



Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 4 Nov. 2009, rec. 10536/2009

Ponente: Delgado García, Joaquín.

Nº de Sentencia: 1108/2009

Nº de Recurso: 10536/2009

Jurisdicción: PENAL

HOMICIDIO. El acusado causó la muerte, mediante asfixia, a la mujer con la que convivía. Apreciación de dolo directo, incompatible con la imprudencia. ALEVOSÍA. Concepto, modalidades y ámbito de aplicación. Existencia de alevosía en el caso de autos, que no puede penarse por razón del principio acusatorio, al no haber podido el acusado defenderse del cargo de asesinato. Nunca las acusaciones en sus escritos hablaron de un golpe previo en la cabeza de la mujer que quedó aturdida, aprovechando el acusado esta indefensión sobrevenida para asfixiarla. ENSAÑAMIENTO. Elementos. No se estima hubo sufrimiento innecesario en el estrangulamiento. MALOS TRATOS. Agresión a la compañera con erosiones y hematomas que se detectaron al realizar la autopsia. CONFESIÓN. No se aprecia. ARREBATO U OBCECACIÓN. Carácter violento del acusado. No apreciación de atenuante. DILACIONES INDEBIDAS. No se estima. Transcurso de 4 años desde que ocurrieron los hechos hasta que se dictó sentencia, sin paralización del procedimiento. PENALIDAD. Motivación de la pena impuesta cercana al máximo legal. Gravedad de los hechos. RESPONSABILIDAD CIVIL. Fijación de la cuantía.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil nueve

SENTENCIA

En los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante este tribunal penden, interpuestos por el acusado Gregorio representado por la procuradora Sra. Fernández Luna Tamayo y la acusación particular: **Ismael y Zulima** representados por la procuradora Sra. Rodríguez Herranz, contra la sentencia dictada el 25 de febrero de 2009 por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga, que además de otros pronunciamientos absolutorios, condenó a dicho acusado por



un delito de homicidio y otro de malos tratos, los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han reunido para su deliberación y fallo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y ponente, Joaquín Delgado García.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Málaga instruyó sumario con el nº 1/07 contra **Gregorio** que, una vez concluso, remitió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga que, con fecha 25 de febrero de 2009 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Probado, y así se declara, que: A) que el procesado Gregorio , mayor de edad y sin antecedentes penales, mantenía una relación sentimental, que databa de 1 año y 6 meses a 2 años, con Ángeles , conviviendo con ella en Avenida de Europa en Málaga. En la noche del 4 al 5 de abril de 2005, a causa de unos videos de contenido pornográfico que Ángeles descubrió que el procesado tenía, se suscitó una violencia (sic) discusión entre ambos en el curso de la cual la golpeó ocasionándole equimosis en ceja izquierda y en cara interna del labio inferior, así como hematomas en cara posterior del tercio medio del antebrazo derecho sobre la apófisis esteroideas del radio y 3º, 4º y 5º metacarpiano de la mano derecha, para seguidamente darle un empujón que dio lugar a que Ángeles cayera golpeándose la cabeza con un objeto saliente o contundente que le produjo infiltrado hemorrágico en el músculo temporal derecho e intensa congestión en parénquima -encefálico con foco conclusivo frontal izquierdo de 3.7 por 1.2 centímetros, y en región temporal derecha de 3.5 centímetros de diámetro, lesiones esas que no eran mortales de necesidad aunque dejaron a Ángeles aturdida. El procesado, que continuaba con su acción violenta y con intención de acabar con la vida de Ángeles , la cogió del cuello apretándole fuertemente y provocándole la oclusión de las vías respiratorias causándole la muerte por anoxia, presentando la víctima importantes infiltrados hemorrágicos en músculo esternocleidomastoideo, traquea y laringue, denotadores de la fuerte presión ejercida por el procesado.

B) En días previos a estos hechos, el procesado Gregorio , golpeó a Ángeles , produciéndole erosión en reborde costal izquierdo y en región suprainguinal derecha, y hematomas en cara interna del tercio superior del brazo izquierdo y derecho, en muslo derecho y antebrazo izquierdo, que se presentaron como evolucionadas al momento de practicarse la autopsia y que habrían precisado para sanar una asistencia facultativa con 4 a 5 días de curación.



Transcurridos los hechos descritos en el apartado A) el procesado, llamó alarmado a su padre Serafin , exclusivamente diciéndole "no respira, ha ocurrido algo malo" siendo este último quien dio aviso a la policía que, tras personarse en el domicilio, detuvo al procesado."

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

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado Gregorio , como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio, con la agravante del art. 23 del Código Penal , ya definido, y de un delito de malos tratos en el ámbito familiar ya definido a las penas: A) por el delito de homicidio pena de 14 años y 9 meses de prisión, y B) por el delito de malos tratos pena de 9 meses de prisión y privación del derecho de tenencia y porte de armas por 3 años una vez cumplida la condena. Se impone al procesado la prohibición de aproximarse y comunicar con los padres de Ángeles , en su domicilio, residencia o centro de trabajo durante 10 años tras el cumplimiento de la pena, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

El procesado indemnizará a los herederos legales de la finada Ángeles , en la suma de 200.000 € que devengarán el interés legal del dinero, siendo de abono para el cumplimiento de la expresada pena el tiempo que ha estado privado de libertad en la presente causa y se aprueba, por sus propios fundamentos el auto de insolvencia de 12-11-2007 que el Juzgado instructor dictó y consulta en el ramo correspondiente. Asimismo debemos de absolver y absolvemos de los delitos de trato degradante y mal trato habitual de los que vienen siendo acusado, al no quedar acreditados."

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por el acusado **Gregorio y la acusación particular Ismael y Zulima** , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación **del acusado** , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.-** Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ , denuncia vulneración del art. 24.1 y 2 , tutela judicial efectiva en relación con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. **Segundo.-** Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ , denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación. **Tercero.-** Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ , denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia, falta de aplicación de la atenuante de arrebatu o obcecación del art. 21.3º CP. Cuarto .- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ , denuncia vulneración del



derecho a la tutela judicial efectiva por indefensión por falta de motivación en la individualización de la pena (art. 120.3º CE) y correlativa infracción del art. 66 del CP. Quinto .- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ , denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación en la fijación de la indemnización por responsabilidad civil (art. 120.3º CE). **Sexto.**- Al amparo del art. 849.2º LECr, error de hecho en la apreciación de la prueba. Séptimo .- Infracción de ley, por aplicación indebida del art. 138 CP e inaplicación del 142 del mismo cuerpo legal. **Octavo.**- Infracción de ley, por falta de aplicación de la atenuante de confesión, bien como ordinaria, bien como analógica, arts. 21.4 y 6 del CP. Noveno .- Al amparo del art. 849.1 LECr inaplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas. **Décimo.**- Al amparo del art. 849.1º LECr alega vulneración del art. 66 del CP pues la sentencia no motiva la pena impuesta. **Undécimo.**- Al amparo del art. 849.1º LECr alega inaplicación del art. 115 del CP (responsabilidad civil).

5.- El recurso interpuesto por la representación **de la acusación particular**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**: **Primero.**- Al amparo del art. 849.1º LECr infracción del art. 140 y 139 CP (alevosía y ensañamiento). Segundo .- Al amparo del art. 849.1º LECr alega infracción de ley por inaplicación del art. 173.2 del CP .

6.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal **apoyó el motivo 1º de la acusación particular en cuanto a la concurrencia de la agravante de alevosía** y desestimó el resto de todos los motivos de ambos, la sala los admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la deliberación y votación el día 4 de noviembre del año 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento.La sentencia recurrida condenó a Gregorio como autor de dos delitos:

1º. Uno de homicidio (art. 138) con la circunstancia agravante de parentesco (mixta del art. 23), por haber causado la muerte mediante asfixia al apretar en el cuello con los dedos a la compañera con quien convivía tras una pelea en el propio domicilio.

2º. Otro de malos tratos en el ámbito familiar (art. 753) por haber ocasionado días antes a dicha compañera unas erosiones y hematomas en otra agresión; lo que se detectó al realizar la autopsia: tenía



el cadáver unas "lesiones evolucionadas", es decir, que no se correspondían con el episodio en que se produjo el fallecimiento.

Por tales delitos se impusieron respectivamente penas de prisión, una de 14 años y 9 meses y otras de 9 meses.

Ahora recurren en casación los padres de la fallecida que vienen actuando como acusación particular, así como el procesado, por dos y once motivos, todos los cuales han de rechazarse.

Recurso del condenado Gregorio .

SEGUNDO.- Examinamos en primer lugar unidos los motivos 1º y 6º, únicos que se refieren exclusivamente a la mencionada condena por malos tratos con lesiones leves que el CP (art. 153) sanciona como delito por haberse producido contra la compañera sentimental.

A) En el motivo 1º, por el cauce del art. 5.4 LOPJ , se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el referido a la presunción de inocencia del art. 24.1 y 2 CE .

El propio escrito de recurso reconoce las pruebas en que se fundó la condena por este delito del art. 153 CP:

1ª. Como prueba fundamental la diligencia de autopsia en la cual quedaron de manifiesto esas "lesiones evolucionadas", esto es, producidas unos días ante al suceso que ocasionó el fallecimiento, sobre lo cual declararon dos médicos forenses en el acto del juicio oral.

2ª Las declaraciones en el mismo acto de la madre de la víctima quien refirió lo que le manifestaba su hija: que el procesado la había agredido con anterioridad.

3ª. Lo que dijo el hermano de la fallecida, Eugenio: que se fue a vivir con Ángeles y su compañero al presentir que el acusado podía hacerle algo a su hermana y a esta le vio hematomas en varias ocasiones.

La realidad de esas "lesiones evolucionadas", tal y como aparecen relacionadas en el informe de autopsia (folios 143 y ss. el sumario), son una prueba de cargo de singular relevancia respecto de que existió el incidente de unos días antes, en el que se produjeron esa lesiones leves correctamente sancionadas conforme al art. 153.1 CP .

Esta prueba principal aparece corroborada por las otras dos testificales de la madre y el hermano de la víctima; corroboración que sirve en un doble sentido: en pro de la existencia de esa agresión anterior y en pro de la autoría del procesado respecto de ese otro episodio de unos días antes de aquel en que se produjo el fallecimiento.



Ciertamente condenar con esta prueba ha de considerarse como algo razonable, no ilógico y absurdo como pretende el recurrente aduciendo al respecto infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE .

Ni se vulneró este derecho fundamental de orden procesal, ni tampoco el relativo a la presunción de inocencia del art. 24.2. B) En el motivo 6º, con relación a estos mismos malos tratos del art. 153 CP , al amparo del art. 849.2º LECr , se alega error en la apreciación de la prueba.

Se señalan aquí cuatro documentos como contradictorios con los hechos probados de la sentencia recurrida, que en realidad no son tales:

1º. El informe de autopsia al que acabamos de referirnos, como prueba fundamental para acreditar la realidad de las tan repetidas "lesiones evolucionadas; junto con el de sanidad de los folios 736 a 738. Se dice, y es cierto, que en estos documentos no se hace constar la mecánica de causación de las mismas; pero esto no contradice lo afirmado en tales hechos probados: para condenar no era necesario precisar esa mecánica de causación. Nos remitimos a lo dicho en el anterior apartado A).

2º. Los otros dos pretendidos documentos son el Informe del Servicio de Atención a la Familia de la Comisaría de Policía de Málaga (folios 318 a 320) y el Informe Social de la Trabajadora Social Dª Sara (folio 599). Como estos informes dicen que los vecinos (y familiares) manifestaron no haber conocido peleas o agresiones anteriores a las del día del suceso final, se pretende que valga esto para dar como probado que ese otro incidente de días anteriores no había existido. También nos remitimos a lo dicho en el anterior apartado A).

Desestimamos los motivos 1º y 6º.

TERCERO.- Examinamos aquí el motivo 7º en el que se alega infracción de ley por aplicación indebida del art. 138 y no aplicación del art. 142 CP .

Pretende el recurrente que prospere su tesis de que los hechos no debieron calificarse como delito doloso de homicidio, sino como delito causado por imprudencia grave.

Entendemos que coger del cuello a la víctima apretando con fuerza hasta provocar la oclusión de las vías respiratorias causando la muerte por anoxia, que es lo que se dice al final del hecho probado A) de la sentencia recurrida, es una conducta reveladora de dolo directo, incompatible con la alegada imprudencia.

Rechazamos este motivo 7º.



CUARTO.- Pasamos ahora a tratar de los motivos 2º y 8º de este recurso de Gregorio , ambos destinados a impugnar la denegación de la circunstancia atenuante 4ª del art. 21 CP , la relativa al hecho de "confesar la infracción a las autoridades".

A) En el motivo 2º, con base procesal en el art. 5.4 LOPJ , se alega otra vez vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE por falta de la motivación exigida en el art. 120.3 , todo ello en relación con la falta de aplicación de al citada atenuante de confesión o, en su defecto, la analógica 6ª del mismo art. 21 .

Ninguna razón tiene pues motivación ciertamente existe, la necesaria para dejar de manifiesto que no cabía aplicar al caso tal atenuante del nº 4º (ni tampoco la analógica del nº 6º). Simplemente Gregorio nunca confesó el crimen que había cometido, un homicidio contra su compañera. En lugar de avisar a la policía o a algún servicio médico por si algo se podía hacer por la víctima se limitó a llamar por teléfono a su padre diciéndole "no respira, ha ocurrido algo malo", ante lo cual este último llama a la policía que viene al domicilio y detiene al procesado. Esto se dice en el último párrafo del relato de hechos probados y luego se explica en el párrafo 3º del fundamento de derecho 4º.

B) En el motivo 8º, con fundamento en el art. 849.1º LECr , se alega infracción de ley por falta de aplicación de las mencionadas atenuantes 4ª ó 6ª del art. 21 .

Conforme a lo que acabamos de decir, es claro que tal infracción de ley no existió: no hubo confesión a las autoridades de lo realmente ocurrido, ni conducta alguna que pudiera reputarse de análoga significación a tal confesión.

Desestimamos estos motivos 2º y 8º.

QUINTO.- En el motivo 3º, por el cauce procesal del art. 5.4 LOPJ , se vuelve a alegar infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 por falta de motivación respecto a la inaplicación al caso de otra circunstancia atenuante, la de arrebató u obcecación del art. 21.3º CP .

Motivación en verdad hubo. Se encuentra en el párrafo 3º del mencionado fundamento de derecho 4º en base a que no existió prueba alguna de que en ese momento en que dio muerte a su compañera hubiera padecido algún trastorno, ni siquiera de mínima clase, que pudiera afectar en algo a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad de Gregorio . Por el contrario, lo que aparece en algunas actuaciones es que el procesado era un hombre de carácter violento, algo que nada tiene que ver ni con el arrebató ni con la obcecación ni con ningún otro motivo pasional.



En todo caso nada hay en los hechos probados de la sentencia recurrida que pudiera ni siquiera servir de indicio al respecto.

Fue bien denegada esta circunstancia atenuante.

Desestimamos también este motivo 3º.

SSEXTO.- Nos referimos ahora al motivo 9º para terminar con el tema de las pretendidas circunstancias atenuantes.

Se alega aquí de nuevo infracción de ley por no haberse aplicado al caso la circunstancia atenuante analógica del nº 6º del art. 21 CP en base a la concurrencia en la tramitación del procedimiento de dilaciones indebidas.

En el apartado final del párrafo 1º del fundamento de derecho 4º de la sentencia recurrida se contesta de modo adecuado a esta cuestión diciendo que, si bien es cierto que hubo una instrucción en este procedimiento más dilatada de lo habitual, ello fue porque se practicaron multitud de pruebas periciales, las que propusieron las partes, varias de ellas precisamente por la defensa del procesado.

No es criterio bastante para la aplicación de esta atenuante por dilaciones indebidas el transcurso de casi cuatro años desde que ocurrieron los hechos hasta que se dictó la sentencia ahora recurrida. Lo importante es que no hubo paralización del procedimiento. El que algunas de las pruebas tardaran en finalizar por suscitarse cuestiones que requirieron aclaraciones o diligencias complementarias, nada tiene que ver con tales dilaciones indebidas. Hemos de recordar aquí que nos encontramos ante un procedimiento por un hecho grave, un homicidio, y que suscitó la alarma social propia de la llamada violencia de género, con personación incluso como acusaciones populares del Ayuntamiento de Málaga y de la Junta de Andalucía. Además, terminado el sumario, la Audiencia Provincial, porque las partes legítimamente pidieron nuevas pruebas, hubo de revocar el auto de conclusión para devolver el procedimiento al Juzgado de Instrucción para la práctica de otras diligencias.

Fue bien denegada esta circunstancia atenuante.

Rechazamos este motivo 9º.

SÉPTIMO.- En el motivo 4º, con apoyo en el art. 849.1º LECr , se vuelve a alegar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de la motivación exigida en el art. 120.3 CE , en relación con la cuantía de la pena de prisión impuesta, la de 14 años y 9 meses por un delito que se halla sancionado con pena que va desde los 12 años y 6 meses hasta los 15 (art. 66.1, regla 3ª), habida cuenta de la



circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP , que en estos delitos contra las personas funciona como circunstancia agravante. Es decir, una pena solo tres meses inferior al máximo legal posible de cinco años. Y ello -de esto es de lo que se queja el recurrente- sin motivación al respecto.

La motivación sobre este punto se encuentra en el párrafo último del fundamento de derecho 4º. Ciertamente podría haber sido más explícito. En todo caso entendemos que nos encontramos ante un suceso particularmente grave, no solo por tratarse de un homicidio respecto de la compañera sentimental -esto a la postre habría permitido imponer el mínimo referido de 12 años y 6 meses de prisión-, sino particularmente por el modo en que se produjo ese homicidio. Nos dice el relato de hechos probados que Gregorio , tras una pelea, cogió a Ángeles por el cuello y la apretó con fuerza hasta provocar la oclusión de las vías respiratorias causando así la muerte por anoxia, algo que revela ese carácter violento del procesado al que antes nos hemos referido, y también el sufrimiento de la víctima desde que se inició esa conducta de cogerla por el cuello hasta que se produjo su pérdida de conciencia, previa al óbito, que no llega en unos pocos segundos, sino en unos minutos como consta en el informe pericial a los folios 737 y 738.

Además, y esto es importante, como luego veremos, hubo alevosía en el caso presente, es decir, delito de asesinato del art. 139.1º , y no homicidio, como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal y también la acusación particular, aunque por razones procesales no pueda apreciarse en el caso esta circunstancia cualificadora (1ª del art. 139).

También desestimamos este motivo 4º.

OCTAVO.- Examinamos aquí unidos los motivos 5º y 11º, únicos que nos quedan por examinar de este recurso de Gregorio .

En el motivo 5º, también por el cauce del art. 5.4 de la LOPJ , se vuelve a alegar infracción de precepto constitucional, otra vez con referencia al derecho a la tutela judicial efectiva por falta de la motivación exigida por el art. 120.3 CE .

Alude aquí el recurrente a la cuantía de la indemnización a favor de los padres de la fallecida Ángeles que vienen actuando como acusación particular en el presente proceso, 200.000 euros.

En el motivo 11º se insiste en el mismo tema cuando, ahora por la vía del art. 849.1º, se dice que hubo infracción de ley por falta de aplicación del art. 115 CP que para estos casos manda establecer razonadamente en las resoluciones judiciales las bases en que se fundamenta la cuantía de los daños e indemnizaciones; todo ello para terminar pidiendo que tal indemnización se rebaje a 100.000 €.



Contestamos a estos dos motivos:

A) Hay que decir que existe motivación en esta cuestión que aparece en el fundamento de derecho 5º de la sentencia recurrida. Para fijar la cuantía de 200.000 euros dice las siguientes bases:

- La víctima no tenía hijos.

- Solo tenía ascendientes, sus padres que vienen actuando como acusadores particulares.

-La edad de la fallecida, que era de 24 años.

- Y demás circunstancias, con lo cual se estaba refiriendo al hecho de un homicidio doloso mediante un procedimiento especialmente aflictivo para la fallecida y también para los padres al conocer los detalles de lo ocurrido.

B) Nos hallamos ante un delito doloso, con lo cual no es obligado ajustarse a los baremos establecidos por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre , que se refiere a los daños producidos por accidentes de tráfico, una modalidad de las infracciones culposas.

Véase el fundamento de derecho 8º de nuestra sentencia 93/2009, de 29 de enero , y las que allí se citan, así como la 319/2007, de 18 de abril.

C) A nadie se le escapa la dificultad que hay para determinar las bases para fijar la cuantía de una indemnización por daños morales. Se trata de reparar con dinero algo irreparable de este modo, en este caso el dolor de unos padres por la muerte de su hija. Hemos dicho reiteradamente que son los mismos hechos probados y sus circunstancias los que constituyen por sí mismos tales bases (fundamento de derecho 7º de la STS 681/2007, de 10 de julio , entre otras).

D) Constituye un principio fundamental en esta materia, respecto de los recursos de casación, reconocer a la sala de instancia la facultad de fijar la cuantía en toda clase de indemnizaciones, de modo que lo único que puede discutirse en esta alzada son las bases que sirvieron para tal fijación (véase, entre otras muchas, nuestra sentencia 209/2003 de 12 de febrero -fundamento de derecho 10º -). Ciertamente con una excepción para los casos de cifras irrazonables o arbitrarias, tanto por exceso como por defecto (derecho a la tutela judicial efectiva), que no es lo aquí ocurrido. No lo son 200.000 euros para indemnizar a los padres de una joven de 24 años muerta a manos de su pareja de un modo tan particularmente cruel como el aquí utilizado por el procesado.

Desestimamos estos motivos 5º y 11º.

[Recurso de la acusación particular](#) .



NOVENO.- Antes de tratar sobre los dos motivos de este recurso, hemos de referirnos a una cuestión de orden procesal planteada por la defensa del procesado.

Nos pide que sea declarado desierto este recurso habida cuenta de que no fue formalizado en el plazo de quince días que le concedió la Audiencia Provincial para comparecer ante el Tribunal Supremo conforme a lo dispuesto en los arts. 859 y 873 LECr , impugnando el hecho de que esta sala le concediera un plazo adicional de tres días por providencia de 27 de abril de 2009 .

Solo decimos al respecto que esta última providencia fue notificada a las partes, también a la representación de Gregorio , sin que por nadie fuera recurrida, con lo cual quedó resuelto el problema aquí planteado.

DÉCIMO.- 1. En el motivo 1º de este recurso de la acusación particular, por el cauce del art. 849.1º LECr , se alega aplicación indebida del art. 138 , que sanciona el delito de homicidio, porque a su juicio tendría que haberse aplicado el art. 140, al concurrir dos de los elementos constitutivos del delito de asesinato, la alevosía y el ensañamiento, 1ª y 3ª de las circunstancias que cualifican esta infracción penal conforme al art. 139 .

Nos referimos aquí a la primera de tales dos circunstancias.

2. El asesinato, palabra cuyo origen etimológico está curiosamente ligado al término árabe "hachís", tan de actualidad ahora porque con él se designa uno de los modos de preparación de la droga derivada del cáñamo indico o "Cannabis Sativa", tiene precisamente su más caracterizada modalidad en la llamada muerte alevosa o a traición, recogida ya de antiguo en diversos fueros municipales, en el Fuero Real y luego en Las Partidas, apareciendo ligada a la tradición caballeresca de la Edad Media como la modalidad más grave del homicidio en contraposición a aquel que se producía cara a cara y en desafío.

El asesinato en su modalidad alevosa se encuentra presente en todos nuestros Códigos Penales, desde el primero de 1822 hasta el texto ahora vigente, aunque extrañamente desapareció la palabra asesinato en el de 1848.

En el Código Penal vigente, en el art. 22.1º , la alevosía se encuentra expresamente delimitada en su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, concretándose como la primera de las circunstancias que cualifican el asesinato en el art. 139 de dicho código . Aparece definida por la utilización de medios, modos o formas de ejecución que aseguran la realización del delito porque no existe riesgo para el sujeto activo del hecho que procediera de la defensa que pudiera hacer el ofendido.



Es decir, el núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo.

Tal eliminación de posibilidades de defensa puede derivarse de la manera de realizarse la agresión, bien de forma proditoria o aleve, cuando se obra en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que el que va a ser la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante o atacantes hasta el momento mismo del hecho, bien de modo súbito o por sorpresa, cuando el agredido, que se encuentra confiado con el agresor, se ve atacado de forma rápida e inesperada. También puede haber alevosía como consecuencia de la particular situación de la víctima, ya por tratarse de persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.), ya por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, sin conocimiento, anonadada, etc.).

En todos estos supuestos existe una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela en este modo de actuar un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivos para la sociedad este tipo de comportamientos en que no hay riesgos para quien delinque (fundamento objetivo).

Asimismo, ha de ponerse de relieve la particular significación que tiene el dolo en esta forma peculiar de asesinato, al ser necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de conocer el homicidio y ha de conocer también que lo realiza con la concreta indefensión de que se trate, y obrar en consecuencia (voluntad) requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso, el cual aparece recogido en el texto legal (art. 22.1ª) con la expresión "tiendan directa y especialmente a asegurarla".

En estos términos se viene manifestando con reiteración la doctrina de esta Sala (Sentencias de 9-2-89, 19-4-89, 26-10-89, 24-11-89, 23-1-90, 28-2-90, 29-6-90, 22-9-90, 15-10-90, 19-1-91, 15-4-91, 22-7-91 y 18-10-91, 15-2-93, 8-3-94, 10-6-94, 3-2-95, 6-4-95, 6.5.1996, 7.2.1997, 17.9.98, 24.9.1999, 19.5.2000, 31.12.2001, 9.12.2002, 26.9.2003, 24.2.2004, 13.10.2004, 2.11.2004, 7.12.2005, 19.5.2006, 20.12.2006, y 29.1.2009 entre otras muchas).

3. De las tres modalidades antes referidas, la segunda de ellas, el ataque por sorpresa, fue la alegada en la instancia como se deduce del contenido de las calificaciones provisionales de las dos partes acusadoras que solicitaron la aplicación de esta circunstancia modificadora del asesinato, la Junta de Andalucía y los padres de la fallecida. El Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Málaga calificaron los hechos como delito de homicidio. La sentencia recurrida lo excluye por entender que nada se acreditó sobre tal ataque por



sorpresa, argumentando que las lesiones sufridas por el procesado acreditan que ella se defendió; algo que ahora nosotros en esta alzada hemos de compartir.

Sin embargo, la cuestión se complica cuando en los hechos probados de la sentencia recurrida se dice que por un empujón de Gregorio ella cayó golpeándose en la cabeza contra un objeto saliente o contundente; golpe que no causó lesiones mortales, aunque "dejaron a Ángeles aturdida". Nos dice el relato que continuó el acusado su agresión hasta cogerla por el cuello, apretando tan fuertemente que provocó la oclusión en las vías respiratorias y la muerte por anoxia.

El Ministerio Fiscal basándose en ese aturdimiento y en la consiguiente indefensión total de la víctima nos dice que existió una alevosía sobrevenida, ante el cambio de la agresión en un momento en que ese aturdimiento la tenía sin posibilidad alguna de defenderse; postura conforme con reiterada doctrina de esta sala (citamos al respecto nuestra sentencia de 24.2.2004).

No obstante, hemos de dar la razón a la representación del procesado cuando, al contestar al escrito del Ministerio Fiscal, nos dice que en ningún momento esta parte pudo defenderse respecto de este hecho (aturdimiento de la víctima), porque nunca las acusaciones en sus respectivos escritos hablaron de tal golpe previo en la cabeza de Ángeles ni de dicho aturdimiento. Lo hemos comprobado al leer las conclusiones primeras de los escritos de calificación provisional de esas dos acusaciones, los padres de la fallecida y la Junta de Andalucía, luego elevados en este punto a conclusiones definitivas.

Ya conocemos que es precisamente la primera y más importante de las exigencias propias del principio acusatorio la prohibición de introducir en la sentencia datos o circunstancias de hecho, de los que se pudiera derivar la sanción penal o una agravación de esta, si antes no han sido traídos al procedimiento por las partes. De otro modo, se produciría una indefensión al procesado.

Por ello, esto es por exigencias procesales de rango fundamental, hay que estimar que no procede aplicar aquí el nº 1º del art. 139 CP .

UNDÉCIMO.- 1. En la segunda parte de este motivo 1º se vuelve a alegar infracción de ley por no haberse aplicado la circunstancia 3ª del mismo art. 139 , la de ensañamiento, que se define como aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

Requiere esta agravante para su apreciación dos elementos: uno objetivo, consistente en la causación de males innecesarios para producir la muerte; y otro subjetivo, que no es otra cosa que el dolo aplicado a tal elemento objetivo, esto es, conocer y querer esos males en su condición de innecesarios.



2. Nada de esto se aprecia en el relato que nos ofrece la sentencia recurrida. Hubo un primer episodio de discusión y golpes y otro segundo de agresión al cuello con una acción manual de apretar hasta impedir la respiración. En ninguno de ellos aparece ese sufrimiento innecesario ni esa intención específica de hacer sufrir más allá de aquellas lesiones primeras o de aquel hecho cruel de quitar la vida, pues el estrangulamiento como medio de matar carece de ese requisito de la innecesariedad.

DUODÉCIMO.- En el motivo 2º de este recurso de la acusación particular, con la misma base procesal del art. 849.1º LECr , se dice que hubo infracción de ley por no haberse aplicado al caso el art. 173.2 CP que sanciona el ejercer habitualmente violencia física o psíquica sobre alguna de las personas que allí se relacionan, entre ellas el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad; todo ello sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por cada uno de los actos concretos de tal violencia física o psíquica.

Se pretende que existieron otros actos violentos de Gregorio contra Ángeles , además de estos otros dos que se sancionan aquí, pero esto, que lo alegó la acusación particular en la instancia, no quedó acreditado.

Ha de rechazarse este motivo simplemente porque esa pluralidad de actos, base del concepto de habitualidad, no se encuentran recogidos en los hechos probados de la sentencia recurrida.

Costas .

DECIMOCUARTO.- Hay que condenar a las dos partes recurrentes al pago de las costas de sus respectivos recursos, en aplicación del art. 901 LECr .

III. FALLO

NO HA LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN formulados por **el condenado** Gregorio y por Ismael y Zulima en calidad de acusadores particulares contra la sentencia que al primero condenó por homicidio y malos tratos en el ámbito familiar, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga con fecha veinticinco de febrero de dos mil nueve , imponiendo a dichos recurrentes el pago de las costas de sus respectivos recursos y la pérdida del depósito constituido para recurrir respecto de la acusación particular.

Dada la situación de prisión en que al parecer se encuentra dicho condenado, comuníquese por fax el contenido del presente fallo a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos. En su día se devolverá la causa con certificación de esta sentencia.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julian Sanchez MelgarMiguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro Joaquin Delgado Garcia

PUBLICACION

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