

## Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 19 Jul. 2001, rec. 703/2000

Ponente: García-Calvo y Montiel, Roberto.  
Nº de Sentencia: 1465/2001  
Nº de Recurso: 703/2000  
Jurisdicción: PENAL

ASESINATO. De la esposa que había decidido iniciar los trámites de separación matrimonial. AGRAVANTES. Alevosía. Se aprecia al encañonar a la víctima cuando estaba durmiente. Parentesco. Apreciación de \_affectio maritalis\_ en el matrimonio que convivía bajo el mismo techo aunque la víctima había decidido iniciar trámites de separación matrimonial.

### TEXTO

En la Villa de Madrid, a 19 Jul. 2001.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Precepto Constitucional interpuesto por la representación del condenado José D. S. contra sentencia núm. 20/2000 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que desestimaba el recurso de apelación interpuestos por dicho condenado, confirmando la sentencia núm. 3/2000 del Tribunal del Jurado de fecha 17 Abr. 2000, y por el que dicho recurrente fue condenado por Delito de Asesinato, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la Vista y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Exmo. Sr. D. ROBERTO GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Fontanilla Fornieles, y siendo parte recurrida la Acusación Particular integrada por Cristóbal G. C., representado por el Procurador Sr. Goñi Jiménez.

### I. ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Ronda, incoó Causa núm. 2 de 1.999 contra José D. S., y una vez concluida, la remitió a la Audiencia Provincial de Málaga que por el procedimiento de la Ley del Jurado (Rollo de Sala núm. 7/99) y con fecha 17 Abr. 2000 dictó sentencia núm. 3/2.000 en la meritada causa; apelada dicha resolución por el condenado, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó sentencia núm. 20/2.000, en el rollo de apelación penal 21/00, con fecha 20 Jul. 2000 que contiene, entre otros, los siguientes Antecedentes de Hecho:

«Tercero. Con fecha 17 Abr. 2000 el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente dictó sentencia en la que, acogiendo el veredicto del Jurado, se declararon como probados los siguientes hechos: «Sobre las cinco horas de la madrugada del día 16 Abr. 1999, José D. S., mayor de edad y sin antecedentes penales, regresó al domicilio familiar sito en Ronda, calle Benaocaz. José estaba casado con Jacinta G. C., de cuya unión han nacido dos hijos, David y Sergio, de 14 y 7 años respectivamente. Jacinta había decidido iniciar los trámites de separación matrimonial a lo que se oponía José, siendo por ello frecuentes las discusiones de ambos esposos, desde el mes de febrero. José tiene una capacidad de conocer normal y de querer egoísta, sin alteraciones. Cuando José regresó al hogar, en la ocasión referida, cogió en el salón una escopeta de dos cañones, Marca L.I.G., núm. C-758 y varios cartuchos, cargó la escopeta y subió al dormitorio conyugal en busca de su esposa. Una vez en el dormitorio, la encañonó con la escopeta, cuya tenencia tenía debidamente autorizada, y la amenazó con matarla si no se levantaba. Jacinta se despertó sorprendida por la actitud de su marido, dijo a su hijo David que pidiese ayuda a los vecinos y, con gran temor, intentó huir escaleras abajo,

momento en que el acusado disparó desde arriba y alcanzó a Jacinta en el muslo de la pierna derecha atravesándole en trayectoria ligeramente oblicua, descendente y perpendicular al eje del fémur. La herida descrita no impedía la deambulación Jacinta continuó su huída, pero José insistía en su propósito y efectuó un segundo disparo, ya desde la planta baja de la vivienda, que atravesó la puerta por la que acababa de salir Jacinta, y la alcanzó en su cuadrante superior externo izquierdo mamario junto a la axila, con orificio de entrada y de salida, por lo que originó un gran destrozo anatómico. Ya en la calle, pues los perdigones alcanzaron al vehículo Opel Corsa , que se encontraba aparcado en las inmediaciones, José disparó por tercera vez, tras cargar nuevamente la escopeta, y alcanzó a Jacinta en la parte izquierda del abdomen, ocasionándole la rotura parcial del intestino delgado. Este tercer disparo se produjo a corta distancia, no tenía orificio de salida y de por sí habría comprometido seriamente la vida de Jacinta, si bien ya el anterior era mortal de necesidad, y de hecho su fallecimiento se produjo casi de inmediato como consecuencia de shock hipovolémico, broncoplegia pulmonar con insuficiencia respiratoria aguda y hemorragia interna masiva, por rotura de aórtica abdominal. Jacinta cayó muerta en el pórtico de la vivienda de la vecina, con la que mantenía estrechas relaciones de amistad y cuya ayuda demandaba a voces durante su huida. Sus hijos David y Sergio, intentaron inútilmente evitar la hemorragia, en tanto que José entró nuevamente en el domicilio familiar y se disparó en la zona de la mandíbula. El empleo de la escopeta para la agresión hacía difícil que José sufriera ataque alguno por parte de Jacinta, quien si bien podía intuir que algo podría pasar, por las insistentes amenazas, no lo que realmente ocurrió. Jacinta y José convivían aún bajo el mismo techo, pese a sus desavenencias, cuando se produjeron los hechos». (sic)

Cuarto: La expresada sentencia, tras los pertinentes fundamentos de Derecho, contenía fallo del siguiente tenor literal: «Que debo condenar y condeno al acusado José D. S., como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de parentesco, a las penas de dieciocho años y nueve meses de prisión, a la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de los menores David y Sergio D. G. por igual tiempo, y al pago de las costas de este juicio, con inclusión de las devengadas por la acusación particular, prohibiéndole que vuelva al término municipal de la localidad de Ronda (Málaga) durante cinco años y una vez cumplida la condena y debiendo indemnizar a cada uno de los menores citados en la cantidad de veinticinco millones de pesetas. Séale de abono, para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, todo el tiempo que de ella ha estado privado en razón a esta causa, caso de no habersele abonado para el cumplimiento de otra responsabilidad. Reclámese del juzgado instructor el envío de la pieza separada de responsabilidad civil concluída conforme a derecho. Llévase nota de esta condena al Registro Central de Penados y Rebeldes.». (sic).

Quinto. Notificada dicha sentencia a las partes, solo se interpuso en tiempo y forma oportunos contra la misma recurso principal de apelación por el acusado, en base a los apartados b) y e) del art. 846 bis c) de la L.E.Cr., sin que las restantes partes, al darles traslado de aquel en el trámite correspondiente, formularan recurso supeditado de apelación ni tampoco impugnaron el principal interpuesto (...).» (sic).

Segundo: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el acusado, D. José D. S., representado en esta alzada por el Procurador D. Juan Luis García Valdecasas Conde, contra la sentencia dictada, con fecha 17 Abr. 2000 por el Ilmo. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Audiencia Provincial de Málaga y en el rollo de que el presente dimana, cuyo fallo consta en el cuarto antecedente de hecho de la presente, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha sentencia, declarando de oficio las costas causadas en esta apelación». (sic).

Tercero. Notificada la sentencia a las partes, se preparo recurso de casación por la representación de José D. S., que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto. Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los

siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: PRIMERO. Se instrumenta por la vía del art. 849.1º de la L.E.Cr., al no haberse aplicado el art. 138 del C. Penal y haberse aplicado erróneamente el art. 139.1 estimándose la circunstancia de alevosía.

SEGUNDO. Por la vía del art. 5.4º de la L.O.P.J., se invoca vulneración del art. 24.2 de la C.E., en relación con las circunstancias agravantes aplicadas, cuya estimación infringe el derecho a la presunción de inocencia.

Quinto. Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, lo impugnaron; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto. Hecho el señalamiento para Vista, esta se celebró el día 11 Jul. 2001.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Una adecuada metodología casacional exige alterar el orden en el que los Motivos han de ser analizados. De ahí que proceda examinar en primer lugar el que, enumerado como segundo en el recurso, se encauza a través del art. 5.4º de la L.O.P.J. para denunciar vulneración del Principio de Presunción de Inocencia.

En este caso, la invocación de tan socorrido principio casacional se instrumenta --al igual que el otro apartado impugnativo-- para cuestionar la presencia de la agravante específica de Alevosía y la mixta de Parentesco en la conducta del acusado.

Vano intento, porque la instrumentación de la Presunción de Inocencia para amparar una auténtica valoración probatoria es un proceder casacionalmente proscrito por invadir esferas competenciales exclusivas de los órganos jurisdiccionales de instancia.

En realidad, el motivo carece de desarrollo aún cuando su propósito impugnativo resulta evidente si bien siempre referido a la censura de infracción sustantiva formalizada en el primero de los apartados recurrentes ya que su promotor se limita a decir que «no se ha aplicado correctamente el referido principio constitucional pues se ha partido de la consideración de algunos asuntos desde el punto de vista de la culpabilidad inicial de su defendido como es el hecho de la consideración de la circunstancia mixta de parentesco como agravante, o la existencia de Alevosía, sin tener en cuenta otras circunstancias.»

Frente a tan escueta argumentación no cabe sino referir los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la recurrida en los que se analizan pormenorizadamente los datos objetivos que han permitido confirmar la existencia de las agravantes aplicadas en razón de la prueba existente para su constatación. Si a ello se añade que la defensa del condenado no impugnó los hechos declarados probados por el Tribunal del Jurado en el Recurso de Apelación en el que se dictó la sentencia que ahora se recurre, no cabe sino ratificar el rechazo del Motivo.

SEGUNDO. El primero de los apartados del Recurso de casación, se formaliza por la vía del art. 849.1º para denunciar no haberse aplicado el art. 138 y haberse aplicado erróneamente el art. 139.1, ambos del C. Penal, estimándose la circunstancia de alevosía.

Entiende el recurrente que «la Alevosía apreciada por el Tribunal no debería ser tomada en cuenta a la hora de enjuiciar, pues de las pruebas obrantes se desprende que lo que realmente existió en el momento de cometer los hechos fue un estado pasional, que afectó de tal manera a su defendido que le llevó a cometer los hechos aquí enjuiciados». Por ello sostiene también que «existe infracción en la no aplicación del artículo 20.1 o en su caso 21-1 de nuestro C. Penal. Así como en su caso la no aplicación del art. 21.3, estado pasional, pues aunque el acusado no perdió la conciencia de sus actos, se hallaba bajo un estado emocional de intensidad elevada que supuso una reducción de sus facultades cognoscitivas y volitivas.»

Asimismo, en este Motivo también se alega la indebida aplicación de la circunstancia mixta de parentesco a pesar de que había desaparecido la «affectio maritalis.»

Ante dicha batería impugnativa no cabe --dada la vía casacional elegida-- sino remitirse al «factum» de la recurrida como referencia inexcusable para analizar tales proposiciones.

*En el relato de hechos probados se describe como la víctima, al despertarse, se encontró ya encañonada por la escopeta de su*

esposo. Por otra parte, el Jurado dio como no probado que la relación de Jacinta y José estuviera efectiva y manifiestamente destruida por la inexistencia de afecto entre ellos. De ahí que, en lo que a la primera circunstancia se refiere es correcta la apreciación de un ataque alevoso, por lo súbito, inesperado e imprevisto de la acción y que, en relación con la agravante de parentesco, también ha de ratificarse la conclusión de la Sala de instancia, pues, aunque la esposa había decidido iniciar la tramitación de separación, la pareja seguía conviviendo bajo el mismo techo, sin que estuviera efectiva y manifiestamente destruida su relación matrimonial, ni hubiera desaparecido el afecto entre ellos. En su consecuencia, si conforme ha declarado reiteradamente esta Sala, son requisitos para que pueda apreciarse la concurrencia de la agravante de alevosía: un elemento objeto, consistente en el empleo de medios, modos o formas de ejecución que tiendan directa y, especialmente, a asegurarla, evitando a la vez riesgos que para el actor deriven de la defensa de la víctima y, otro subjetivo, caracterizado como componente teleológico o tendencial, en cuanto el agente asume aquella tendencia objetiva y la integra en su dolo, con lo que a la mayor antijuricidad de su conducta se suma el incremento de su culpabilidad, y respecto a la circunstancia mixta de parentesco, la praxis jurisprudencial estima que para que pueda apreciarse como agravante tal circunstancia no basta con el dato objetivo de la existencia de alguna de las relaciones parentales en el previstas, sin que sea suficiente, cuando esa relación es la conyugal, que no se haya llegado a romper legalmente el vínculo por la nulidad, disolución, divorcio o separación de los cónyuges, sino que, además y como sostiene la parte, se precisa que continúe viva esa «afectio maritalis», cuya desaparición es lo que verdaderamente puede dar base a su inaplicación como agravante, no existe otra alternativa que homologar en este trance la calificación efectuada por la «Sala a quo» pues --tal como dicho Tribunal razonó en la fundamentación jurídica de la recurrida-- «lo que sí habrá de estimarse es que el ataque fue alevoso por lo súbito e inesperado de la agresión, ya que, pudiera o no sospechas la víctima el ataque de su esposo por esas amenazas de que había sido objeto con anterioridad, ello siempre sería en una situación normal; pero nunca cuando estaba privada de sentido por hallarse dormida, por lo que, en consecuencia, al ser lo presentado que, al despertarse, se encontró ya encañonada con la escopeta por su esposo, es indudable que el ataque ha de tenerse como súbito e inesperado, es decir, como alevoso» y, por otra parte, de los inequívocos hechos fijados por el Jurado «aparece que la situación presentada no era otra que la de que, a pesar de las frecuentes desavenencias y discusiones entre los esposos y de que Jacinta, con la oposición de José, había decidido iniciar los trámites de separación matrimonial, convivían aún bajo el mismo techo, sin que estuviera efectiva y manifiestamente destruida su relación matrimonial ni hubiera desaparecido el afecto entre ellos.»

El Motivo, pues, ha de ser desestimado. Determinación que alcanza al planteamiento referido al estado pasional por carecer absolutamente de sustrato fáctico.

### III. PARTE DISPOSITIVA

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por Infracción de Ley y Precepto Constitucional interpuesto por la representación del acusado José D. S. contra sentencia núm. 20/2000 dictada el día 20 Jul. 2000 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Apelación penal núm. 21/00) en la causa seguida contra el mismo por Delito de Asesinato. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas.

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

Así por nuestra sentencia, de la que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose, lo pronunciamos mandamos y firmamos

### PUBLICACION.

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado ponente Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como secretario certifico.

