



## Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 10 Dic. 2009, rec. 10399/2009

Ponente: Marchena Gómez, Manuel.

Nº de Sentencia: 1284/2009

Nº de Recurso: 10399/2009

Jurisdicción: PENAL

ASESINATO. Muerte por asfixia de la víctima, pareja de hecho del agresor, primero con las manos y después con una almohada. Dolo eventual. Revocación de condena por homicidio en la instancia. Concurrencia de alevosía. Naturaleza y modalidades comisivas de la agravante. Ataque inesperado en situación de convivencia. Falta de prevención absoluta de la víctima sobre la posibilidad de una agresión mortal. Irrelevancia de que el acusado no seleccionara medio o modo ejecutivo más seguro para causar la muerte, limitándose a empujar a la víctima sobre la cama y después asfixiarla, porque el aseguramiento de la muerte no requería otros medios que doblegaran su reacción defensiva. ARREBATO U OBCECACIÓN. Doctrina general sobre la atenuante. No apreciación. No basta la prueba del acaloramiento momentáneo, pues se exige un alto grado de afectación sólo justificable como expresión de un trastorno interior o como reacción a un estímulo poderosísimo sobre las posibilidades de autocontrol de la conducta violenta. AGRAVANTE DE PARENTESCO. Apreciación por la Sala como simple y no cualificada. Su fundamento no tiene que ver con el medio de ejecución empleado para acabar con la vida de la propia pareja, ni con la duración de la agonía, ni con la diferente corpulencia física entre el agresor y su víctima, factores en los que el tribunal de instancia fundó su cualificación.

### TEXTO

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

### SENTENCIA

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal del acusado **Rodrigo** y por las representaciones legales de la **acusación particular** ejercida por Pedro Jesús y Claudio , contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía al conocer del recurso de apelación penal número 3/2009, contra sentencia del Tribunal del Jurado dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado número 3/2006, por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Jaén, seguido por delito de asesinato contra Rodrigo , los Excmos. Sres. Componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente Rodrigo representado por el Procurador Sr. Arredondo Sanz; los recurrentes Pedro Jesús y Claudio representados por la Procuradora Sra. Rodríguez Chacón, y como parte recurrida el



Abogado del Estado (S/Rf: S.J.E. 19/09) y el Letrado de la Junta de Andalucía. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. Don Manuel Marchena Gomez.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.**- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Jaén, instruyó procedimiento del Tribunal del Jurado núm. 3/2006, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, rollo de apelación núm. 1/2008, dictándose por el Tribunal del Jurado sentencia de fecha 27 de noviembre de 2008, que contiene los siguientes *HECHOS PROBADOS*:

*"El Tribunal del Jurado declaró probados los siguientes hechos:*

*Sobre las diez horas del día 12 de octubre del año 2006, el acusado Rodrigo , que convivía en una vivienda del puente Tablas de Jaén con Guadalupe , encontrándose en el dormitorio de la citada vivienda, mantuvo una discusión con Guadalupe , discusión que fue sabiendo (sic) de tono con insultos entre ambos y en un momento de la misma encontrándose Guadalupe de pie junto a la cama, el acusado empujó a Guadalupe que cayó sobre la cama y una vez allí, el acusado se colocó encima de ella, inmovilizándola y anulando sus posibilidades de defensa y tras ponerle las manos en el cuello apretándoselo a continuación con una almohada le tapó la boca y la nariz, ocasionándole la muerte por asfixia al sufrir insuficiencia respiratoria aguda por insuficiente aporte de oxígeno por obstrucción de los orificios respiratorios, posteriormente el acusado bajó al sótano de la vivienda con la intención de quitarse la vida sin conseguirlo, llamando a continuación a un abogado amigo suyo a quien le comunicó que había matado a su novia, por lo que el letrado le dijo que se fuera a Jaén y lo comunicara a la Policía y Rodrigo cogió el coche presentándose en la Comisaría en la policía de Jaén, comunicando lo sucedido.*

Guadalupe contaba con 29 años de edad y tenía dos hermanos Claudio y Pedro Jesús , con los que no convivía (sic).

**Segundo.**- La sentencia del Tribunal del Jurado dictó el siguiente pronunciamiento:

*"FALLO: Que de conformidad con el contenido del veredicto del Tribunal del Jurado que ha juzgado la presente causa, DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado Rodrigo como autor criminal y civilmente responsable de un delito de asesinato ya definido concurriendo la circunstancia atenuante de arrepentimiento y la agravante de parentesco, a la pena de dieciocho años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y al pago de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular y a que indemnice a cada uno de los hermanos, Claudio y Pedro Jesús , en la cantidad de 50.000 euros, que devengará el interés previsto en el art. 576 de la L.E.Civil , siéndole de abono para el cumplimiento de la pena el tiempo que ha estado privado cautelarmente de libertad por esta causa de no haberlo sido en otra. No procede proponer al Gobierno la gracia del indulto.*

*Notifíquese la presente resolución a las partes previniéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dentro de los diez días siguientes a la notificación en los términos previstos en el art. 846 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (sic).*



Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, las representaciones legales del acusado y la **acusación particular**, interpusieron recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dictó sentencia de fecha 2 de marzo de 2009 , con el siguiente pronunciamiento:

*"FALLO: Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal del condenado contra la sentencia de 27 de noviembre de 2008 dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado en el ámbito de la Audiencia provincial de Jaén, debemos revocar y revocamos parcialmente su fallo en el sentido de condenar a Rodrigo como autor de un delito de homicidio, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco y de la atenuante de confesar la infracción alas autoridades, a la pena de trece años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, dejando intactos el resto de pronunciamientos, y sin imposición de las costas causadas en esta alzada (sic).*

Cuarto.- Notificada a las partes la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, se interpuso recurso de casación por infracción de Ley y vulneración 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.

Quinto.- El recurso interpuesto por la representación de Rodrigo , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

I.- Infracción de Ley, de conformidad con lo previsto en el art. 849.1 de la LECrim , en relación con el art. 142 del CP , habida cuenta el fundamento Jurídico Tercero de la sentencia que se recurre, sobre la existencia de *animus necandi* en su representado. II .- A) Infracción de Ley de conformidad con lo previsto en el art. 849.2º de la LECrim , e Infracción del art. 25 CE , en relación con el art. 21-3 del CP , por no aplicación de la atenuante de arrebato u obcecación. B) Infracción de Ley, de conformidad con lo previsto en el art. 849.2 de la LECrim , e Infracción del art. 25 CE , en relación con los arts. 23 y 66.7 del CP . C) Infracción igualmente por no aplicación del art. 21.4 y del art. 66.7 del CP, al considerar como simple la circunstancia atenuante. III .- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim, y 5.4º de la LOPJ, ambos en relación con el art. 24 de la CE .

Sexto.- El recurso interpuesto por la representación legal de la **acusación particular** ejercida por Pedro Jesús y Claudio , basa su recurso en un **ÚNICOMOTIVO DE CASACIÓN**:

ÚNICO.- Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim .

Séptimo.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 10 de septiembre de 2009, evacuado el trámite que se le confirió y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos de los recursos que, subsidiariamente, impugnó.

Octavo.- La Sala lo admitió a trámite quedando **conclusos los autos para señalamiento de deliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.

Noveno.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 9 de diciembre de 2009.



## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2009, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia se interponen sendos recursos de casación. De una parte, por la representación legal del acusado, Rodrigo; de otra, en nombre de la acusación particular, por Pedro Jesús y Claudio . Procede su examen diferenciado.

RECURSO DE Rodrigo

II.- El primero de los motivos se anuncia formalmente al amparo del art. 849.1 de la LECrim , infracción de ley, falta de aplicación del art. 142 del CP . En el desarrollo del motivo se añade la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE) y el principio de legalidad penal (art. 25 CE). La misma argumentación referida a la ausencia de voluntad de matar anima el tercero de los motivos, si bien éste se formaliza al amparo del art. 852 de la LECrim , denunciando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Se impone, por tanto, un tratamiento conjunto de los motivos primero y tercero.

A juicio de la defensa de Rodrigo , éste no tenía intención de matar a su compañera. No hay prueba directa de ese propósito de acabar con la vida de Guadalupe . No hubo lesiones graves, ni zonas del cuerpo afectadas por golpes homicidas. Tampoco quedó acreditado ningún móvil que explicara ese deseo de matar. El acusado y su víctima se disponían a compartir desayuno y ver una película desde la cama. No había, pues, ningún hecho previo que alentase la idea de dar muerte a Guadalupe . El propio acusado confesó los hechos reconociendo "*... que se le había ido la mano*". En suma, la muerte de su compañera nunca habría sido querida por el acusado, quien "*... en el fragor de una fortísima discusión provocada por la víctima, en la que hubo lucha y de una vez que Rodrigo no era consciente habida cuenta el estado en que recaía cuando surgían estos episodios con su pareja, actuó de forma imprudente, mediante el empleo de fuerza de la que no era consciente y que finalmente de una forma combinada por la concurrencia de factores tales como la falta de oxígeno, aire y sangre de la víctima, le provocó finalmente la muerte*" (sic)

El motivo no es viable.

El juicio histórico describe un mecanismo causante de la muerte por asfixia que sólo puede explicarse como expresión de una acción dolosa. El acusado, según expresa el factum inmovilizó a la víctima y "*... tras ponerle las manos en el cuello apretándoselo a continuación con una almohada le taponó la boca y la nariz, ocasionándole la muerte por asfixia al sufrir insuficiencia respiratoria aguda por insuficiente aporte de oxígeno por obstrucción de los orificios respiratorios*".

Está fuera de dudas la eficacia mortal de la agresión a la que el acusado sometió a su víctima. La lectura del factum y, sobre todo, la descripción del mecanismo causante de la muerte de Guadalupe está bien distante del significado de cualquier acción imprudente y se sitúa de lleno en el ámbito de la acción dolosa, incluso, en su modalidad de dolo directo. Sabemos que existe el dolo directo cuando, de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias al acto que se asumen.

Desde esta perspectiva, el tapado de las vías respiratorias durante un tiempo relevante -en el presente caso, con fundamento en el dictamen



forense, el Tribunal alude a un tiempo "... *al menos cercano a los cinco minutos*"- no admite otra consecuencia que el fallecimiento de la persona que es sometida por la fuerza a esa pérdida de oxígeno.

La representación de Rodrigo , en su legítima estrategia de defensa, busca presentar la acción homicida que acabó con la muerte de Guadalupe como la desafortunada consecuencia de una acción imprudente de aquél. Sin embargo, su propio razonamiento no escapa al significado del dolo eventual, predicable de toda acción generadora de un riesgo para el bien jurídico que el acusado no tiene la seguridad de controlar. En efecto, Rodrigo creó una incuestionable situación de riesgo para la vida de Guadalupe . El tiempo transcurrido hasta la muerte de la víctima, con los consiguientes espasmos que anunciaban su agonía, tuvieron que llevarle claramente la representación de que si no cesaba en su mecanismo de asfixia, la muerte de Guadalupe resultaría inevitable, como consecuencia indisoluble de la situación de riesgo originada por el propio agresor. Y en eso consiste el dolo eventual.

En la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado. Por lo que se entiende que quien actúa no obstante tal conocimiento está ratificando con su decisión la producción del resultado. Afirmando que la aceptación del resultado existe cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias, con lo que en ella no se rompe del todo con la teoría del consentimiento, aunque se atenúen sus exigencias al darlo por presunto desde el momento que el autor actúa conociendo los peligros de su acción (STS 1841/2001, de 17 octubre). De manera que actúa con dolo eventual el que conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de la producción de tal resultado. Si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado, añadiendo que se admite la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones de peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico, esto es, el dolo eventual no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor (ATS 79/2002, de 14 enero).

En definitiva, la jurisprudencia viene generalmente estimando que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima (SSTS 1715/2001, de 19 octubre; 439/2000, de 26 de julio).

Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" (SSTS 737/1999, de 14 de mayo; 1349/20001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).



La batería argumental complementaria que invoca la defensa del acusado -por cierto, sin reflejo en el hecho probado-, referida al distendido ambiente que precedió a la discusión y a la propia reacción posterior de Rodrigo , que lejos de intentar fugarse o eliminar cualquier rastro de su acción, se dirigió a la comisaría de policía, carecen de entidad jurídica para devaluar la concurrencia de dolo. Ocasionar voluntariamente la muerte no es, desde luego, incompatible con un ambiente previo de relajación o afecto. Tampoco desnaturaliza la prueba de la concurrencia de un ánimo homicida el hecho de que, una vez conocido el alcance de su acción, el acusado se entregue a los agentes de policía.

Por cuanto antecede, procede la desestimación de los motivos primero y tercero (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

III.- El segundo de los motivos, a su vez, se descompone en distintos apartados que aconsejan un tratamiento individualizado.

1.- Estima el recurrente, con invocación del art. 849.2 de la LECrim , que la sentencia de instancia debió haber aplicado la atenuante de arrebató u obcecación del art. 21.3 del CP .

El desarrollo argumental del motivo pone de manifiesto que, en realidad, se han fusionado en un único motivo, dos causas de impugnación que habrían requerido un análisis individualizado. Por una parte, la defensa solicita una rectificación del factum al amparo del art. 849.2 de la LECrim , con el fin de adicionar los pasajes de la historia clínica que refieren episodios de ansiedad y epilepsia. Además, con cita pormenorizada de precedentes de esta Sala acerca de la atenuante de arrebató u obcecación, reivindica su aplicación al supuesto de hecho enjuiciado.

El motivo no puede ser acogido.

De entrada, los documentos que deberían acreditar el error decisorio no reúnen los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala. El recurrente se refiere a las declaraciones de Rodrigo , prestadas a lo largo de la causa. Sin embargo, como ya hemos declarado en innumerables ocasiones -de las que las STS 546/2007, 12 de junio y 795/2007, 3 de octubre , son buena muestra-, ni las diligencias policiales, ni la declaración judicial del condenado ni, por supuesto, el acta del juicio oral, son documentos a efectos casacionales, conforme viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, cfr. STS 480/2003, 4 de abril). Tampoco tiene el carácter de documento y por tanto carece de virtualidad impugnatoria, el soporte auditivo o audiovisual en el que se ha grabado el juicio. (Cfr. STS de 196/2006, 14 de febrero y 284/2003, 24 de febrero).

De ahí que el esfuerzo argumental encaminado a acreditar la pretendida equivocación del órgano decisorio, con fundamento en el testimonio de Rodrigo , esté condenado de antemano a ser inatendido.

Algo similar acontece con la historia clínica, también señalada como indicación del error valorativo del Tribunal *a quo*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo -como recordábamos en la STS 1023/2007, 30 de noviembre - no deja a este respecto margen alguno para la duda. El documento ha de poner de manifiesto el error en algún dato o elemento fáctico o material por su propio poder demostrativo directo. Ese dato o elemento no puede estar contradicho por cualquier otro elemento probatorio que haya sopesado el tribunal. Además, ese dato contradictorio, acreditado documentalmente, ha de ser relevante para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo. La autosuficiencia probatoria tiene que traducirse en que el documento, por sí solo, ha de proyectar su intrínseco significado jurídico frente a todos, sin



necesidad de otros medios probatorios. Dicho en palabras de la STS 166/1995, 9 de febrero , resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

Y si bien se mira, el hecho de que el factum fuera enriquecido con una indicación referida a los antecedentes de ansiedad o a alguna esporádica crisis epiléptica del acusado, no implicaría, sin más, la prueba de que el día de los hechos la acción del acusado fue impulsada por un estado de arrebato con la suficiente entidad como para generar el efecto atenuatorio que se persigue.

En la STS 4337/2008, 10 de julio , decíamos que la circunstancia atenuante prevista en el art. 21.3 del CP da entrada a aquellas situaciones emocionales en los que el autor, sin llegar a perder el control de sus actos, se ve sometido a una presión espiritual que le impulsa a actuar. En palabras de la STS 2085/2001, 12 de noviembre , la atenuante tercera del art. 21 del Código Penal , denominada de «estado pasional», que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre, como el que es objeto de esta censura casacional. Es del todo evidente que en toda situación de acometimiento personal, derivada de una disputa previa en la que sin solución de continuidad de las palabras se pasa a los hechos (delictivos), el acaloramiento como situación pasional es todo punto concurrente con situaciones de tensión, ofuscación e incluso de cierto descontrol anímico. Pero tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como de «arrebato» u «obcecación». El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una «especie de conmoción psíquica de furor» y la segunda como «un estado de ceguedad u ofuscación», con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda; otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el «arrebato como emoción súbita y de corta duración» y la «obcecación es más duradera y permanente» (STS 1237/1992, 28 de mayo); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 1196/1997, 10 de octubre).

Ahora bien, tal atenuante será incompatible con aquellas situaciones en que el acaloramiento y la perturbación anímica que produce dicho estado son consustanciales al desarrollo de la comisión delictiva, como sucede en las riñas mutuamente aceptadas, en donde tras crisparse los ánimos, las palabras se convierten en ardientes arietes que desencadenan una tensión tan fuerte que los sujetos, presos del calor y de la tensión, avivados por la defensa de sus respectivas posiciones, inmersos en la descompostura, continúan por acometerse mutuamente, agrediendo con intensidad. Y en ese estadio de ofuscación, naturalmente concurrente en toda riña, no puede apreciarse la circunstancias atenuante de arrebato, como ha declarado esta Sala con reiteración, al no poderse privilegiar el dar rienda suelta a las pasiones.



En resumen, cualquier reacción pasional o colérica, que en tantas ocasiones acompaña a determinadas manifestaciones delictivas, no puede constituirse en atenuación. Para la estimación de la atenuante sería preciso que estuviese contrastada la relevancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebatado -acaloramamiento- consiste, así como la influencia menguante sobre la inteligencia y voluntad del agente, a partir de una razonable conexión temporal entre el estímulo y la pasión desatada (cfr. STS 843/2005, 29 de junio).

Los documentos invocados por el recurrente carecen de la suficiencia casacional precisa para acreditar el error valorativo de la Sala de instancia. Incluso, aun admitiendo la hipotética rectificación del *factum* acogiendo los antecedentes de ansiedad y epilepsia padecidos por el acusado, en modo alguno resultaría de aplicación la atenuante reivindicada, al no concurrir los presupuestos fácticos que la jurisprudencia viene exigiendo para su viabilidad.

El motivo, pues, ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

2.- También con errónea cita del art. 849.2 de la LECrim, se denuncia infracción de ley, error de derecho en la aplicación del art. 23 del CP, en relación con el art. 66.7 del mismo texto penal.

Estima la defensa de Rodrigo que la apreciación de la agravante de parentesco como muy cualificada carece de justificación. El motivo tiene que ser estimado.

En el presente caso, la apreciación de la agravante de parentesco se hallaba plenamente justificada, en la medida en que la agresión, por su propia naturaleza, se desencadenó en el escenario de una discusión entre dos personas convivientes, unidas por un lazo de afectividad, que hacía mucho más intenso el juicio de reproche. Sin embargo, la justificación del Tribunal *a quo* para avalar la decisión del Magistrado-Presidente, que consideró esa agravante como muy cualificada, no puede ser compartida por esta Sala. Se dice en el FJ 6º que al hecho de una convivencia vigente -que justificaría la agravación-, "... se añaden otros elementos (...) como la duración del mecanismo que produjo la muerte de Guadalupe y el hecho de que pese a que no se hayan aportado datos concretos que justificasen la apreciación de la agravante de abuso de superioridad sí parece indiscutible que en el hecho de <anular> las posibilidades de defensa de la víctima sí debió influir la mayor fortaleza física del agresor".

La circunstancia mixta de parentesco descrita en el art. 23 del Código Penal, en su versión de circunstancia agravante, justifica el incremento de pena en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por una relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima (cfr. SSTS 657/2008, 24 de octubre, 147/2004, 6 de febrero). Esta circunstancia, en fin, resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas, su carácter de agravante se justifica por la mayor entidad del mandato contenido en la ley, dirigido a evitar esa clase de conductas (cfr. SSTS 1153/2006, 10 de noviembre y 682/2005, 1 de junio).





Por más controvertida que en el terreno dogmático resulte la fundamentación de esta agravante, lo cierto es que su contenido poco tiene que ver con los aspectos relacionados con el medio de ejecución empleado para acabar con la vida de la propia pareja. Ni la duración de la agonía, ni la diferente corpulencia física entre el agresor y su víctima -que bien podrían haber justificado la apreciación de otra agravante-, pueden estar en la base de la atribución del carácter muy cualificado a la agravante del art. 23 del CP .

Por cuanto antecede, procede la estimación del motivo, con las consecuencias penológicas que se expresarán en nuestra segunda sentencia.

3.- Por el cauce que ofrece el art. 849.2 de la LECrim , la defensa denuncia infracción de ley, inaplicación indebida de los arts. 21.4 y 66.7 del CP , al no apreciar la atenuante de confesión como muy cualificada.

De nuevo el recurrente se aparta de exigencias técnicas propias de la impugnación casacional. Los documentos mediante los que se pretende justificar el error valorativo -básicamente las diligencias policiales y las declaraciones del acusado-, carecen de virtualidad a estos efectos. La Sala, interpretando lo que podría ser una pretensión implícita que denunciara un error jurídico en la calificación de los hechos, tampoco detecta razones que respalden la procedencia del motivo.

Conforme indica el factum, el acusado llamó a un "... *abogado amigo suyo a quien comunicó que había matado a su novia, por lo que el letrado le dijo que se fuera a Jaén y lo comunicara a la Policía y Rodrigo cogió el coche presentándose en la Comisaría de Policía de Jaén, comunicando lo sucedido*". Éste es el presupuesto fáctico que ha llevado al Tribunal de instancia a la apreciación de la atenuante ordinaria de confesión (art. 21.4 CP). La exclusión de efectos atenuatorios privilegiados ha sido razonada a partir de una doble consideración. De una parte, porque las circunstancias de la muerte de Guadalupe llevarían a dirigir la investigación muy pronto hacia la persona con la que aquella convivía, es decir, al propio acusado. De otra, porque el testimonio de Rodrigo estuvo salpicado de elementos tendentes a una disminución de su responsabilidad, lo que "... *siendo desde luego legítimo, reduce la intensidad a la atenuante de que se trata*".

El hecho de que el acusado no emprendiera la fuga aprovechando la proximidad de la carretera a Madrid, o que no hiciera desaparecer el cadáver -como argumenta el recurrente-, no multiplica los efectos atenuatorios de su entrega voluntaria. El fundamento de la atenuante de confesión hay que buscarlo en lo que el acusado hizo, no en lo que podría haber hecho y sin embargo descartó.

En suma, la Sala estima que el criterio de los Jueces de instancia puede ser compartido y no merece censura, procediendo la desestimación del motivo (arts. 885.1 y 884.3 y 4 LECrim).

*RECURSO DE Pedro Jesús Y Claudio*

IV.- La acusación particular formaliza un único motivo, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , denunciando error jurídico en el juicio de subsunción, al estimar indebidamente inaplicado el art. 139.1 del CP .

Argumenta la acusación particular -en un laborioso motivo enriquecido con citas doctrinales y precedentes de esta misma Sala- que los hechos deberían haber sido calificados como integrantes de un delito de asesinato por concurrencia de alevosía. A su juicio, nada podía hacer presagiar la dinámica de los acontecimientos. En el campo de las hipótesis podría esperarse, junto a la agresividad verbal, un acometimiento



físico proporcional, como podía ser el hecho de empujar a la víctima y que cayera en la cama. Lo imprevisto está en los hechos posteriores. Una vez que la víctima está en la cama, colocarse sobre ella -aprovechando la diferencia de fuerzas y de ubicación-, inmovilizarla y comenzar un proceso de estrangulamiento que finalizó en la asfixia provocada por el taponamiento de las vías respiratorias.

El motivo ha de ser estimado.

La STS 888/2008, 10 de octubre, con cita de la STS 357/2005, 22 de marzo , recuerda el criterio uniforme de la jurisprudencia de la Sala Segunda -expresado, entre otras, en la STS 49/2004, 22 de enero - cuando distingue entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa: a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera; b) alevosía súbita o inopinada, llamada también «sorpresiva», en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible y c) alevosía de desvalimiento, en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, dormidas o privadas de conocimiento.

El supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento exige el examen de la posible concurrencia de la segunda de las modalidades descritas, esto es, la alevosía sorpresiva, aquella que por su carácter inesperado ofrece al agresor la ventaja asociada a todo ataque súbito, que no permite siquiera articular una elemental estrategia de defensa. Y como tantas veces acontece, la cuestión no está exenta de dificultades. En el plano doctrinal, postulando una restricción del ámbito material de esta agravante, se ha dicho que nada hay más lógico y humano que todo aquel que ejecute una acción homicida, quiera asegurarla sin correr riesgos para su propia integridad física. El aseguramiento de la ejecución de los propios actos forma parte de la realidad de las cosas.

Sea como fuere, la jurisprudencia de esta Sala, aunque no sin oscilaciones, propugna hoy un entendimiento de la alevosía como circunstancia mixta, en la que concurren elementos objetivos, que miran a los medios, modos o formas de la ejecución, pero sin descartar la exigencia de elementos subjetivos, que enfatizan el ánimo tendencial del sujeto, cuya acción homicida está filtrada por ese propósito más reprochable de *obrar sobre seguro* (cfr, por todas, STS 2047/2000, 28 de diciembre , con cita de otras muchas) .

El Tribunal *a quo*, en su razonamiento para justificar la exclusión de la agravante de alevosía ha puesto el acento en la dimensión subjetiva de la alevosía, interpretando que la forma en que se produjo la agresión de Rodrigo sobre Guadalupe no era, de entre las imaginables, ni la más determinante ni la más segura. El acusado, en fin, no habría ejecutado la acción después de optar entre las distintas posibilidades a su alcance. Se habría limitado a seguir el impulso agresivo que fue creciendo como consecuencia de la discusión y a culminar, mediante asfixia, su propósito homicida ("*... a tal fin no <selecciona> ningún medio o modo alevoso, de entre otros alternativos que condujesen al mismo fin, para causar la muerte. El medio empleado no es, de entre los imaginables a su alcance, ni el más determinante ni el más seguro. No utiliza objetos contundentes, no golpea por la espalda, no queda constancia de que espere a que la víctima se encuentre en especial estado de*



desatención o confianza, ni tampoco aparentó un apaciguamiento que diera solución de continuidad a la disputa, para luego "sorprender" a la víctima con una posterior agresión rápida e inesperada o esperar una situación más propicia, y ni siquiera consta que valorase si existían instrumentos, objetos o recursos que la víctima pudiera oponer en su defensa. Simplemente da un empujón y "vence sus resistencias" hasta conseguir el fin pretendido. No es, pues, que procurase mediante sorpresa o emboscada, o que aprovecharse una situación previa de indefensión para cometer el hecho con seguridad y sin riesgos, sino que con la intención de matar venció sus defensas por su mayor fortaleza física o por la agresividad de su acometimiento. Fue una agresión cuerpo contra cuerpo de la que resultó la muerte de la agredida. No existe, por tanto, ningún elemento que permita un reproche adicional de cobardía o alevosía a la víctima, por encima del reproche, ya de por sí mayúsculo, propio del hecho de matar voluntariamente a su compañera" (FJ 4).

Sin embargo, la Sala no puede compartir este razonamiento.

La decisión sobre la concurrencia o no de la agravante de alevosía no puede hacerse depender de uno solo de los aspectos que definen su naturaleza. La ponderación por el órgano decisorio de la capacidad de selección del medio ejecutivo al alcance del agresor, no puede verificarse con un criterio abstracto que, llevado a sus últimas consecuencias, siempre permitiría concluir la existencia de otro modo imaginable más seguro que el efectivamente escogido por el acusado. En efecto, Rodrigo golpeó a Guadalupe de una forma absolutamente inesperada, sorprendiendo así a la víctima que, hallándose en el dormitorio compartido por ambos, cayó sobre la cama. No faltan precedentes en esta Sala que han precisado que la situación de convivencia entre agresor y víctima es de por sí generadora de una total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (STS 86/1998, 15 de abril). Pero es que, a partir de ese momento, Rodrigo -según refleja el factum- "... se colocó encima de ella, inmovilizándola y anulando sus posibilidades de defensa y tras ponerle las manos en el cuello apretándoselo a continuación con una almohada le tapó la boca y la nariz, ocasionándole la muerte por asfixia". Es cierto que el acusado no utilizó ningún instrumento contundente, ni golpeó por la espalda. Probablemente porque el aseguramiento de la muerte de Guadalupe no requería otros medios que doblegaran su reacción defensiva. La víctima está en el dormitorio que compartía con su agresor. Su falta de prevención sobre la posibilidad de una agresión mortal es absoluta. De hecho, no existe constancia en la sentencia recurrida de ninguna agresión o maltrato previo que le hubiera hecho sentirse alarmada por la acalorada discusión que precedió a su muerte. Rodrigo inmoviliza a Guadalupe, colocándose sobre ella, que yace sobre la cama. De la eficacia de esa inmovilización y de su seguridad como estrategia de ejecución, habla el hecho de que, según dictaminaron los médicos forenses y recoge la sentencia cuestionada -vid. FJ 3º-, esa forzada sujeción de Guadalupe duró un tiempo cercano a cinco minutos, sin que la víctima pudiera articular defensa alguna durante su prolongada agonía. El acusado, en fin, obró sobre seguro y pudo inmovilizar a su compañera durante el tiempo preciso para privarle de oxígeno.

Cuanto antecede obliga a la estimación del motivo.

V.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

### III. FALLO



Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación, promovido por la representación legal del acusado Rodrigo , por estimación parcial de su segundo motivo , por infracción de ley, contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2009, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en causa seguida contra el mismo por el delito de asesinato.

Asimismo, debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la acusación particular representada por Pedro Jesús y Claudio , por estimación del único motivo de su recurso, infracción de ley.

En consecuencia, casamos y anulamos dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, 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. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Manuel Marchena Gomez D. Diego Ramos Gancedo

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

#### SEGUNDA SENTENCIA

Por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso de apelación penal 3/09, procedimiento del Jurado, tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Jaén, se dictó sentencia de fecha 2 de marzo de 2009 , que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

#### I. ANTECEDENTES

Único.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

#### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en los FFJ III y IV de nuestra sentencia precedente, procede la estimación parcial del recurso promovido por la defensa, declarando que la circunstancia agravante de parentesco (art. 23) concurre con el carácter de circunstancia ordinaria, no cualificada. Asimismo, estimando el motivo formalizado por la acusación particular, debemos declarar que los hechos son constitutivos de un delito de asesinato, al concurrir la agravante de alevosía prevista en el art. 22.1 del CP .

La calificación de los hechos como integrantes de un delito de asesinato del art. 139.1 del CP , con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco (art. 23) y la atenuante de confesión (art. 21.4), nos obliga a movernos en un ámbito punitivo de entre 15 y 20 años



de prisión. Por aplicación de la regla prevista en el art. 66.7 , que en los casos en que concurran atenuantes y agravantes exige que éstas se valoren y compensen racionalmente, la Sala estima adecuado la fijación de la pena en 17 años de prisión, a la vista del significado que en la ejecución posterior a los hechos tuvo la conducta del acusado confesando su acción a los agentes de policía y el carácter objetivo de la agravante de parentesco.

### III. FALLO

Se deja sin efecto la pena de prisión por tiempo de 13 años impuesta por el tribunal de instancia y **se sustituye** por la de **17 años de prisión** .  
Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez  
D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Manuel Marchena Gomez D. Diego Ramos Gancedo

### PUBLICACIÓN

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