló que avalaba "la decisión de no apreciar fundamento alguno cualificado de atenuación, a fin de acudir a la pena inferior en grado, como interesa la defensa, justamente por las atinadas explicaciones vertidas en la sentencia recurrida: la reparación del daño fue parcial, en los términos ya vistos, y la otra atenuante fue apreciada como meramente analógica. Por lo demás, aunque acudamos al juego compensatorio ofrecido por la defensa con base en la regla primera del art. 66.1 CP, esto es, considerar que resta una atenuante tras anularse recíprocamente la otra atenuante y la agravante, lo cierto es que la pena impuesta se integra en la mitad inferior de la pena tipo, aunque apurada hasta el máximo, lo que entendemos está más que justificado a la vista de todas las circunstancias que relata la sentencia apelada y que nosotros también hemos ido describiendo."

Por lo tanto, habiendo efectuado una "compensación racional" de las circunstancia de referencia, no pudiéndose apreciar la infracción del precepto penal denunciado, el motivo se desestima.

CUARTO.- El cuarto motivo se formula, al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de precepto legal,** por indebida aplicación del art 240 de la LECr, e indebida inaplicación del art 901 LECr.

1.- El recurrente discrepa de la declaración de oficio que, de las costas de la apelación, desestimando los motivos de los acusadores particulares y populares -y también del propio acusado-, ha efectuado el Tribunal Superior de Justicia, invocando el art 240.3º de la LECr. en vez de los dispuesto para la casación por el art 901 de la LECr, con el que -entiende- guarda el primer recurso grandes analogías, y habida cuenta de que la apelación no pone término a la causa en los términos del art 239 LECr.

2.- En materia de costas el art **123 del CP** únicamente dispone que "*las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta".* Por su parte la **LECr** establece , en su art **239** que *"en los autos o sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes, deberá resolverse sobre el pago de las costas* procesales", disponiendo el art. **240** que "*esta resolución podrá consistir (...)**3º** En condenar a su pago al querellante particular o actor civil .Serán éstos condenados al pago de costas cuando resultare de las actuaciones que han obrado **con temeridad o mala fe**".*

Por su parte, la **LEC**, cuyo **art 4** establece expresamente el carácter **supletorio** de sus disposiciones, dispone en su art. **394.1** *que" en los procesos declarativos ,las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho";* y en su art. **398.1** que *"cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el art 394.*

A partir de esta normativa legal, esta Sala ha señalado (Cfr STS nº 903/09, de 7 de julio) que la solución en materia de costas regulada en el precepto mencionado más arriba pasa por lo siguiente:

a) por un lado, la imposición de las costas de la <u>acusación popular</u> a satisfacer <u>por el condenado</u> en la causa. No procede con carácter general, según ha tenido ocasión de manifestar esta Sala, afirmando que el ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando existe una acusación pública ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento (costas procesales), por lo que supone de repercusión

adicional económica sobre el acusado condenado, habiéndose matizado esta doctrina en la S.T.S. 1318/05 ;

b) por otra parte, la imposición de costas al condenado penalmente en favor de la acusación particular. La regla en esta hipótesis es la contraria, es decir, se deben incluir las costas , salvo en supuestos excepcionales en los que la intervención de la parte ha sido notoriamente superflua, inútil e incluso perturbadora, introduciendo en el proceso tesis cuya heterogeneidad cualitativa aparece patente con las de la acusación pública o con las aceptadas en la sentencia;

c) por último, hay que mencionar la imposición de costas a la acusación particular en casos de absolución de los acusados, con vistas a la evitación de infundadas querellas o a la imputación injustificada de hechos delictivos, que debe atenerse a los criterios de evidente temeridad y notoria mala fe, criterios que esta Sala adjetiva, sugiriendo la excepcionalidad en la aplicación de la norma. La temeridad y mala fe han de ser notorias y evidentes, correspondiendo su prueba a quien solicita la imposición).

Por su parte, la jurisprudencia de esta Sala tiene también declarado sobre esta cuestión (Cfr STS 7-7-2009, nº 842/2009), que, ante la ausencia de una ***definición*** auténtica de lo que haya de **entenderse por *temeridad o mala fe*,** ha de reconocerse un margen de valoración subjetiva al Tribunal sentenciador, según las circunstancias concurrentes en cada caso, ponderando a tal fin la consistencia de la correspondiente pretensión acusatoria, teniendo en cuenta, por un lado, la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos términos legales, pero sin olvidar que el que obliga a otro a soportar una situación procesal debe responder por los gastos que tal situación le ha originado, salvo limitadas excepciones en las que se haya podido considerar que tenía razones para suponer

que le asistía el derecho; siendo generalmente válida, a estos efectos, una referencia a la actuación del Ministerio Fiscal, por el carácter imparcial de la Institución, de tal modo que alguna sentencia de esta Sala ha llegado a decir que existe temeridad cuando la pretensión de la acusación particular supera ampliamente tanto la petición del Fiscal como la considerada ajustada a Derecho por el Tribunal. Resta por decir que la temeridad o la mala fe pueden aparecer en cualquier momento de la causa, sin que sea preciso que se aprecien desde el inicio de la causa (Cfr. SSTS de 18 de febrero, 17 de mayo, 5 de julio, 19 de junio de 2004 y de 25 de enero de 2006, entre otras, como la más reciente STS 899/2007, de 31 octubre) .

3.- Por lo que se refiere la pretensión del recurrente en el caso que nos ocupa, no siendo de aplicación la norma específica (criterio estricto del vencimiento) dedicada al recurso de casación por el art 901 LECr, y a falta de pronunciamiento específico contenido en el art 846 bis f) LECr, para la apelación de la sentencia del Presidente del Tribunal del Jurado, será la prevista en los arts 239 y 240 LECr y comúnmente aplicada en relación con el recurso de apelación, la que corresponde que sea atendida, y que responde al criterio en el caso de autos observado, basado en el criterio de la "temeridad o mala fe". Y ello teniéndose en cuenta -frente a la objeción del recurrente- que el art 239 se refiere al pronunciamiento sobre costas ,no solamente en los autos o sentencias que pongan término a la causa, sino también "a *cualquiera de sus incidentes*".

Ahora bien, en cuanto a lo aquí debatido hemos de convenir, igualmente, para desestimar el motivo, que la STS 384/2008, de 19 junio, entre otras, ya expone que no puede haber condena en costas por temeridad o mala fe, cuando la calificación instada por la parte inicialmente no resultaba en modo alguno descabellada ni temeraria, como lo demuestra la propia actividad desplegada por todas las partes acusadoras particular y populares, coincidentes en su calificación de

asesinato con la acusación pública, y con el criterio minoritario de uno de los miembros del Tribunal de Apelación.

Por ello, el motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DE LOS ACUSADORES PARTICULARES D. DOMINGO LAFFAGE ASTEASUINZARRA, DÑA. Mª ASUNCIÓN CASASOLA PARDO Y D. JAVIER LAFFAGE CASASOLA:

QUINTO.- Como primero y único motivo, a l amparo del artículo 849.1 LECr, se formula **infracción de ley** e indebida inaplicación del art 139.1 CP.

1.- Entienden estos recurrentes que con arreglo a los propios hechos declarados probados, los mismos son constitutivos de un delito de asesinato del art. 139.1, por concurrir la circunstancia agravante de alevosía, en su modalidad de alevosía sorpresiva.

Así, añaden, el Tribunal del Jurado declaró probado que la víctima sufrió, con carácter previo a la muerte por asfixia, la reacción brutal del acusado, que consistió en taparle la boca para que no gritara y en golpear de manera deliberada y repetida a Nagore en diversas partes del cuerpo, causándole múltiples lesiones externas e internas. Asimismo dicha agresión se produjo durante un lapso de tiempo indeterminado y en lo que se refiere a la eliminación total de las posibilidades de defensa, señalan que la STS 505/2004, de 21 de abril, recordó que la alevosía no requiere que la eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados y la tendencia a conseguir tal eliminación, lo que a su juicio supone que la alevosía no se excluye en los casos de intento de defensa cuando es funcionalmente imposible y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.

2.- En este caso se trata -como apunta el Ministerio Fiscal- de un supuesto límite entre la concurrencia de alevosía y el apreciado abuso de superioridad. Así lo expresa la mayoría de los integrantes de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Navarra, que reiteran que se encuentran vinculados al veredicto del Jurado y a los consiguientes hechos probados redactados, por lo que cuestiones al margen de estos dos parámetros distorsionan la auténtica naturaleza del recurso de apelación interpuesto al amparo del art. 846 bis c), b), que autoriza su interposición cuando se ha infringido la Ley en la calificación jurídica de los hechos declarados probados. De este modo sale al paso la mayoría del Tribunal de las consideraciones que se hacen en el voto particular, donde se desarrollan los argumentos que entiende predican la alevosía. También para salir al paso a las críticas que en el voto particular se vierten sobre la redacción de la proposición número 11 del objeto de veredicto y sobre el apartado sexto del veredicto referido a los "hechos delictivos por los que el acusado habrá de ser declarado culpable o no culpable", aludiendo a que "*los recurrentes tampoco han acudido a la vía del párrafo a) del art. 846 bis c) LECR, y por lo tanto nosotros no podemos elucubrar sobre eventuales deficiencias en la proposición del objeto del veredicto, o sobre posibles defectos en el propio veredicto, como por ejemplo hipotéticas contradicciones, pues las partes nunca han cuestionado estos extremos y desde luego no los han denunciado en esta alzada*".

Por tanto, hay que considerar, por un lado, que los hechos probados declararon que "la reacción airada de José Diego consistió en taparle la boca, para evitar que gritara, y en golpear de manera deliberada y repetida a Nagore en diversas partes del cuerpo, causándole las siguientes lesiones (...). Dicha agresión se produjo durante un lapso de tiempo indeterminado. Nagore causó a José Diego algunos arañazos y dos equimosis en la cara anterior de los hombros, al defenderse de la agresión de éste. José Diego, tratando de evitar que Nagore gritara, tras

golpearla, a continuación presionó con su mano el cuello de Nagore, produciéndole su asfixia y muerte".

Por otro lado, el Jurado consideró no probadas las proposiciones 11 y 14 del objeto de veredicto y cobijadas en el apartado de "hechos justiciables": 11.- "*Si Nagore, a consecuencia de los golpes recibidos, quedó aturdida y sin posibilidad de defenderse frente al acusado, y por lo tanto sin riesgo para él*"; 14.- "*Si al percatarse José Diego de que Nagore estaba realizando una llamada por el teléfono móvil, la agarró por el cuello apretándola fuertemente hasta causarle la muerte por asfixia, siguiendo ésta en la misma situación de indefensión*".

Por último, en el apartado sexto del veredicto, respecto de los hechos delictivos por los que debe ser declarado culpable o no culpable, a la pregunta de "*si José Diego dio muerte a Nagore al agarrar y apretar fuertemente su cuello, directa y materialmente por sí mismo, hasta causarle la asfixia por estrangulamiento manual, aprovechando su situación de aturdimiento e indefensión provocada por los golpes previamente recibidos*", el Jurado respondió que le consideraba no culpable.

Es indudable que con estos antecedentes de hechos no cabe apreciar la alevosía, que precisamente se caracteriza por el empleo de medios, modos o formas de asegurar la ejecución del delito, eliminando las posibilidades de defensa del agredido. En palabras de la STS 76/2009, de 4 de febrero, "*la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados. Subjetivamente, el autor debe conocer los*

efectos que los medios, modos o formas en la ejecución, elegidos directamente o aprovechados, van a producir en la supresión de las posibilidades de defensa del agredido".

En definitiva, si el Jurado consideró no probado que, tras la paliza recibida, Nagore se encontraba desvalida, como tampoco estaba en esa situación cuando la apretó el cuello hasta causarle la muerte por asfixia, difícilmente puede sostenerse que se produjo cualquiera de los supuestos de alevosía que determinan la absoluta indefensión de la víctima: el ataque proditorio o en emboscada, el que se realiza de modo súbito o por sorpresa, o el que deriva de la particular situación de la víctima por hallarse ésta totalmente indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, etc.) o por encontrarse accidentalmente privada de sentido (sin conocimiento, drogada, etc.).

La Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Navarra hace un exhaustivo análisis del veredicto, tropezando constantemente con la imposibilidad de apreciar la situación de indefensión en que naturalmente tuvo que quedar la víctima después de la brutal agresión, pero la vinculación a los hechos declarados probados por el Jurado, y no discutidos por otras vías de impugnación por las partes, le impidió ir más allá. Como tampoco en este recurso de casación, al no haberse impugnado el juicio de racionalidad en la valoración de las pruebas, puede esta Sala Segunda sustraerse a los hechos declarados probados.

Por todo ello , el motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DEL ACUSADOR POPULAR INSTITUTO NAVARRO PARA LA IGUALDAD:

SEXTO.- El primer y único motivo se formula al amparo del artículo 849.1

LECr, por **infracción de ley** e indebida inaplicación del art 139.1 CP.

1.- Al margen de ciertas consideraciones que se hacen sobre la realidad de ciertos hechos no declarados probados (llamada de socorro telefónica de la víctima al 112), viene a sostener esta parte recurrente que Nagore, tras recibir la brutal paliza, y al no poder ni pedir ni recibir el auxilio de terceras personas, se hallaba en situación objetiva de absoluto desvalimiento e indefensión, añadiendo que el hecho de que no hubiese solución de continuidad entre los golpes propinados y el acto propiamente homicida de la estrangulación manual, no excluye la situación de indefensión en que, efectivamente, se hallaba Nagore.

2.- Como se puede comprobar, la argumentación que desarrolla en apoyo de su tesis es ajena a los hechos efectivamente declarados probados y al veredicto, centrando sus argumentos en combatir los razonamientos de la sentencia de instancia, que no es objeto de este recurso, sino la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Navarra, cuyos razonamientos no son ni siquiera atacados.

Consecuentemente, no suscitándose cuestión distinta a la que fue objeto del motivo único de los anteriores recurrentes, remitiéndonos a cuanto con relación al mismo dijimos, el motivo ha de ser desestimado

RECURSO DEL ACUSADOR POPULAR EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA:

SÉPTIMO.- Como primer y único motivo se articula, al amparo del artículo 849.1 LECr, **infracción de ley** e indebida inaplicación del art 139.1 CP.

1.- Igualmente basa su recurso esta parte en el reproche por no haberse

apreciado la agravante de **alevosía, y** no haberse subsumido los hechos en el tipo penal de **asesinato**.

2.- Coincidiendo el motivo con el formulado por los dos anteriores recurrentes , remitiéndonos a cuanto al respecto dejamos dicho, el motivo se desestima por las razones allí expuestas.

RECURSO INTERPUESTO PRO EL ACUSADOR POPULAR AYUNTAMIENTO DE IRÚN.

OCTAVO.- El primer motivo se articula , al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de ley** e indebida aplicación de la atenuante analógica de **embriaguez** del art 21. CP

1.- Critica el recurrente que la sentencia haya omitido qué tipo de bebidas ingirió el acusado, cuánto bebió, cuándo, y qué exteriorización (equilibrio, habla, ideas confusas) presentaba; así como las pruebas que le llevaron a establecer como hecho probado que el acusado se "hallaba influenciado por la previa ingestión de bebidas alcohólicas que afectaba de una forma leve a sus facultades intelectivas y de la voluntad". Por otro lado, denuncia que la sentencia ha apreciado la atenuante analógica de embriaguez, a pesar de que el Jurado por mayoría de 8 votos corrigió la proposición número 34 del objeto de veredicto, sustituyendo la expresión "influencia moderada" por la de "influencia leve" y a pesar de que con posterioridad a la muerte de Nagore desarrolló una conducta acreditativa de que actuó con coherencia, control y lucidez, difícilmente compatibles con un estado de embriaguez:

2.- Nuevamente hay que recordar que el cauce procesal elegido exige el

más pleno respeto del relato de hechos declarados probados por el Tribunal de instancia (art. 884.3º LECR.), y que la valoración de las pruebas compete exclusivamente al Tribunal (art. 117.3 CE y art. 741 LECR), por lo que la valoración de la prueba que llevó a esa conclusión fáctica es ajena a este motivo.

La sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Navarra no desconoce, sino que examina la redacción llevada a cabo por el Jurado. Así, dice en la sentencia que "*quizá más enjundia puedan tener estos motivos cuando recuerdan que el Jurado vino a sustituir en su veredicto la expresión "afectación moderada de facultades" por "afectación leve", lo cual revelaría una degradación de la cuestionada alteración de facultades que, en cualquier caso, concluyen los recurrentes carecería de relevancia jurídica". Desde luego, es indiscutible que la mera ingestión de bebidas alcohólicas no implica automáticamente la apreciación de la atenuante -por todas, la reciente sentencia del TS de 10-12-2009- (...).Centrándonos ya en el núcleo de la cuestión, aunque compartamos que la "afectación leve de facultades" que expresó el veredicto revela un juicio de valor, lo cierto es que abundante jurisprudencia viene a compartir la decisión de la sentencia impugnada*", citando seguidamente determinadas sentencias de esta Sala Segunda en las que se apreció la atenuante analógica tras relatar una ligera disminución de facultades y resaltar la levedad de los efectos del alcohol.

Tiene razón el TSJ de Navarra cuando afirma que existe base jurisprudencial para apreciar, con este presupuesto fáctico, la atenuante analógica de embriaguez. Así, ello se recoge no sólo en las SSTS mencionadas en la sentencia, sino también en otras muchas, como la STS 625/2010, de 6 de julio, donde se dice que: "*su capacidad de comprender la ilicitud del hecho no se vió afectada de forma relevante y si solo se vio disminuida de forma leve para justificar la apreciación de la atenuante analógica, como ha efectuado el Tribunal*

de instancia", o la STS 687/2010, de 13 de julio, que estimó correcta la aplicación de la atenuante analógica en "*el acusado que tenía levemente afectadas sus facultades intelectivas y volitivas por el consumo de bebidas alcohólicas".*

En definitiva, existe jurisprudencia abundante que permite estimar correcta la aplicación de la atenuante del art. 21.6, de análoga significación, para aquellos supuestos de embriaguez productora de una leve afectación de las facultades psíquicas.

Consiguientemente, el motivo ha de ser desestimado**.**

NOVENO.- El segundo motivo se formula, al amparo del artículo 849.1 LECr, por **infracción de ley** e indebida inaplicación del art 48 CP, en relación con el art 57.1º, párrafo segundo CP.

1.- Se queja el recurrente de que la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Navarra, estimando el recurso interpuesto por la defensa, revocó la sentencia de instancia para dejar sin efecto la pena accesoria de prohibición de aproximarse el acusado con los padres y hermano de Nagore Laffage Casasola, a su domicilio, trabajo o lugar donde se encuentren, así como la de comunicarse con ellos por cualquier medio, por tiempo de 10 años.

2.- La sentencia del TSJ de Navarra justifica de forma razonada la supresión de esta pena accesoria, argumentando que "*en el presente caso no puede discutirse, por supuesto, la gravedad de los hechos, pero no contamos con otros datos que puedan justificar esta pena, en la línea señalada por doctrina legal. Esta probado que "entre José Diego y Nagore no existía con anterioridad al encuentro ninguna relación personal", y que ese encuentro entre ambos fue puramente casual. Y en*

los hechos probados no se atisba otra razón o mérito que avale esta pena -por ejemplo, las respectivas familias residen en Pamplona e Irún-. En suma, pensamos que la imposición aquí de esta pena accesoria respondería a una aplicación automática del precepto, lo que desde luego no ha querido el legislador, como resalta la jurisprudencia".

Y, sigue diciendo que, en efecto, como se dice en la STS 899/2009, de 18 de septiembre, "*aunque el alejamiento sería, en principio, también perfectamente aplicable, no sólo en relación con la propia víctima sino, incluso, con sus familiares, pues así lo establece expresamente, como posibilidad abierta al Tribunal, el artículo 48.2 del Código Penal, lo cierto es que hay que tener en cuenta que semejante decisión no significa un pronunciamiento de carácter estrictamente punitivo sino de finalidad exclusivamente protectora respecto de aquellos a quienes se establece, por lo que habrá de apreciarse la existencia de algún riesgo real para ellos, constatado como consecuencia de los hechos enjuiciados, que establezca y justifique la conveniencia de su adopción".*

3.- Realmente, en el presente caso se advierte claramente cómo en ningún momento la conducta infractora del acusado revela intención delictiva contra la familia de Nagore Laffage. Por todo ello, fue correcta la decisión de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Navarra cuando de forma razonada consideró inadecuada esta medida de alejamiento.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMO.- Como tercer motivo**,** al amparo del artículo 849.1 se alega **infracción de ley** e inaplicación del art 139.1 CP.

1.- Este recurrente viene a explicar que el Ayuntamiento de Irún en sus

conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de asesinato al concurrir la circunstancia de alevosía y, alternativamente, como un delito de homicidio con la agravante de abuso de superioridad, pero, aunque tanto la sentencia de instancia como la de apelación acogen su tesis alternativa, la existencia de un voto particular ha sido la razón por la que ha formulado este motivo.

2.- El motivo formulado, por su coincidencia con los similares de los anteriores recurrentes, ha de ser desestimado por las razones con relación a ellos ya expuestas.

RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACIÓN POPULAR JUNTAS GENERALES DE GUIPÚZCOA.

UNDECIMO.- Como primer y único motivo**, a**l amparo del artículo 849.1 se formula **infracción de ley** e inaplicación del art 139.1 CP.

1.- Sostiene el recurrente que debió haberse estimado la concurrencia de la **alevosía** sorpresiva y por desvalimiento, habiéndose aprovechado el acusado de la indefensión de la víctima, la cual, por los arañazos que solamente pudo ocasionar al acusado, demuestra que su defensa fue levísima y por ello inapreciable.

2.- Por su coincidencia esencial con los motivos equivalentes de los anteriores recurrentes, remitiéndonos a cuanto al respeto dijimos, desestimamos el presente por las razones allí expuestas.

DUODECIMO.- Desestimándose el recurso de casación, formulado por infracción de ley, por las representaciones del acusado D. JOSÉ DIEGO

YLLANES VIZCAY, de las acusaciones populares INSTITUTO NAVARRO PARA LA IGUALDAD, EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, EXCMO. AYUNTAMIENTO DE IRUN, LAS JUNTAS GENERALES DE GUIPUZCOA, así como por los acusadores particulares D. DOMINGO LAFFAGE ASTEASUINZARRA, Dª. MARIA ASUNCIÓN CASASOLA PARDO Y D. JAVIER LAFFAGE, procede imponerles las **costa**s de sus respectivos recursos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr, y acordar la pérdida del depósito, para el caso de haberlo constituido.

III. FALLO

DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LA ESTIMACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACION por infracción de ley, interpuestos por las representaciones del acusado D. JOSÉ DIEGO YLLANES VIZCAY, de las acusaciones populares INSTITUTO NAVARRO PARA LA IGUALDAD, EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, EXCMO. AYUNTAMIENTO DE IRUN, LAS JUNTAS GENERALES DE GUIPUZCOA, así como por los acusadores particulares D. DOMINGO LAFFAGE ASTEASUINZARRA, Dª. MARIA ASUNCIÓN CASASOLA PARDO Y D. JAVIER LAFFAGE, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 16 de marzo de 2010, en causa seguida por delito de asesinato, condenando a dichos recurrentes al pago de las **costas** ocasionadas por sus respectivos recursos, y a la pérdida del depósito, para el caso de haberlo constituido.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Julián Sánchez Melgar **D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca** **D. Francisco Monterde Ferrer**

D. Luciano Varela Castro **D. Enrique Bacigalupo Zapater**

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Francisco Monterde Ferrer, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.