

## Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 4 Mar. 2002, rec. 403/2001-P/2001

Ponente: Móner Muñoz, Eduardo.

Nº de Sentencia: 357/2002

Nº de Recurso: 403/2001-P/2001

Jurisdicción: PENAL

Tipo de recurso de la resolución: CASACION

HOMICIDIO. ABORTO. Estrangulamiento de la esposa, embarazada de ocho meses y medio. Inferencia del \_animus necandi.\_ CONCURSO IDEAL. Diferencias con el real. Aceptación de que la muerte de la madre provocaría necesariamente la del hijo, pese a no ser directamente perseguida. ABUSO DE SUPERIORIDAD. Requisitos. Diferencias con la alevosía. Unidad de acción en la comisión de los hechos. Apreciación de la agravante. PARENTESCO. Evolución jurisprudencial. Estimación de la circunstancia, aunque la relación entre los cónyuges estuviese deteriorada. DERECHO DE ASISTENCIA LETRADA. Declaración del autor de los delitos en reiteradas ocasiones, sin presencia de abogado, en calidad de testigo y no de imputado. Inexistencia de conculcación del derecho. TESTIGOS DE REFERENCIA. Eficacia de sus declaraciones. COSTAS PROCESALES. Doctrina sobre la imposición de las devengadas por la acusación particular.

Normativa aplicada

## TEXTO

En la villa de Madrid, a 4 Mar. 2002

En el recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por la -acusación particular- Emilio M. P. y Consuelo P. D., y Pedro José N. M., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia --Sección 2.ª--, que condenó al tercero de los mencionados por delito de asesinato y aborto, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Eduardo Moner Muñoz, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando representados los recurrentes, los dos primeros, por la Procuradora Sra. Castro Rodríguez y el tercero por la Sra. Gómez Rodríguez.

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** El Juzgado Instrucción núm. 1 de Mislata, instruyó el Sumario 4/1999 contra Pedro José N. M. y, una vez concluso, lo elevó a la Audiencia Provincial de Valencia --Sección 2.ª-- que, con fecha 6 Mar. 2001, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

«El procesado Pedro José N. M., de 23 años de edad, sin antecedentes penales, y en prisión por estos hechos desde el 28 Oct. 1999, que se hallaba separado de su esposa M.ª Carmen M. P., de 24 años de edad, de cuyo matrimonio hay una hija, Irene, de tres años cuando ocurrieron los hechos, pero desde agosto de 1995 habían reanudado su convivencia en Mislata, calle Miguel Quiles; sin embargo la relación entre ambos era difícil puesto que M.ª Carmen se encontraba embarazada de ocho meses y medio y por este motivo el día 6 de octubre de 1995 tenía que acudir al Hospital La Fe, en Valencia, para ser visitada por el médico. Sobre las 8 h de la mañana de ese día se produjo una fuerte discusión entre ambos, siendo escuchada por los vecinos, en el curso de la cual ella quiso huir de la casa abriendo la puerta de la vivienda, pero el procesado la introdujo de nuevo, cerrando

violentamente la puerta y con ánimo de darle muerte y con conocimiento de que con ello provocaba igualmente la muerte del hijo próximo a nacer, la cogió por el cuello presionando hasta que quedó desvanecida y como observó que seguía con vida la remató estrangulándola. Dejó el cadáver en el mismo lugar quedándose él en la casa hasta las 12 cuando trasladó el cuerpo mediante una manta hasta el cuarto de baño en donde la dejó en el suelo, marchándose luego a su trabajo hasta las 22,30 h, y a su regreso colocó el cuerpo en el polibán, procediendo luego a descuartizarlo, utilizando un cuchillo; introdujo las partes en bolsas, y a continuación se dirigió al pantano de Forata donde tiró algunas, y enterró en varias partes en el campo de Chiva las restantes, de las cuales únicamente se pudieron encontrar los huesos propios de un brazo de la fallecida.»

**Segundo.** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«Fallamos. Condenamos al procesado Pedro José N. M., como criminalmente responsable en concepto de autor, de un delito de asesinato y aborto (artículos 139.1 y 144) en concurso ideal del artículo 77 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco (artículo 23), a la pena de veinte años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de que el reo vuelva al lugar en donde reside la familia de la víctima durante cinco años, y privación de la patria potestad sobre su hijo, al pago de las costas del proceso, incluidas las de la acusación particular, y a que en concepto de responsabilidad civil abone 20.000.000 de pesetas a su hija Irene y 5.000.000 de pesetas a Consuelo P. D. y Emilio M. P., cantidad que corresponde la mitad a cada uno de ellos.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone abonamos al procesado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no le hubiera sido abonado en otra.

Reclámese del instructor, debidamente terminada, la pieza de responsabilidades pecuniarias.»

**Tercero.** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Pedro José N. M., así como por Emilio M. P. y Consuelo P. D., como --acusación particular--, que se tuvieron por anunciados, 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.** La representación procesal de Emilio M. P. y Consuelo P. D., basó su recurso en el siguiente motivo de casación:

Unico. Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del artículo 77 del Código Penal, por entender que entre los delitos de asesinato y aborto apreciados, existió un concurso real y no ideal.

La representación procesal de Pedro José N. M., basó su recurso en los siguientes motivos de casación:

Primero. Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia la indebida aplicación del artículo 139.1 del Código Penal.

Segundo. Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del artículo 124 del Código Penal por entender improcedente la inclusión de las costas de la acusación particular en la condena al haberlo hecho la Sala sin motivación alguna.

Tercero. Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia la indebida aplicación del artículo 23 que recoge el parentesco en su modalidad agravante.

Cuarto. Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia infracción del derecho a la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Quinto. Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia infracción de los derechos de defensa y asistencia Letrada, así como a ser informado de la acusación, todos ellos recogidos en el artículo 24.2 de la Constitución Española, ya que en repetidas ocasiones el recurrente declaró como testigo sin asistencia letrada y sin ser informado del

procedimiento contra él seguido.

Quinto. Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, interesó la desestimación de los mismos. La Sala admitió los recursos quedando conclusos los autos para señalamiento de vista, cuando por turno correspondiera.

Sexto. Hecho el señalamiento de la vista, se celebró la misma el día 20 Feb. 2002. La Sala acuerda celebrar la vista pese a la incomparecencia del Letrado de la Acusación Particular. Por la defensa del recurrente, Ldo. D. Pedro Bermúdez Belmar sostiene su recurso, y con la también presencia del Ministerio Fiscal que impugnó los recursos interpuestos.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del acusado Pedro José N. M. Por razones metodológicas, procede examinar prioritariamente el motivo 5.º de impugnación, en el que, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia infracción de los derechos de defensa y asistencia letrada, así como a ser informado de la acusación, todos del artículo 24.2 de la Constitución Española, ya que en reiteradas ocasiones, el recurrente declaró como testigo sin asistencia letrada, y sin ser informado del procedimiento contra él seguido.

Es cierto que el procesado prestó declaración como testigo, pero lo hizo en una fase del procedimiento en la que si bien los padres de la fallecida, personados en la causa, abrigaban sospechas y así lo expresaron, de que hubiera sido el acusado quien hubiera dado muerte a M.ª del Carmen, no existía elemento alguno que permitiera una imputación ni siquiera indiciaria. Que ello era así se evidencia en que aquellas declaraciones sin asistencia letrada versaron exclusivamente sobre los datos o circunstancias de la desaparición y siempre en el entendimiento de que se trataba solo de una desaparición. Es cierto que el procesado autorizó el registro, en diligencia que no dio resultado positivo alguno. De esta forma, al no existir elementos siquiera indiciarios se procedió en varias ocasiones al sobreseimiento provisional de las diligencias. En definitiva, el ahora recurrente declaró como testigo y no como imputado porque por esas fechas no fue ni pudo ser imputado, por muchas sospechas que los padres de su mujer abrigaran respecto a él.

El informe pericial que invoca el motivo y en el que la Policía expresa sus sospechas sobre el acusado, no contienen dato indiciario alguno que apoye estas sospechas y solo pide autorización para intervención del teléfono del acusado, por lo que su declaración en esa misma fecha, como las anteriores, forzosamente hubo de ser en calidad de testigo y no de imputado.

Tras varias ocasiones en que se decretó el sobreseimiento provisional, la causa fue reabierta por la Audiencia Provincial que examinaba un recurso de apelación con fecha 16 Feb. 1999. Es entonces, cuando tras el citado informe policial y la declaración como testigo del recurrente --25 marzo 1999--, en la que no se obtuvo indicio alguno que permitiera la imputación, se procedió al registro domiciliario con igual resultado negativo, y aunque vuelve a declarar como testigo en mayo de 1999, el resultado, respecto a las posibilidades de imputación, sigue siendo el mismo igualmente negativo.

No es sino con fecha 8 Sep. 1999, meses después de las declaraciones debatidas, cuando a raíz de la declaración de Francisco Javier Z. N. cabe imputar el hecho al recurrente, toda vez que el testigo manifiesta haber oído decir al recurrente que mató a su mujer, por lo que su siguiente declaración se efectuó con previa información de sus derechos y en presencia de Letrado.

En conclusión, cuando declaró el acusado sin asistencia letrada y sin informarle de sus derechos constitucionales, no tenía la condición de imputado, y por tanto, no era precisa dicha asistencia. Posteriormente, y cuando ya la tuvo, se observaron todas las formalidades exigidas.

En todo caso, y aún es más trascendente, ninguna indefensión se le ocasionó al recurrente en sus declaraciones iniciales efectuadas como testigo, puesto que no aportó ningún dato que pudiera servir para su imputación, negando siempre y refiriéndose exclusivamente a la desaparición de su cónyuge, y obviamente dichas manifestaciones no fueron tomadas en consideración por el Tribunal para dictar la sentencia condenatoria.

Por tanto, el motivo debe desestimarse.

**SEGUNDO.** Igualmente, procede examinar, por las mismas razones, el cuarto motivo de impugnación, en el que se denuncia, en base al artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vulneración del principio de presunción de inocencia, que consagra el artículo 24.2 de la Constitución Española, ya que, según el recurrente, el núcleo de la prueba de cargo está constituido por las manifestaciones referenciales de varios testigos, cuya eficacia probatoria es inexistente tanto por su carácter de testigos de referencia como por las múltiples contradicciones que evidencian sus versiones y el estado de intoxicación en que todos dicen haberse encontrado al tiempo de recibir las referencias, por su habitual consumo de estupefacientes.

En relación a la prueba testifical de referencia, preciso es destacar que, como indica la sentencia del Tribunal Constitucional 209/2001 de 22 Oct. y 271/89 de 21 Dic. y las sentencias del Tribunal Supremo de 15 Ene. 1998 y 31 Ene. 2000 y 6 Mar. del mismo año, dicha prueba aparece expresamente admitida por el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (al establecer que los testigos expresarán la razón de su dicho y si fueren de referencia precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido o con las señas con que fuese conocida a la persona que se la hubiese comunicado) y que solo el artículo 813 de la misma, la excluye, como excepción, para las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra, indicando literalmente que es cierto que la regulación de la Ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre esto, ello no significa que deban rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencias u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en ambos supuestos puede devenir imposible.

No obstante, dicha validez no puede admitirse incondicionadamente, pues como se deduce de lo expuesto, por una parte, la eficiencia de la misma a efectos enervatorios de la presunción de inocencia, queda subordinada a la posibilidad de obtener y practicar la prueba original, o cuando menos más directa, indicando a tal efecto el Tribunal Constitucional que «el testimonio de referencia puede tener distintos grados según que el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió --audito propio--, o lo que otra tercera persona le comunicó --audito alieno--.

Todo ello lleva a explicitar que «igualmente es cierto, que en la generalidad de los casos, la prueba de referencia es poco recomendable» --y de ahí el «justificado recelo jurisprudencial» sobre ella (Cfr. S de esta Sala de 1 Oct. 1990)-- pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso, y es por ello por lo que, como criterio general cuando existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia.

En conclusión y como se lee en la S de esta Sala, citada, de 1 Oct. 1990 «la solución correcta deba darse caso por caso, matizando las exigencias ideales, en lo posible, según las circunstancias en cada supuesto».

Aplicando tal doctrina al supuesto que se examina, destaca ante todo que todos los testigos refieren la autoría del delito en base a lo que el propio procesado les contó y que el Tribunal sí pudo oír la declaración del procesado como referencia directa sobre los hechos. Aunque lógicamente no pueda considerarse su declaración como testimonio, si se prestara bajo juramento, sí tuvo acceso el Tribunal a la versión directa sobre los hechos que proporcionó el acusado. Cuestión diferente es la valoración que de todas las declaraciones haga posteriormente el juzgador en aplicación de la libertad que le confiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que, con el único límite de la racionalidad, en nada afecta a la validez de los testimonios de referencia.

Con ello hay que resaltar, como dice el Ministerio Fiscal, que, una vez oído al procesado, fuente directa del conocimiento sobre la autoría y forma de realización de los hechos, quedarían superadas la necesidad de acudir a la fuente directa y las exigencias del principio de contradicción, pudiendo por tanto el Tribunal valorar dichas referencias.

La fiabilidad de las mismas queda en este caso comprobada no solo por la coincidencia de varias personas distintas a quienes el recurrente confesó haber dado muerte a su esposa, sino también por el hecho de que finalmente y pese a su actitud inicial, el recurrente reconociera haber dado muerte a su esposa --por mucho que ofreciera una particular versión de la forma en que ocurrieron los hechos--, haber descuartizado su cadáver y procedido a deshacerse de los restos en distintos sitios. Esto es cuanto dijeron los testigos sobre la autoría de los hechos que quedó objetivamente corroborado por la confesión del autor y el hallazgo conforme a sus indicaciones de algunos miembros de la fallecida. Se integra así la necesidad de corroborar con otras pruebas, directas o indirectas los datos aportados por los testigos de referencia que destaca la sentencia de 26 Mar. 1999.

De este modo, el que el Tribunal sentenciador otorgara mayor credibilidad a los testigos referenciales y entre ellos a alguno en especial, es cuestión que pertenece a la valoración de lo que es una prueba lícitamente obtenida y racionalmente incriminatoria, por lo que no puede revisarse casacionalmente en base a la alegación del derecho a la presunción de inocencia y debe permanecer en el ámbito de ponderar las pruebas que el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga al Tribunal a quo.

Se cuestiona también el informe médico forense, toda vez, que al no haber reconocido el cadáver, que no ha aparecido, sus conclusiones las verifica en base a suposiciones realizadas sobre las manifestaciones del propio acusado.

Sin embargo los peritos no formulan dichas conclusiones rotundas, sino que exponen el significado que, según lo que les manifiesta el propio acusado, presentaba el cadáver, y que se corresponden, según aquellos, con una muerte por asfixia y estrangulación, y no con una muerte repentina como afirmaba el recurrente. Y de acuerdo con los signos que le facilitó el acusado, rechazan la versión de éste, y por el contrario, afirman que se produjo por estrangulación.

Desde esta perspectiva, la prueba ha de estimarse racionalmente válida, concretada a los extremos a que se refiere el dictamen.

En consecuencia, el motivo, debe rechazarse.

**TERCERO.** El motivo primero se formula al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciándose indebida aplicación del núm. 1.º del artículo 139 del Código Penal.

El motivo se desglosa en tres modalidades que deben ser examinadas separadamente.

a) En primer término, se sostiene en el motivo la inaplicación del precepto denunciado, en base a una crítica de la valoración de las pruebas efectuada por el Tribunal «a quo», con lo que se llega a una negación de los términos del relato fáctico. Evidentemente la vía procesal elegida en la que se apoya el motivo requiere un escrupuloso respeto a los hechos Declarados probados, por lo que no es viable en trámite casacional contradecirlos, ya que lo único permitido es analizar la correcta subsunción de dichos hechos en la norma penal aplicada por el juzgador, lo que evidentemente, no es lo que se verifica por el recurrente.

b) Desde otra perspectiva, se niega la corrección de la inferencia que el Tribunal efectúa sobre el animus necandi respecto de su mujer cuando la estrangulaba y sobre su conocimiento de que con ello provocaba la muerte del hijo próximo a nacer.

Es indudable que, en correcta técnica procesal, tales juicios de valor o inferencias, no deben consignarse en la narración fáctica, sino en la fundamentación jurídica, pero ya se expresen en uno u otro lugar, son revisables en casación, por la vía elegida por el recurrente.

No obstante, la impugnación de las inferencias se ha formalizado mediante la invocación de la presunción de inocencia, pese a que reiteradamente se ha dicho por esta Sala que, por la naturaleza subjetiva o interna de los elementos del delito y por la necesidad de inferirlos conforme a las reglas de la lógica y las normas de la experiencia, a partir de datos concurrentes objetivos, exceden del ámbito de la presunción de inocencia --sentencias del Tribunal Supremo de 5 Feb. y 24 Abr. 2000--.

Por tanto, la presente vía casacional solo permite examinar la corrección de las inferencias a partir de los términos que el

factum proporciona, pero nunca a partir de la particular versión de la parte sobre el modo en que se produjeron los hechos o de su propia valoración de las pruebas que es lo que el motivo pretende. En todo caso, la discusión sobre el resultado de la prueba es ajena a esta vía casacional.

Así, a tenor del relato de hechos de la sentencia recurrida, se aprecia la total conformidad de la inferencia sobre el ánimo de matar con la ciencia y las normas de la experiencia comunes, ya que quien coge y presiona el cuello de otro hasta hacerle desvanecerse, para acto seguido, al ver que sigue con vida, estrangularle, no puede estar guiado de otra intención que la de acabar con la vida. Y del mismo modo, quien da muerte a una mujer embarazada sabe que provocará también la muerte del feto. Ambos juicios de valor no requieren sino la consulta con la experiencia y saber más vulgares, por lo que la impugnación correctamente articulada en la presente vía, no puede prosperar.

c) Finalmente, el motivo denuncia la aplicación de la circunstancia de alevosía que califica el homicidio por entender que antes del ataque existió una riña, de las frecuentes en el matrimonio, que elimina el factor sorpresivo de la agresión, así como que, al no existir confianza entre los esposos, no hubo ausencia de prevención o indefensión alguna de la víctima.

Atendiendo a los datos fácticos que proporciona la sentencia en su relato y en el fundamento octavo que trata de la alevosía, vemos que la primera agresión se produce cuando la víctima está fuera de la casa y es violentamente reintegrada a la misma por el acusado, persona de mayor fuerza y complexión física; desproporción que se acentúa por su avanzado estado de gestación. En tal situación, la ejecución del hecho por el procedimiento de estrangulación implica un progresivo debilitamiento de la capacidad reactiva de la víctima. A ello debe añadirse que, tras una primera acción, el acusado procedió a rematar a su esposa, al ver que, tras un desvanecimiento inicial, daba leves señales de vida.

Hay un grupo de circunstancias objetivas que se caracterizan por la situación de indefensión o inferioridad de la víctima. En estos casos la lesión del bien jurídico se considera más grave porque se encuentra en una mayor indefensión, y por tanto más necesitada de protección. A su vez, tal situación puede producirse porque el responsable interponga medios o formas de ejecución tendentes a asegurarla o bien porque se aproveche de una situación de inferioridad ya existente en la víctima. El paradigma de lo primero es la circunstancia de alevosía. En cambio, el aprovechamiento de circunstancias ya dadas por las que la víctima tiene menores posibilidades de defensa, lleva al abuso de superioridad.

A tenor de una reiterada doctrina de esta Sala, por todas Sentencia 7 Feb. 1997 establece que:

«Si la diferencia entre el abuso de superioridad y la alevosía se encuentra en que, para que ésta concurra, no basta debilitar la defensa del ofendido, sino que ha de existir una conducta tendente a su eliminación, pero por muy intensa que sea tal debilitación, si queda alguna posibilidad de defenderse, pese a la singular vileza del hecho (comunes a la alevosía y al abuso de superioridad) que le dota de una especial reprochabilidad, alevosía no hubo, por lo que el hecho debió sancionarse como homicidio, con la mencionada circunstancia agravante 2.<sup>a</sup> del artículo 22 del Código Penal de 1995, abuso de superioridad.

Aplicar tal agravante, cuando no ha sido pedida por las acusaciones que sí solicitaron la apreciación de la alevosía, no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos, como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino tiende a eliminarla --Sentencia de esta Sala de 18 Mar. 1994--

La circunstancia agravante de abuso de superioridad requiere para su aplicación con arreglo a constante doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 2 Feb. 1988; 29 Oct. 1989; 25 Dic. 1991; 728/1994, de 5 Abr.; 2111/1994, de 30 Nov.; 730/1995, de 5 Jun. y 354/1996, de 27 Abr. y 12 Mar. 1998), la concurrencia de estos requisitos: 1) Que haya situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su

aplicación (superioridad personal); 2) Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando esta agravante como una "alevosía menor" o de "segundo grado"; 3) A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, eso es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito; y 4) Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así.»

En el caso que se examina, y de acuerdo con los presupuestos reseñados, es relevante la indefensión de la víctima frente a su agresor. M.<sup>a</sup> del Carmen pretendió dar por terminada la discusión con su esposo saliendo de la casa, donde convivían, cuando fue violentamente introducida otra vez, y posteriormente asfixiada, agresión que se consumó por la desproporción de las fuerzas entre agresor y agredida, y por la debilidad añadida que el embarazo podía suponer.

Esta Sala mantiene su posición tradicional, insistiendo en que la conducta ha de ser alevosa desde el mantenimiento mismo del inicio de la acción --entre otras, sentencia de 27 May. 1991--; sin embargo, ello no obsta a que, iniciada una acción delictiva sin carácter alevoso, se inicie después otra distinta, contra el mismo sujeto pasivo, en que pueda apreciarse tal alevosía sobrevenida --sentencia del Tribunal Supremo de 19 Ene. 1999--.

Desde esta perspectiva, el comportamiento del acusado podría integrarse en un supuesto de alevosía sobrevenida, a tenor del relato fáctico, «la cogió por el cuello presionando hasta que quedó desvanecida y como observó que seguía con vida, la remató estrangulándola», sin embargo, y conforme a la jurisprudencia reseñada para integrar tal agravación es preciso que se inicie una acción delictiva sin carácter alevoso, y se continúe después otra distinta contra el mismo sujeto pasivo, lo que no ocurre en el hecho enjuiciado, pues como se dirá después, al examinar el recurso de la acusación particular, existe unidad de acción. No hay una acción inicial y posteriormente otra alevosa, sino que solo existe una misma acción, dolosa; se ha realizado en un solo acto dos delitos, homicidio y aborto. Hay una sola secuencia que sucesivamente va progresando, sin que se aprecien dos acciones distintas.

Es por ello, que resulta más correcta la apreciación de la agravante de abuso de superioridad, por la desproporción de fuerzas existente entre agresor y víctima, en vez de la circunstancia alevosa, procediendo estimar parcialmente este motivo, con desestimación de los restantes aspectos que se engloban en el mismo, casando y anulando la sentencia de instancia en tal particular, dictándose a continuación la precedente.

CUARTO. Al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia en el tercer motivo de impugnación indebida aplicación del artículo 23 del Código Penal, que recoge el parentesco en su modalidad agravante.

El motivo carece de fundamento.

Para la primera posición jurisprudencial --sentencias de 15 Nov. 1986 y 21 Sep. 1991--, la separación judicial de los cónyuges no disolvía el vínculo matrimonial, por lo que no impedía la aplicación de la agravante a efectos del artículo 420 párrafo último y del artículo 405 del Código Penal de 1973--.

Una jurisprudencia posterior de esta Sala mostró que ha de concurrir, además del dato objetivo del parentesco, la relación de afecto personal --sentencias de 20 Abr. y 13 Oct. 1993--.

Finalmente, se ha estimado la agravación cuando la convivencia no se hubiera interrumpido --sentencia de 11 May. 1996--, o cuando subsistía la *affectio maritalis* --sentencia 8 Mar. 1995-- añadiéndose en la de 11 Oct. 1996, que la cesación de la convivencia en el caso no significaba desafección, pero exigiéndose, en todo caso, una concurrencia de afecto.

En esta línea, destaca más recientemente la sentencia de 22 Sep. 2000, para la que procede la agravación siempre que pueda

apreciarse la convivencia aunque la relación esté deteriorada.

Tal es el supuesto que aquí nos ocupa: no cabe en puridad hablar de inexistencia del vínculo matrimonial, que solo aparece con la nulidad o el divorcio, sino de simple separación legal, que no de hecho. El dato significativo es el que con posterioridad a la separación legal, los cónyuges se reconciliaron y reanudaron la convivencia familiar; esta convivencia se mantenía desde hacía 3 meses y fue durante la misma, esto es, esperando un hijo común y compartiendo la vida y vivienda, cuando se produjeron los hechos; los presupuestos fácticos no solo permiten sino obligan a apreciar el parentesco como agravante.

El motivo debe rechazarse.

QUINTO. Al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el segundo motivo de impugnación, se denuncia la indebida aplicación del artículo 124 del Código Penal, por estimar improcedente la inclusión de las costas de la acusación particular en la condena, al haberlo hecho el Tribunal de instancia, sin motivación alguna.

El motivo invoca un precepto que es en realidad ajeno a la cuestión impugnada ya que establece únicamente que la condena en costas «incluirá siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos solo perseguibles a instancia de parte», sin hacer referencia expresa alguna a lo que haya de ocurrir cuando, como aquí, se trata de delitos perseguibles de oficio.

Sin embargo, del tenor literal del precepto solo puede deducirse que en tales casos las costas de la acusación particular podrán ser excluidas, lo que resulta imposible si se trata de delitos perseguibles solo a instancia de parte, fuere cual fuere la incidencia y comportamiento procesal de la acusación particular.

De lo anterior se desprende sin dificultad que aquella exclusión --que el presente motivo pretende-- no será la regla general, sino solo procederá en los supuestos en que la actuación de la acusación particular fuera inane, irrelevante, entorpecedora.

Así lo expresa recientemente la sentencia del Tribunal Supremo de 12 Feb. 2001 cuando recuerda la doctrina de esta Sala recogidas en sentencias, entre otras, la de 25 Ene. 2001, que recuerdan que conforme a una reiterada jurisprudencia, las costas del acusador particular han de incluirse entre las impuestas al condenado, salvo que las pretensiones sean manifiestamente desproporcionadas, erróneas, heterogéneas en relación a las deducidas por el Ministerio Fiscal, o las acogidas en la sentencia, relegándose a segundo plano un antiguo criterio de la relevancia.

La inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicado por el delito, que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva --artículo 24.1 de la Constitución Española-- y a la asistencia letrada --artículo 24.2 de la Constitución Española--, constituye, en consecuencia, la aplicación última al proceso penal del principio de la causalidad, como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

Junto a esta dimensión constitucional de las costas, como resarcimiento de los gastos procesales ocasionados a los perjudicados por un comportamiento antijurídico, destacada por el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones, no ha de olvidarse que a través del proceso penal también se ejercitan acumuladamente acciones civiles de reparación de daños, que no resulta congruente someter a criterios procesales antagónicos con los que rigen en el proceso civil. Constituiría un supuesto de diferenciación irrazonable, y por ende discriminatorio, que quien ejercite en el propio proceso penal sus acciones civiles para la reparación de un daño derivado de un ilícito penal sea obligado a soportar sus propios costes procesales pese a obtener el pleno reconocimiento de su derecho, mientras que si se reservan las mismas acciones para ejercitarlas separadamente a un proceso civil la norma procesal civil aplicable imponga las costas al condenado como responsable del daño, salvo supuestos excepcionales.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de las costas de la acusación particular, con excepción de algunas resoluciones aisladas que se apartan del criterio jurisprudencial consolidado, puede resumirse en los



siguientes criterios, conforme a las resoluciones anteriormente citadas: 1) La condena en costas por delitos solo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular --artículo 124 del Código Penal de 1995--.

2) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil --sentencias del Tribunal Supremo de 26 Nov. 1997, 16 Jul. 1998 y 23 Mar. y 15 Sep. 1999, entre otras--.

3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá, cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia, doctrina jurisprudencial citada.

4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado --sentencia del Tribunal Supremo de 16 Jul. 1998, entre otras--.

5) La condena en costas no incluye las de la acción popular --sentencias de 21 Feb. 1995 y 2 Feb. 1996, entre otras--.

Siendo la inclusión de las costas de la acusación particular la regla general, solo excusables en determinados casos de temeridad o discordancia de sus tesis con el Ministerio Fiscal o la sentencia recaída, es claro que la obligación de motivación de la decisión decae sensiblemente en los casos en que el Tribunal no se ha apartado de aquella regla general, surgiendo con todo su rigor cuando la solución es la excepcional exclusión. De ahí que bien pueda subsanarse ahora esa falta de motivación acudiendo a los datos que proporciona la propia resolución recurrida en la que se hace constar la tesis de la acusación particular permitiéndose la constatación de su coincidencia con la del Fiscal y la finalmente acogida en la sentencia.

También es la sentencia la que aporta la impresión de que en el ámbito extraprocesal la actuación de la acusación particular fue decisiva para el descubrimiento del delito y la identificación de su autor. Por otra parte, nada en el comportamiento procesal de la parte, permitiría sostener la exclusión de los honorarios en el ámbito total de las costas a que ha sido condenado el ahora recurrente.

Por todo lo cual, el motivo debe desestimarse.

**Recurso de la Acusación particular** Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el único motivo de impugnación, se denuncia la indebida aplicación del artículo 77 del Código Penal por entender que entre los delitos de asesinato y aborto apreciados existió un concurso real y no ideal.

El motivo plantea un tema no siempre fácil de resolver. Según la teoría penal mientras en el concurso real existen varios hechos y varias infracciones, el denominado ideal o formal supone una unidad de hecho y una pluralidad de infracciones, poniendo de relieve la dogmática alemana que precisa la consideración combinatoria de varios tipos para contemplar el desvalor total de un hecho unitario.

Ha de reconocerse que no es cuestión pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia la relativa al tipo de concurso que debe apreciarse cuando la conducta enjuiciada produce varios resultados, especialmente cuando del concurso ideal «homogéneo» se trata, es decir, cuando cabe apreciar la violación reiterada del mismo tipo penal.

En principio, la base del concurso ideal la constituye la identidad del hecho y, en definitiva, la unidad de acción. La dificultad de precisar en múltiples casos cuando estamos en presencia de una o varias acciones hace que la frontera entre el concurso ideal y el real sea también difícil de determinar. De todos modos, como se dice en la sentencia de 23 Abr. 1992 (caso de la colza), «partiendo del carácter personal de lo ilícito penal, es evidente que la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma solo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos».

Ciñéndonos pues a aquellos en que una sola acción constituye dos o más delitos, únicos que pueden tener relación con los hechos de esta causa, debe recordarse la doctrina sentada en la sentencia de 23 Abr. 1992, vulgarmente conocida como del «síndrome

tóxico», ya citada. «En los más antiguos precedentes de esta Sala se consideró que para determinar la diferencia entre el concurso ideal y el real lo decisivo es la unidad o la pluralidad de acciones, sin tomar en cuenta el número de resultados.»

Ello enlaza con la antigua sentencia del Tribunal Supremo de 7 Jul. 1909, que estableció que no debían penar separadamente los delitos de asesinato y aborto, como son los que ahora nos ocupan, «por haberse realizado en un solo acto los expresados delitos».

El criterio de la unidad y pluralidad de acciones, por lo demás, se ratificó en la sentencia de 15 Mar. 1988, en la que la Sala recurrió expresamente al criterio de la unidad de acción afirmando que «la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito se trata de una modalidad o subforma de concurso real». La pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma solo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos depende de los resultados producidos, pues «el delito es una modificación en el mundo exterior reconducible a un querer humano». Es indudable que si solo las acciones pueden infringir una norma el número de infracciones de la norma dependerá del número de acciones.

Según la sentencia de 11 Feb. 1998, si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá de determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si este pretende alcanzar en su acción la totalidad de los resultados producidos --es decir, si el mismo actúa con dolo directo-- y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real. Así, tratándose de la acusación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado, previsto pero no directamente perseguido, como sucede en el caso de autos, en el que el autor perseguía dar muerte a su mujer, asumiendo y aceptando que con ello provocaba la del feto no directamente perseguida, estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso.

En conclusión, y contemplando el supuesto desde los datos del hecho probado, la acción de estrangular a la mujer embarazada conociendo su estado y que con ello se provocaría la muerte del feto es, a todas luces, una única acción que produce la muerte de la mujer embarazada y la de su hijo. Dolo directo, respecto a la primera, y dolo de consecuencias necesarias respecto al delito de aborto, porque el agente sabe que con su acción se va a producir necesariamente el resultado, ya que la muerte de la madre llevaría como accesoria la muerte del feto, al conocer su estado de gravidez. La consecuencia accesoria es necesaria aunque no deseada. En tanto conocida como necesaria, sin embargo, es suficiente para considerar que ha sido dolosamente producida.

### III. PARTE DISPOSITIVA

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el motivo segundo del acusado, desestimando los restantes, así como el único de la acusación particular, en el recurso de casación interpuesto por Pedro José N. M., Emilio M. P. y Consuelo P. D., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia --Sección 2.ª--, de fecha 6 Mar. 2001, y en su virtud casamos y anulamos la referida sentencia, en dicho particular. Se declaran de oficio las costas para el acusado, y se imponen las de la acusación.

Notifíquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte al recurrente, Ministerio Fiscal y a la mencionada Audiencia Provincial, con remisión de la causa que envió en su día, e interesando acuse de recibo.

Así por nuestra sentencia, de la que se insertará en la colección legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Mislata, instruyó el Sumario 4/1999 contra Pedro José N. M., natural de Villarrobledo (Albacete), nacido el día 4 Jul. 1971, hijo de Juan Antonio y de Antonia, vecino de Chiva (Valencia), con instrucción, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de prisión provisional por esta causa, y, una vez concluso lo elevó a la Audiencia Provincial de Valencia --Sección 2.<sup>a</sup>-- , que con fecha 6 Mar. 2001, dictó sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente, por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Eduardo Moner Muñoz.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la sentencia de instancia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan, salvo el 8.º y parcialmente el 2.º.

**Unico.** Por las razones expuestas en la sentencia de casación, los hechos Declarados probados constituyen un delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal de 1995, en concurso ideal con otro delito de aborto del artículo 144 párrafo 1.º del mismo Código con aplicación del artículo 77, del que es autor el acusado con la concurrencia de las circunstancias de agravación del artículo 22.2.º, abuso de autoridad y de parentesco del artículo 23 del mismo texto legal, individualizándose la pena conforme al citado artículo 77 y 66-3, en su mitad superior, y dada su gravedad en el límite máximo, manteniéndose los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada, en cuanto no se opongan a los de la presente.

#### FALLO

Que debemos confirmar el fallo de la sentencia de instancia, salvo la pena que se sustituye por la de quince años de prisión, manteniéndose los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia, en cuanto no se opongan a los de la presente.

#### PUBLICACION.

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