

**Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 690/2009 de 25 junio**

**RESUMEN**

**Elementos de la agravante de ensañamiento**

**I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO**

El Juzgado de Instrucción nº 5 de Granada, instruyó Sumario nº 10/2005, contra José Enrique, Ángel Jesús, Candida, Rosendo y Antonieta, por delitos de asesinato, robo con violencia, tenencia ilícita de armas, incendio y encubrimiento, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada, que con fecha 14 de septiembre de 2007, en el rollo nº 111/2005, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"1.- De las pruebas practicadas, apreciadas en conciencia, resulta probado y así se declara que en la tarde del día 9 de septiembre de 2005 los hermanos Ángel Jesús, éste de 29 años de edad y con antecedentes penales por delitos contra la salud pública, y José Enrique, de 31 años de edad y con antecedentes penales no computables por cancelables, coincidieron en la ciudad de Marbella (Málaga), a donde se habían trasladado desde su localidad de residencia en Cenes de la Vega (Granada) ese mismo día, con su amigo Rosendo, de 21 años de edad y sin antecedentes penales, y la pareja sentimental de éste, Candida, de 28 años de edad y sin antecedentes penales. Tras permanecer varias horas juntos mientras consumían todas distintas bebidas alcohólicas y algunos de ellos cocaína en cantidad que se ignora, Ángel Jesús propuso a los demás trasladarse con él y su hermano hasta la provincia de Granada para entre todos entrar en una vivienda-cortijo próxima a la cola del pantano de Quéntar y sustraer de su interior el dinero que allí pudiera guardar su morador, pues por haber vendido fruta por la zona, próxima a su localidad de residencia, ejerciendo su actividad de vendedor ambulante, y concretamente al dueño del cortijo en alguna ocasión anterior, conocía que el cortijo, denominado "El Ripio", se encontraba en un paraje rural, aislado y poco frecuentado, alejado en varios kilómetros de la localidad de Quéntar en cuyo término municipal se encuentra, aunque comunicado por una carretera secundaria que une esa población con la localidad de La Peza cerca de cuyo margen se ubica la finca, y sabía que su morador, quien resultó ser D: Virgilio, de 67 años de edad, y además de ser un hombre mayor vivía solo en ese inmueble.- Aceptada la propuesta a la que se sumó también José Enrique, quien en ese momento residía con su hermano en el domicilio de éste, emprendieron los cuatro el viaje en la furgoneta en la que José Enrique y Ángel Jesús habían llegado, haciendo alguna parada durante el camino de vuelta que hicieron por la ruta de la costa en la que aprovecharon para hacer alguna consumición más, y llegaron a Cenes de la Vega pasadas las 0 horas de la madrugada del día 10, en cuya localidad Ángel Jesús decidió cambiar de vehículo y coger para trasladarse al cortijo, el turismo propiedad de su compañera sentimental Dª Antonieta, Renault Scenic matrícula ....-TQJ, por ser más cómodo que el otro al contar con cuatro plazas.- Seguidamente se trasladaron todos en el automóvil que conducía Ángel Jesús al paraje escogido al que llegaron pasadas las 1 horas, y para no alertar al morador de su llegada, aparcaron el coche fuera de la vista desde la vivienda, al otro lado de la carretera. Antes de apearse, Rosendo cogió un bate de béisbol que se encontraba bajo el asiento del conductor, bate de dimensiones regulares, de madera y dura consistencia, y de esta forma los cuatro se dirigieron sigilosamente hacia la puerta principal de la vivienda. Una vez allí, tras

deliberar brevemente y ofrecerse Candida a hacerlo, ésta llamó a la puerta mientras los demás se agazapaban al acecho por los alrededores, consiguiendo que D. Virgilio , quien ya se había acostado, saliera a preguntar quien era; tras decirle Candida que necesitaba ayuda porque se le había averiado el coche y llevaba consigo a una niña pequeña, D. Virgilio confiado y sin sospechar nada, decidió socorrerla tardando varios minutos en abrir para vestirse.- Al salir al exterior y llevando D. Virgilio una linterna a pilas para alumbrarse ya que el cortijo carecía de luz eléctrica, Candida consiguió que el anciano la siguiera unos metros en dirección a la carretera donde se encontraban escondidos los demás, y en ese momento José Enrique saltó sobre D. Virgilio y le inmovilizó cogiéndole de los brazos por detrás mientras uno de los otros dos hombres le colocaba sobre la cara una sudadera que le anudaron en la cabeza para impedirle ver, le tumbaron seguidamente boca arriba sobre el suelo, y mientras José Enrique tenía al anciano inmovilizado, los otros dos hombres entraron en el interior, Rosendo y Ángel Jesús volvieron a salir y mientras José Enrique seguía sujetando a D. Virgilio sobre el suelo, los otros dos comenzaron a golpearle indistintamente por todo el cuerpo, Rosendo con el bate de béisbol, Ángel Jesús a patadas, al mismo tiempo que le exigían les dijese donde guardaba el dinero; alguno de estos golpes rozó accidentalmente a José Enrique que seguía sujetando al anciano. Como quiera que éste suplicaba que no le agredieran más y les prometió que les diría dónde estaba el dinero, que lo guardaba en la casa, decidieron entrar y entre los cuatro arrastraron a d. Virgilio al interior, dejándolo malherido sobre el suelo de la sala principal mientras José Enrique seguía sujetándole y los demás procedían a registrar las distintas dependencias, empleando para alumbrarse un aparato de camping-gas y una linterna que allí encontraron, registro que efectuaron concienzudamente causando gran desorden en todas las dependencias.- Como el anciano se movía tratando de desasirse de José Enrique , éste gritó a los demás para que vinieran a ayudarle, por lo que Rosendo buscó una cuerda con la que Ángel Jesús ató fuertemente las manos a D. Virgilio cruzándoselas sobre el pecho, y entre los dos le colocaron sobre la cabeza un saco que le anudaron al cuello con una cuerda delgada de rafia mientras seguían registrando los demás, José Enrique recomendó al anciano que confesara dónde tenía el dinero porque si no le iban a matar. Ante esa advertencia, D. Virgilio, que a pesar de encontrarse ya malherido seguía resistiéndose a facilitar la información, les dijo que estaba dentro de una chaqueta de cuadros de su dormitorio en el dormitorio próximo, por lo que José Enrique y Candida se dirigieron a dicho cuarto, donde tampoco encontraron nada. AL sentirse burlados, Ángel Jesús y Rosendo montaron en cólera y arrastraron al anciano hasta el dormitorio contiguo donde volvieron a golpearle de nuevo a pesar de sus lamentos y sus peticiones de clemencia, cada vez más débiles, propinándole entonces repetida e indiscriminadamente toda suerte de golpes con el bate y patadas sobre la cara, la espalda, las piernas y el pecho todo ello, una vez más, mientras le exigían que les dijera dónde estaba el dinero con la advertencia que de que le iban a matar, llegando Rosendo a saltar repetidamente sobre el tórax de D. Virgilio y a pisotearle la cara. como tampoco consiguieron nada, cada cual siguió con su tarea de registrar, llegando Candida a buscar entre las ropas de D. Virgilio , bajándole los pantalones y subiéndole el jersey que vestía, de nuevo sin resultado. El registro de la casa se extendió por todas sus dependencias produciendo un gran desorden general con el vuelco de cajones y armarios, esparcimiento de enseres y descolocación del mobiliario.- Seguidamente, Ángel Jesús subió las escaleras hasta la planta superior y en una de las dos habitaciones que allí había, situada a la izquierda según se ascendía, encontró debajo del colchón de una cama una escopeta de caza marca Lanber Ibargun, modelo SP, calibre 12, con número 147098, valorada en 96 euros, que estaba cargada. Con la escopeta bajó hasta el dormitorio donde esta D. Ángel Jesús y para persuadirle

una vez más de que colaborara, efectuó un disparo sobre una de las paredes de la habitación impactando los proyectiles sobre esa pared y la contigua con la que hacía rincón. Como no reaccionaba, pues de hecho ya había fallecido, para asegurarse de que estaba muerto uno de los asaltantes con gran fuerza le apretó el cuello con sus manos para estrangularle.- En ese momento, ya inquietos por el ruido del disparo y comprendiendo que en esas condiciones no podrían encontrar el dinero que buscaban, decidieron los cuatro abandonar el lugar, antes de lo cual Ángel Jesús , para borrar posibles huellas, decidió incendiar la casa para lo cual subió a la dependencia donde había encontrado la escopeta y con un encendedor, cerilla o similar, prendió fuego en una esquina del colchón de la cama. Asimismo decidieron llevarse la escopeta para después venderla o cambiarla por droga, siendo Ángel Jesús quien la portaba.- Una vez en el vehículo y cuando ya circulaban por la carretera, decidieron volver al advertir que dentro del cortijo habían dejado olvidado el bate de béisbol, para lo cual se apearon Rosendo y José Enrique quienes volvieron a entrar en la casa y lo recuperaron.- Emprendido el viaje de regreso y cuando bordeaban el pantano, Ángel Jesús y Rosendo discutieron sobre la conveniencia de deshacerse de la escopeta o de quedársela optando finalmente por lo primero, para lo cual detuvieron el vehículo y entre los dos arrojaron el arma al agua, la cual no ha sido recuperada. Al regresar a Cenes de la Vega sobre las 3'30-4 h. de la madrugada, Rosendo y Candida se hospedaron en el hotel Calderón de la localidad para pasar el resto de la noche a lo cual les invitó Ángel Jesús , y a la mañana siguiente, en compañía de su compañera D<sup>a</sup> Antonieta , Ángel Jesús les llevó de vuelta a Marbella.- Un día después, y aprovechando una excursión familiar a la costa en compañía de otro hermano que había venido a visitarles, Ángel Jesús decisión deshacerse el bate de béisbol que dicho hermano a su petición arrojó por la ventanilla del vehículo sobre la maleza cuando circulaban a la altura del Km. 174'100 de la carretera N-323, e donde fue recuperado días después por la Guardia Civil gracias a las indicaciones de D<sup>a</sup> Antonieta .- II.- D. Virgilio sufrió numerosos traumatismos en la cabeza y el tórax como consecuencia de los golpes recibidos; así, se le produjo luxación de ambas articulaciones mandibulares, fractura nasal abierta, herida contusa en zona frontoparietal derecha, heridas incisivas de menor consideración en la mano derecha, múltiples focos contusivos en ambos pulmones, fisura del tercio medio del esternón, y múltiples fracturas en las costillas 2<sup>a</sup> a 9<sup>a</sup> derechas (siendo dobles tanto en su parte anterior como posterior en las 6<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup>, 8<sup>a</sup> y 9<sup>a</sup>) y en las costillas 2<sup>a</sup> a 12<sup>a</sup> izquierdas, siendo ese traumatismo torácico severo el que le produjo un shock hipovolémico que le causó la muerte.- Como consecuencia del intento de estrangulamiento que se produjo cuando ya estaba muerto D. Virgilio , se fracturó el cadáver el asta mayor izquierda del hueso hioides y el asta superior izquierda del cartílago tiroideos.- III.- El fuego iniciado en la habitación del piso superior del cortijo se extendió hasta la habitación existente al otro lado de la escalera en la misma planta cuyo techo se derrumbó, y a través de las escaleras descendió hasta la dependencia donde se encontraba el cadáver, calcinando a su paso muebles y enseres, fracturando cristales y quemando paredes y puertas, ascendiendo el valor de los desperfectos causados en el mobiliario a 673 € y a 9.651'22 € el coste de reparación de los daños causados en el inmueble.- El finado guardaba en el armario de la habitación donde murió, dentro del bolsillo de un pantalón, 205 € en metálico, y una cantidad no determinada de billetes de curso legal en el interior de una pequeña caja de caudales portátil en la habitación contigua a aquélla donde se desató el incendio, dinero éste último que se quemó resultando inservible y no cuantificable.- IV.- Una vez en Marbella y para evitar ser descubiertos, Candida y Rosendo se trasladaron al cortijo familiar de éste en Campohermoso (Almería), durante cuya estancia surgieron graves desavenencias entre ellos al sopesar Candida la posibilidad de entregarse,

marchándose ella tres días después pese a la resistencia de Rosendo , quien llegó a agredirla para impedirle por temor a que pudiera delatarle, al ser auxiliada en la misma carretera por unos transeúntes y la Policía Local de Níjar (Almería). Al día siguiente, el 14 de septiembre siguiente, Candida se presentó espontáneamente en Comisaría de Policía de Málaga y manifestó su deseo de declarar sobre los hechos sucedidos en el cortijo y la muerte de su morador, lo cual motivó la inmediata intervención de los Agentes de la Guardia Civil en Granada que habían tomado la investigación, hasta entonces sin ninguna pista posible acerca del autor o autores, ante los cuales Candida prestó declaración en la cual reveló la identidad de las cuatro personas que habían participado en los hechos, ella misma incluida, y las circunstancias en que tuvieron lugar aún cuando faltó parcialmente a la verdad al ofrecer su versión en su intento por exculparse a sí y a su compañero sentimental.-" (sic)

## SEGUNDO

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- Que debemos absolver y absolvemos libremente a Antonieta del delito de encubrimiento de que se le acusaba en esta Causa.- Que debemos condenar y condenamos a Ángel Jesús , como autor responsable de un delito de asesinato, de un delito de robo con violencia en las personas, de un delito de daños y de un delito de tenencia ilícita de armas, ya definidos, concurriendo en los tres primeros delitos la circunstancia agravante de aprovechamiento de circunstancias de tiempo y lugar [...].- Que debemos condenar y condenamos a Rosendo , como autor responsable de los mismos delitos de asesinato, robo con violencia en las personas y tenencia ilícita de armas, concurriendo en los dos primeros la circunstancia agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo [...].- Que debemos condenar y condenamos a José Enrique , como autor responsable de los mismos delitos de asesinato y robo con violencia en las personas, concurriendo en ambos la agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo [...].- Y debemos condenar y condenamos a Candida, como autora responsable de los mismos delitos de asesinato y robo con violencia en las personas, concurriendo en ambos delitos la circunstancia agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo y la circunstancia atenuante analógica de confesión [...]

## TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación [...]

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

[...]

### SEGUNDO

1.- En el ordinal segundo cuestiona este penado la aplicación de la agravante de ensañamiento. Y lo hace por el cauce del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 140 y 139.3º del Código Penal , lo que obliga a mantener el más absoluto respeto a los hechos tal como son declarados en la sentencia de instancia.

2.- **Dos son los lugares en los que el Código Penal aborda la agravación de la responsabilidad por razón del sufrimiento de la víctima o del ofendido por el delito. De manera genérica en el artículo 22.5ª y de manera específica, utilizando solamente, en este caso, la denominación de ensañamiento, en el artículo 139.**

La Jurisprudencia no ha puesto un especial cuidado en deslindar las consecuencias que pudieran derivarse de la diversidad de descripción que, de sus requisitos, hace el legislador en uno y otro de esos lugares. Pueden consultarse entre las Sentencias más recientes núms. 99/2009 de 2 Febrero, 949/2008 de 27 Noviembre y 713/2008 de 13 Noviembre.

De manera general, **puede decirse que este Tribunal ha perfilado como elementos de la agravación los siguientes:**

**1º.- La entidad del daño causado.** Respecto de éste se ha dicho, sin matizar las diferencias entre agravación genérica y específica, que ha de evaluarse desde una perspectiva relativa, de suerte que la medida necesaria para la agravación exigiría una comparación.

Ahora bien, el término de comparación es, sin duda, en la agravante genérica del artículo 22.5 el padecimiento necesario para poder ejecutar el delito. En la agravante específica de ensañamiento del artículo 139, por el contrario, no se expresa tal término de comparación para establecer que se rebasa el canon que da lugar a la cualificación del delito. Aunque parece presuponer la necesidad de parangonar, dado que requiere que el daño implique un aumento, concepto que implica dos medidas, de las que una supone entidad mayor que la otra. En todo caso el objeto del aumento lo ha de ser el dolor del ofendido. Concepto de escasa diferencia respecto al sufrimiento de la víctima de que habla la agravante genérica.

Donde la asimilación de discurso, el del artículo 22.5 y el del 139, es más difícil, es en el criterio de referencia para la comparación.

En la agravante genérica se sitúa claramente en el ámbito "económico" de la dinámica de comisión. Lo relevante es que la diferencia de entidad del dolor sea inútil por innecesaria para obtener los objetivos que busca la acción típica.

Pero esa perspectiva no está explícita en la agravante específica del artículo 139. De ahí que en alguna resolución este Tribunal haya estimado la agravante cualificadora de asesinato, aunque el daño causado por el sujeto activo se mostró insuficiente para conseguir la muerte de la víctima. Como en el supuesto de la Sentencia nº 1089/2007 de 19 Diciembre, rec. 10301/2007, siquiera en ella se insista en que los actos que dan lugar a la agravación son los que se realizan además de los necesarios objetivamente para causar la muerte con el deseo de incrementar el sufrimiento.

Por otra parte no cabe olvidar que la consecuencia agravatoria en la medida de la pena de la agravante de ensañamiento en el delito de homicidio es diversa de la que reporta la concurrencia de la agravante genérica. Así ésta, conforme al artículo 66 del Código Penal, incluso si concurre con otra, solamente da lugar a la imposición de la pena en la mitad superior, determinando la imposición de la superior en grado solamente si concurre como tercera agravante. Por el contrario, en el homicidio, si concurre sola, ya da lugar a la diversidad de tipo con superior pena (asesinato) y agrava aún más la pena de éste nuevo tipo si concurre con la alevosía o con la agravante de precio recompensa o promesa. Lo que, si bien lleva a una interpretación más estricta, sugiere que la naturaleza del supuesto que la determina es diverso de la del que da lugar a la genérica.

En consecuencia, por un lado, los supuestos en que se causa dolor a la víctima gratuito por disfuncional darán lugar a la cualificación del homicidio como asesinato si revisten suficiente intensidad como para justificar la importante consecuencia en la medida de la pena, pero, por otro lado, cuando ese dolor adquiere ese canon de crueldad de especial intensidad, al que luego nos referiremos, deberá estimarse el ensañamiento aunque todos

los actos sean funcionales para el objetivo de privar de vida a la víctima, se consiga o no dicho resultado letal.

Y es que resulta fácil comprender que la elección de un método torturante cruelmente doloroso no puede excluir la agravante cualificadora del asesinato, por más que los singulares actos, en que aquel método se dispone en la estrategia criminal, sean todos funcionales y objetivamente necesarios al cumplimiento de sus previsiones.

En conclusión la funcionalidad de acto cruel no es necesaria, pero tampoco suficiente, a los efectos del art. 139 del Código Penal.

**2º.- Que el daño implique un dolor o sufrimiento, lo que requiere que el ofendido o la víctima se encuentre en condiciones de experimentar ese daño, por lo que la agravación no es posible si, por ejemplo, ya ha fallecido cuando el sujeto comete los actos por los que se cuestiona la posibilidad de agravar su responsabilidad.** Lo que ocurre en este caso sólo respecto de los intentos de estrangulamiento de la víctima, porque ésta, en ese momento, ya había fallecido.

**3º.- Que el daño merezca ser calificado como inhumano. Lo que quiere decir que supone crueldad,** calidad que, si bien referida al autor connotaría complacencia en el daño, en el contexto de la descripción legal de la agravante, **que relaciona esa nota con el resultado de la acción, predica únicamente intensidad del padecimiento en medida tal que cabe tildarlo de insufrible para el común de los seres humanos.**

**4º.- Que el sujeto activo perciba que causa, y se proponga precisamente obtener, ese incremento de dolor o sufrimiento.** Eso y no otra cosa supone la exigencia típica de la deliberación, que más connota tiempo en la formación de la decisión que referencias a estados emocionales en el autor, los cuales, por ello, son irrelevantes, salvo en la medida que justifiquen la exclusión de aquella demorada reflexión, que la deliberación implica.

En los hechos probados se afirma: que, tras el fracaso de la primera búsqueda del objeto a sustraer, este recurrente y D. Ángel Jesús , comenzaron a golpearle indistintamente por todo el cuerpo con el bate y a patadas; le ataron las manos, le colocaron un saco en la cabeza, que anudaron al cuello con una cuerda, lo arrastraron y volvieron a golpear a patadas tras el segundo fracaso de la búsqueda de lo que deseaban robar, dirigiendo los golpes de bate y patadas contra la cara, la espalda, las piernas y el pecho, mientras el anciano suplicaba clemencia, saltaron sobre su pecho y le pisotearon la cara. De tal suerte que el cuadro de lesiones predicaba la entidad de la agresión: luxación de ambas articulaciones mandibulares, fractura nasal abierta, heridas diversas en zona frontoparietal, mano derecha, múltiples focos contusitos en ambos pulmones, fisura de tercio medio de esternón, y múltiples fracturas de costillas desde la 2ª a la 9ª en lado derecho y que en varias era dobles y las costillas de la 2ª a la 12ª del lado izquierdo. El fallecimiento se produjo como consecuencia de shock hipovolémico.

Ninguna duda se nos alcanza sobre: a) la enormidad del sufrimiento que acarrea la estrategia lesiva acometida, que, sean funcionales o gratuitos los citados golpes para causar la muerte, ha de calificarse de cruel e inhumano y b) que el tiempo invertido implica, no solo ausencia de improvisación, sino persistencia en la adopción de la decisión de producir el dolor a la víctima, a lo que no se opone el estado de ánimo, "encolerizado", de los autores.

Por ello, al compartirse la calificación de ensañamiento de la recurrida, el motivo se rechaza. [...]

### **III. FALLO**

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Ángel Jesús, como autor responsable de un delito de asesinato [...], a Rosendo, como autor responsable del mismo delito de asesinato [...], a José Enrique, como autor responsable del mismo delito de asesinato [...] y a Candida , como autora responsable del mismo delito de asesinato[...]

Confirmamos en lo demás la sentencia recurrida, cuyos restantes pronunciamientos no modificados por los del anterior apartado se dan aquí por reproducidos [...]