



Roj: **STS 2853/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:2853**

Id Cendoj: **28079120012014100529**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/06/2014**

Nº de Recurso: **10093/2014**

Nº de Resolución: **501/2014**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP J 1458/2013,**
STS 2853/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil catorce.

En los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuestos por las representaciones de los acusados Tomás y Juan Ramón y por la Acusación Particular Benjamín, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, que condenó a los anteriores acusados por delito de homicidio en grado de tentativa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados, representados por la Procuradora Sra. Gilsanz Madroño y la Acusación Particular representada por la Procuradora Sra. Casado Cabezas.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción de Baza instruyó sumario con el nº 1 de 2013 contra Tomás y Juan Ramón, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, que con fecha 2 de diciembre de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: *Probado y así se declara que el día 9 de mayo de 2012, en la estación de autobuses de la localidad de Baeza, se encontraron El Juan Ramón y Tomás con Benjamín y Gregorio, produciéndose una discusión entre los mismos, con empujones, marchándose todos de la Estación de Autobuses. Juan Ramón y Tomás al Ambulatorio y Benjamín al paseo. Sobre las doce y media de la noche encontrándose Benjamín en la entrada del Supermercado Día de Baeza, se aproximaron Juan Ramón y Tomás y comenzaron a golpear a Benjamín, utilizando Tomás un hierro con el que golpeó a Benjamín el cual se defendió poniendo el brazo, continuando Tomás y Gregorio golpeando a Benjamín en las piernas y el cuerpo, ante la agresión de que fue objeto, Benjamín trató de huir, siendo perseguido por los acusados, Benjamín perdió el conocimiento, siendo trasladado por Tomás y Juan Ramón, hasta la Casería la Mimosa, donde los acusados, continuaron golpeando a Benjamín, con palos, utilizando una arma blanca, trasladándolo posteriormente al polígono agrícola donde abandonaron el cuerpo de Benjamín en la calle, siendo encontrado tendido en el suelo por una persona que se dirigía a una de las naves del polígono, sobre las 6,30 horas ensangrentado e inconsciente, no recordando Benjamín nada de lo sucedido desde que perdió el conocimiento hasta que en el Hospital de Úbeda recobró la conciencia, al que fue trasladado en una ambulancia llamada por la Policía Local que acudió al lugar avisada por la persona que lo encontró. Benjamín entró en el Hospital San Juan de la Cruz de Úbeda en estado de coma profundo, hipotermia, tensión arterial 40/20, frecuencia cardíaca 25 por minuto, con pupilas midriáticas áreactivas, con una escala de Glasgow de 6/15, con gasping preterminal, con diagnóstico de politraumatizado, presentando 15 heridas incisas, compatibles con el uso de arma blanca, que fueron suturadas, traumatismo craneoencefálico severo con pérdida de conciencia y además fractura de peñasco, fractura conmuta de escápula derecha y fractura abierta*



de cubito izquierda precisando intervención quirúrgica. La asistencia médica prestada fue ingreso hospitalario, estabilización del paciente, observación neurológica, reducción abierta y osteosíntesis de fractura y luxación de Monteggia de brazo izquierdo. Estableciéndose su recuperación en 365 días de los que 20 fueron en ingreso hospitalario y el resto improductivos para sus ocupaciones habituales, no estando aún determinadas las secuelas se prevén perjuicio estético, pseudoartrosis antebrazo izquierdo, parálisis nervio radia izquierdo y síndrome postconmocional leve.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLAMOS:** *Que debemos condenar y condenamos a Tomás y a Juan Ramón , como autores responsables de un delito de homicidio en grado de tentativa, ya definido, a la pena de seis años de prisión para cada uno de los acusados, prohibición de acercarse a Benjamín a menos de 500 metros de distancia y a comunicarse por cualquier medio con él durante siete años y al pago de las costas por mitad, incluidas las de la acusación particular. Los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a Benjamín en 22.500 euros por las lesiones causadas y en 36.000 euros por las secuelas, cantidades que se incrementarán conforme a lo dispuesto en el art. 576 de la L.E.Civil , siéndoles de abono para el cumplimiento de la pena, el tiempo que han estado privados cautelarmente de libertad por esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos los Autos de insolvencia de los inculcados dictado por el Juzgado Instructor. Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentando ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la L.E.Cr . Y luego que sea firme esta Sentencia, pase la Ejecutoria al Ministerio Fiscal para que dictamine.*

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados Tomás y Juan Ramón y por la Acusación Particular Benjamín , 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.

4.- I.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados Tomás y Juan Ramón , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en relación con las armas supuestamente usadas en los hechos. Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 L.E.Cr ., y 5.4 L.O.P.J ., ambos en relación con el art. 24.1 ° y 2° C .E.; Segundo.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en cuanto a los restos de sangre encontrados. Al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 L.E.Cr . y 5.4 L.O.P.J ., ambos en relación con el art. 24.1 ° y 2° C .E.; Tercero.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en cuanto al hallazgo del teléfono móvil del lesionado en el lugar de residencia de mis defendidos. Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 L.E.Cr . y 5.4° L.O.P.J ., ambos en relación con el art. 24.1 ° y 2° de la C .E.; Cuarto.- Error en la valoración del testimonio de la víctima. Error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del nº 2 del art. 849 L.E.Cr ., designando como particulares que demuestren el error de hecho en la apreciación de las pruebas, a los efectos señalados en el art. 855.2 L.E.Cr .; Quinto.- Vulneración del art. 24.2 C.E . por la vía del art. 5.4 L.O.P.J ., que proclama el derecho a la presunción de inocencia, si bien separa en sucesivos motivos diferentes extremos probatorios; Sexto.- Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia en cuanto a la determinación de la responsabilidad civil. Al amparo del art. 846 bis c motivo b de la L.E.Cr . en relación con el art. 115 del C. Penal .

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Benjamín** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1° L.E.Cr ., considerándose infringido por inaplicación del art. 139.1 del C.P ., al concurrir en los hechos la circunstancia agravante de alevosía; Segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1° L.E.Cr ., considerándose infringido por inaplicación el art. 139.3° del C.P ., al concurrir en los hechos la circunstancia agravante de ensañamiento; Tercero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1° L.E.Cr ., por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivos, en concreto los arts. 123 y 124 del C.P . y doctrina legal y jurisprudencial, dado que se han impuesto a los acusados el pago de las costas de la acusación particular, cuando éstas no han sido solicitadas.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, apoyó los motivos primero y tercero de la acusación particular, impugnando los restantes, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 11 de junio de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



RECURSO DE LOS ACUSADOS Tomás y Juan Ramón

PRELIMINAR.- Como puede apreciarse los acusados plantean los cinco primeros motivos bajo el denominador común de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 C.E .) a través del cauce del art. 5.4 L.O.P.J . y 852 L.E.Cr ., si bien desglosan en los diversos motivos, concretos aspectos de la comisión de los hechos a su juicio no debidamente acreditados. Asimismo en el motivo cuarto, a través del art. 849.2º L.E.Cr ., aducen un error facti en la valoración de la prueba, pero como uno más de los aspectos cuyo análisis compete a un motivo por presunción de inocencia, sin pretensiones de alterar el factum y mucho menos sobre la base de documentos literosuficientes. En el referido motivo 4º se analiza el testimonio de la víctima a la luz de los precedentes jurisprudenciales utilizados para garantizar la veracidad del testimonio, como una prueba incriminatoria más, quizás la fundamental.

Por estas razones es posible e incluso conveniente dar conjunta respuesta a esos cinco motivos.

PRIMERO.- Con la sede procesal enunciada se plantean en los referidos motivos las siguientes cuestiones:

A) El factum relata que los acusados golpearon al agredido Sr. Benjamín con una barra de hierro, con palos y utilizando un arma blanca.

Sin embargo, no hay prueba objetiva que permita acreditar que se usaron palos o un arma blanca para agredir, habida cuenta de que se realizaron las pertinentes inspecciones por la policía judicial referidas al lugar donde ocurrieron los hechos, el de residencia de los acusados y alrededores, recogándose toda clase de instrumentos u objetos que tuvieran relación con los hechos delictivos perpetrados, pero no aparecieron ni los palos ni el arma blanca.

La barra de hierro se localiza el 21 de mayo de 2012 en lo alto de un pequeño tejado donde residían los acusados. Pero como quiera que es un caserío abandonado la barra la pudo dejar cualquier persona que por allí pasara o se refugiara. Lo cierto es que no tenía ninguna huella de los recurrentes.

B) En el motivo segundo la presunción recae sobre los restos de sangre encontrados. La sentencia afirma que fueron hallados restos de sangre perteneciente a Benjamín en las camisetas de los acusados encontradas en el habitáculo que ocupaban. Mas, en la camiseta del Sr. Tomás no se encontraron restos de sangre sino biológicos, y en la del Sr. Juan Ramón , sí aparecieron restos de sangre en su camiseta, pero la sangre pertenecía al mismo.

C) También se refleja en hechos probados que "el teléfono móvil de la víctima fue hallado en los alrededores de la finca en la que vivían los acusados".

Sobre esta cuestión los recurrentes insisten en que al tratarse de un lugar abandonado en las afueras de la ciudad de Baeza, puede acceder cualquier persona.

D) En el motivo por error facti se analiza el valor incriminatorio del testimonio de la víctima, haciendo notar, que desde la perspectiva del mantenimiento y persistencia de la incriminación, existieron innumerables contradicciones. En orden a la verosimilitud del testimonio deducido de datos probatorios periféricos corroboradores los recurrentes sostienen que no concurrieron. Por último, respecto a la ausencia de credibilidad subjetiva, los hechos podrían justificarse en el ánimo de venganza del agredido derivada de los hechos ocurridos con antelación (disputa previa con agresores).

E) En el motivo quinto, por fin, sin designación de cauce procesal ni precepto constitucional o legal infringido, pretende rebatir la razonabilidad de la prueba. En esta línea defensiva afirma que solo pertenece al ofendido, de todos los restos de sangre hallados, tres pequeñas gotitas halladas en la "Casería de las Mimosas".

Ante tales reproches casacionales, corresponde a este Tribunal analizar la prueba practicada en el proceso, así como su carácter inculpatario. Debe comprobarse asimismo que la obtención de dichas pruebas de cargo así como su incorporación al proceso se ha producido respetando las normas constitucionales y procesales que garanticen la regularidad y eficacia de las mismas. Finalmente debe comprobarse si el acervo probatorio ha sido valorado por el Tribunal, con respeto a la principios de la lógica, la ciencia y la experiencia, haciendo constar en los fundamentos de la sentencia los puntos esenciales de su razonamiento valorativo.

SEGUNDO.- La sentencia combatida al analizar los cinco motivos hace especial hincapié en el testimonio del ofendido, que a su juicio reviste todas las condiciones para reputarlo veraz, por lo menos hasta el momento en que pierde el conocimiento.

1. La Audiencia Provincial siguiendo los criterios sostenidos por esta Sala y por el Tribunal Constitucional ha acudido a los factores valorativos de razonabilidad en el análisis del testimonio de la víctima, plenamente aptos para desvirtuar la presunción de inocencia, una vez realizada una minuciosa comprobación, observando las



cautelos o criterios al uso en la jurisprudencia. Sobre esta tema podemos recordar en general la doctrina de esta Sala, que el Fiscal expone minuciosamente:

A) Ausencia de incredibilidad subjetiva que pudiera derivarse de las características o circunstancias personales.

Los aspectos subjetivos más destacados estarían constituidos:

a) Por sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de considerar su grado de desarrollo y madurez y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

b) Por la existencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio, resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración, haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundadas sospechas incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones.

B) Verosimilitud del testimonio basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:

a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que, sin embargo, habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración.

C) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone:

a) Mantenimiento o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en su aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones".

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes

2. Los recurrentes en las argumentaciones repartidas entre los cinco motivos que examinamos hallan contradicciones, que no son sino una valoración alternativa de los elementos de prueba a la hecha por el Tribunal sentenciador.

Es oportuno recordar la doctrina de esta Sala sobre el particular, que ha dicho (S.T.S. 265/2010 de 19 de febrero): "..... que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo, sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de éstas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir, de las formas expresivas cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal, que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva".

En el caso que nos concierne las contradicciones que se denuncian no son determinantes o decisivas. Así, el que no refiera el agredido al uso de un arma blanca no constituye contradicción alguna ni resulta incoherente con las lesiones que por arma blanca presentaba, dado que perdió el conocimiento antes de que acabara la agresión y si bien tenía heridas provocadas con un utensilio que podía calificarse de arma blanca, también sufría otras, como traumatismos craneoencefálicos, propias de los golpes con un medio contundente, como es



la barra de hierro. Tampoco las supuestas contradicciones en relación a la dirección de la huida son relevantes en tanto pueden obedecer a la desorientación propia del momento (golpes recibidos y nocturnidad).

Los recurrentes sostienen que el ofendido declaró, obedeciendo a **móviles espurios**, señalando la causa del testimonio inculpativo en la disputa habida entre los acusados y la víctima unos momentos antes de las agresiones letales.

Tal afirmación, como bien apunta el Mº Fiscal, no es sostenible, pues según tal versión los acusados mantuvieron una discusión con el testigo, sin pasar a mayores, y posteriormente por casualidad aparecen otros individuos que le agreden brutalmente, ocasión que el ofendido aprovecha para imputarles a los primeros las lesiones mortales que soportó, obrando solo por razones de venganza. El argumento es absolutamente inconsistente.

En el plano de las corroboraciones podemos señalar:

a) El resultado gravemente lesivo fue acorde con su testimonio, toda vez que las lesiones médicamente descritas se acomodan, según dictamen pericial, a los instrumentos o medios agresivos utilizados que el factum describe (barra de hierro, arma blanca y palo), estos dos últimos, no pudo verlos el acusado por la perturbación y desconcierto que le produjeron las propias agresiones o bien porque su utilización se produjo después de la pérdida de conciencia, pero en cualquier caso los hechos descritos responden a un medio u objeto de causación que según la opinión de la policía judicial y de los forenses, eran los instrumentos capaces de generar el cuadro lesivo que presentaba la víctima, o en todo caso, instrumentos de similar naturaleza.

En la línea de las corroboraciones del testimonio del agredido figuran las declaraciones de los acusados que reconocen la existencia de una discusión previa con empujones, ocurrida unas horas antes de los hechos enjuiciados, pero sin que pasara de allí el incidente.

No es sostenible, sin embargo, la versión de los recurrentes de que ese mismo día llegaron otras personas que hicieron objeto al perjudicado de agresiones más graves e intensas, que eliminaron la actuación delictiva de los acusados.

Corroboraciones o pruebas complementarias lo constituye también el hallazgo del **teléfono móvil de la víctima** en el lugar donde se albergaban los acusados. El Fiscal argumenta con razón que es posible que tal lugar de residencia sea de fácil acceso para otros, pero el cálculo de probabilidades es despreciable, si se pretende que la alegada causación de las lesiones por otras personas, se deba a que alguna de ellas acudiera al lugar en que se albergaban los acusados, casualmente o no, y dejara allí el móvil de la víctima. No solo se recupera allí el móvil de Benjamín, sino también se encuentran **restos de sangre de la víctima** en distintos lugares de la finca en la que residían los acusados, en un tubo de hierro, en una pata de mesa, en un barrote metálico ... que demuestran que allí llevaron a Benjamín ya herido.

3. Conforme a todo lo alegado es patente que el derecho a la presunción de inocencia ha sido desvirtuado, principalmente por el testimonio del ofendido Benjamín, por la declaración de los acusados admitiendo la discusión o enfrentamiento anterior, las lesiones que la víctima presentaba, adecuadas y compatibles a la agresión que declara haber sufrido, los resultados positivos de la sangre hallada en el lugar donde los acusados habitaban y el teléfono móvil del agredido allí encontrado.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el motivo sexto, con mención de un cauce erróneo (846 bis c), ap. b de la L.E.Cr.), propio del recurso de apelación en los procesos por jurado, estima que debía aplicarse la atenuante de arrebató u obcecación, prevista en el art. 21.3 C.P., resultando correcta la canalización a través del art. 849.1º L.E.Cr.

1. Los recurrentes alegan que debido a la disputa previa existente con el agredido, sufrieron lesiones que determinaron que se les prestara atención médica en el Servicio de Urgencias de Baeza, lo que les produjo una gran ofuscación que les indujo a cometer los hechos. A todo lo cual debe añadirse una situación de excitación producida por el alcohol ingerido con anterioridad.

2. El motivo no puede prosperar. Primero, porque no se planteó en la instancia, sustrayéndolo a la contradicción del plenario e impidiendo la réplica del Mº Fiscal. De ahí que la extemporánea pretensión ejercitada "per saltum" no pueda ser atendida en casación.

Igualmente tampoco en hechos probados se recoge la base fáctica necesaria para la estimación de tal atenuación (art. 884.3 L.E.Cr.)

Por último, ni en hechos probados ni en la fundamentación jurídica se manifiesta una situación psicológica capaz de reducir o limitar la imputabilidad de los acusados. Cosa distinta es que se consideraran despechados por las discusiones o enfrentamientos habidos unas horas antes del incidente que nos ocupa y dicha situación



actuara como uno de los móviles. Sin embargo, no emerge del resultado probatorio el anclaje fáctico exigible para apreciar la atenuación. El motivo ha de rechazarse.

CUARTO.- Con igual apoyo procesal equivocado (el correcto es el art. 849.1º L.E.Cr.), el recurrente en el motivo séptimo estima infringido el art. 115 del C.P.

1. Nos dicen los recurrentes que no se fundamenta la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia. Se dice que todavía no existe un informe estimativo de las lesiones sufridas y menos de las secuelas, refiriendo que se puso de manifiesto la posibilidad de una nueva intervención quirúrgica para mejorar la movilidad del brazo.

2. Con carácter general, en el ámbito penal, son los jueces de instancia de ese orden, los que deben fijar la cuantía indemnizatoria, basándose en dictámenes periciales, y en caso de daños morales o secuelas con criterios de prudencia y razonabilidad.

El único tope o barrera infranqueable es la impuesta por los principios de rogación y dispositivo, con referencia a la solicitud del perjudicado o del Mº Fiscal, y que no exceda de lo pedido por éstos (extra petita).

Asimismo es dificultoso fijar con precisión los daños morales, o las secuelas o incapacidades, pero el Tribunal puede orientarse con los baremos existentes en el tráfico de vehículos, que no tienen carácter vinculante ni es preceptivo acudir a ellos, y en cualquier caso debe tenerse en consideración, lo que en casos semejantes se suele señalar por los Tribunales españoles.

En nuestro caso el señalamiento a los 22.500 euros por las lesiones y 36.000 por las secuelas y daños morales, no parecen excesivos, si se parte de que siempre concurre una mayor reprochabilidad en los daños ocasionados como consecuencia de un delito, que simplemente los derivados de infracciones o incidencias del tráfico rodado.

De todos modos la falta de determinación precisa de alguna secuela, dependiendo de una nueva intervención quirúrgica, no debe impedir que surtan efecto las cantidades señaladas por la Sala.

El motivo no puede prosperar.

RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

QUINTO.- En el primer motivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr., considera infringido por inaplicación el art. 139.1 C.P. al concurrir en los hechos la circunstancia agravante de alevosía.

1. El recurrente discrepa abiertamente de los argumentos sentenciales para rechazar la alevosía. La sentencia sostenía que no existió plena indefensión cuando el perjudicado se protegió de los golpes con el brazo logrando posteriormente huir de los agresores.

Por lo demás el ataque se produjo de frente, lo que hizo que la víctima tuviera tiempo para protegerse del golpe lanzado contra ella por uno de los agresores que portaba una barra de hierro.

Dice el recurrente que "estaríamos ante una **alevosía por prevalimiento o aprovechamiento** porque la víctima no tuvo la más mínima capacidad de reacción ante la agresión

Añade que " Benjamín (el agredido) se encontraba exhausto, malherido y sin posibilidad de defenderse por haber perdido la conciencia, y **todo ello debido a la brutal agresión** de que había sido objeto previamente

Interpreta el impugnante la frase "tratar de huir" contenida en el factum, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en el sentido de que "tratar" significa "procurar el logro de algún fin", sin que este objetivo fuera conseguido

El censurante nos dice que la esencia de la alevosía se encuentra en la eliminación de la defensa, o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes.

Todavía insiste en la modalidad alevosa, a su juicio concurrente en los hechos y que no ha sido estimada, en los siguientes términos: "Por ello, la pérdida de conciencia de Benjamín y el **aprovechamiento** por parte de los agresores de esas circunstancias para llevarlo a otra localización al objeto de seguir agredéndole es equiparable a la persona privada de conocimiento, por lo que el sujeto agente **aprovecha** una situación **de absoluto desamparo** de la víctima".

Asimismo "poner el brazo para no ser golpeado en la cabeza" no puede considerarse como una defensa activa y efectiva, sino un acto reflejo o intuitivo de protección.

En la pág. 8 del escrito impugnativo vuelve a insistir la parte recurrente en considerar la agresión alevosa en su **modalidad de desvalimiento**, cuando nos dice que "la alevosía por desvalimiento es la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima, y añade, aunque se entendiese que **no hubo**



alevosía inicialmente , sí concurriría la **alevosía sobrevenida** , al haber un cambio cualitativo en el transcurso de la agresión".

Por último y como alternativa nos dice que "aún en la hipótesis de que no concurriese el tipo alevoso, es indudable que estaríamos ante una **agravante de abuso de superioridad** , la llamada alevosía de segundo grado o **cuasialevosía** (art. 22.2 C.P .), derivada de la indiscutible prevalencia de los agresores respecto a la víctima, preponderancia tanto numérica (dos contra uno) como instrumental o medial (armados los agresores con palo, hierro y cuchillo).

2. El Mº Fiscal en su escrito apoya el recurso del ofendido, reputando que concurrió en el hecho alevosía o en su defecto abuso de superioridad.

Distingue el Fiscal las tres modalidades de ataque alevoso:

- a) El realizado por sorpresa, de modo súbito, inopinado, imprevisto, fulgurante o repentino.
- b) El denominado proditorio, caracterizado por utilizar el agresor la emboscada, trampa, lazo o similar.
- c) El de prevalimiento que concurre en los casos de personas indefensas o en clara situación de inferioridad, en cuanto es aprovechada por el autor para ejecutar su acción.

El Fiscal sigue afirmando que de la lectura de los hechos probados aparecen dos etapas distintas, en una primera la agresión se produce por dos personas, una de ellas provista de una barra de hierro, frente a la víctima que no portaba medio alguno de defensa, ni pudo defenderse adecuadamente, por cuanto el movimiento hecho con el brazo no es una maniobra defensiva sino de protección. "Por otra parte el hecho de intentar huir, siendo posteriormente alcanzado abunda en la misma línea y haría, en su caso, **apreciable la agravante de abuso de superioridad** ".

Recuerda la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de proclamar la **homogeneidad entre la alevosía y el abuso de superioridad** ya que en realidad este último no es otra cosa que una alevosía imperfecta o alevosía menor, en tanto participa de la misma estructura que la verdadera y específica alevosía.

3. Esta Sala entiende que el relato probatorio no refleja con la debida claridad la concurrencia de la agravante de alevosía, y menos en su modalidad de prevalimiento.

El Tribunal sentenciador, destacó el inicial rechazo a la agresión cubriéndose con el brazo, hasta que un brutal golpe con la barra de hierro que uno de los agresores utilizaba le rompió el brazo, procediendo el agredido a la huida, marchando detrás los agresores hasta que le dieron alcance.

Al tener la posibilidad de huir buscando el amparo en tercero es indicativo que el resultado letal no **fue asegurado** por los agresores como exige la alevosía. La víctima podía haber sido más ágil y rápida y haber impedido que los agresores le alcanzaran. Pero además en el trayecto, siendo en plena noche, pudo haberse escondido o haberse ayudado de terceros, que podía haber encontrado.

Desde luego de ningún modo podemos interpretar la frase "tratar de huir" como señala la Real Academia de la Lengua" al definir "tratar" como procurar el logro de algún fin" por cuanto la frase debe interpretarse en su total contexto y el propio factum añade trató de huir " **siendo perseguido por los acusados** " y perseguir según la Real Academia en sus dos acepciones usuales es "seguir a uno que huye para alcanzarlo" o "buscar a uno con empeño y por todas las partes". Y todavía más, acudiendo al primer fundamento jurídico en el sexto párrafo se lee ".... al ser golpeado con el hierro, no pudo evitar que un fuerte golpe le rompiera el brazo y tuvo que bajarlo, **logrando con posterioridad huir de los agresores**, por lo que no hubo total indefensión".

Por su parte el Fiscal distingue dos fases en el desarrollo secuencial de los hechos, pero en cuanto la segunda es efecto de la primera, es decir, consecuencia de un enfrentamiento no asegurador de la muerte, como por ejemplo, en una lucha o pelea frente a frente, en el que uno de los contendientes, cae inconsciente al suelo al recibir un golpe y yacente en él, el adversario busca un instrumento contundente próximo a él o usa el que posee y le descarga un golpe mortal en la cabeza, no sería merecedor de la calificación de alevosía, porque la situación de indefensión fue una incidencia de una pelea iniciada sin alevosía por las personas enfrentadas.

Tampoco puede calificarse tal situación de "alevosía sobrevenida". La alevosía sobrevenida surge o puede surgir cuando después de una pelea entre dos o más personas cuerpo a cuerpo, esto es, no alevosa, deciden los contendientes no proseguir en la contienda o por cualquier razón cesan en las agresiones, y cuando se restablece la paz y tranquilidad y los ánimos ya se han calmado en los contendientes, uno de ellos de forma inesperada o a traición agrede de nuevo a su antiguo adversario; pero éste no es el caso contemplado.



4. Sin embargo y a pesar de lo argumentado es indudable que en los hechos concurre la agravante de abuso de superioridad motivadamente reflejada en el factum al agredir dos personas armadas a una tercera. La superioridad inicial, tanto personal como medial, facilitaba sobremanera el éxito de la agresión.

El recurrente la interesa como segunda alternativa y el Fiscal apoya esta segunda posibilidad y ello aunque no haya sido específicamente peticionada, por cuanto no se resentiría en absoluto el principio acusatorio, ya que los elementos típicos de la alevosía son los mismos que del abuso de superioridad, llamada también por esta Sala alevosía de segundo grado o cuasi alevosía. La única diferencia es la intensidad de una y otra. En la alevosía se asegura el resultado letal a la vez que se elimina cualquier riesgo de reacción defensiva del agredido, que pudiera soportar el agresor. Cuando el aseguramiento del resultado no es pleno nos hallamos ante el abuso de superioridad como es el caso, en que la víctima tuvo ciertas posibilidades de escapar de la agresión mortal evitando el resultado proyectado por los agresores. La incidencia de la situación de inconsciencia aleatoriamente sobrevenida no altera la naturaleza de la agresión o agresiones previas, que son las determinantes de la calificación jurídica.

Por lo demás, es incontestable la homogeneidad de la alevosía y el abuso de superioridad como así lo proclama la jurisprudencia de esta Sala (véanse, por todas, las SS.T.S. 1340/2000 de 25 de julio; 357/2002 de 4 de marzo; 1458/2004 de 10 de diciembre; 600/2005 de 10 de mayo; 850/2007 de 18 de octubre, etc., etc.).

El motivo deberá estimarse parcialmente.

SEXTO.- En el segundo motivo se estima indebidamente inaplicado el art. 139.3 C. Penal, por considerar que concurrió ensañamiento en el desarrollo de los hechos.

1. El recurrente toma como referencia argumentativa el relato probatorio en el que se concreta que la víctima fue objeto de 15 heridas incisas **compatibles con el uso de un arma blanca**".

En los fundamentos de derecho se dice que "el ofendido fue golpeado, primero con un hierro, después con palos y **utilizando un arma blanca, lo que sin duda corrobora las 15 heridas incisas** que presentaba la víctima cuando fue atendida en el hospital".

A su vez no es descartable como expresa la forense D^a Debora que el desvanecimiento fue probablemente provocado por la existencia de un dolor insoportable que se manifiesta en la pérdida de conciencia como consecuencia del daño o dolor producido.

Por último afirma que los acusados buscaron a propósito zonas muy dolorosas o innecesarias para su intento homicida, como son golpes en piernas, cara, pómulo (con fractura), tórax (con fractura), etc.

2. Para la estimación de tal cualificación se hace referencia -según doctrina de esta Sala: SS.T.S. 319/2007 de 18 de abril; 1081/2007 de 20 de diciembre; 713/2008 de 13 de noviembre; 949/2008 de 27 de noviembre; 99/2009 de 2 de febrero, etc.- a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, causa de forma deliberada otros males a la víctima que exceden de los necesariamente unidos a la acción típica, esto es, innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado, buscando la provocación de un sufrimiento añadido.

La naturaleza del motivo obliga a ceñirnos al relato probatorio en el que no se describe una conducta que permita la estimación de la agravante de ensañamiento.

El hecho probado describe la voluntad de causar la muerte y si eso es así, es prácticamente imposible que la producción de la muerte con una barra de hierro, y más pronto o más tarde con el añadido de un arma blanca, no provoque intensos dolores, pues no de otra manera puede provocar la muerte del agredido, amén que la permanente voluntad de ocasionar la muerte propicia la reiteración de golpes. Por lo demás, de los hechos probados, del testimonio de la víctima y del dictamen forense, se desprende que las 15 heridas **muy probablemente se causaron con el arma blanca**, que no **fue vista mientras se hallaba consciente el ofendido**; luego las heridas incisas se debieron producir en fase de inconsciencia.

En cuanto a la alegación de que se propinaron golpes en zonas muy dolorosas e innecesarias para el propósito homicida, piénsese que mientras está consciente el agredido trata de eludir y esquivar todas las agresiones y los agresores intentan dirigir los golpes donde pueden y en todo caso con propósito de doblegarle y reducirle, buscando la agresión o agresiones definitivas que debían producirle la muerte.

Lo que es evidente que no consta o fluye del factum es un propósito de causar males innecesarios sin finalidad y por el simple placer de hacer daño, y por tanto no nos encontramos ante un dolor inútil para obtener los objetivos que busca la acción típica.

El motivo ha de rechazarse.



SÉPTIMO.- En el tercer y último motivo, con sede procesal en el art. 849.1º L.E.Cr . por infracción de los arts. 123 y 124 C.P . por haber impuesto a los acusados el pago de las costas de la acusación particular, cuando éstas no habían sido solicitadas.

1. Reseña el impugnante el pronunciamiento del fallo en el que se condena "al pago de las costas por mitad, incluidas las de la acusación particular", por lo que se impone a los acusados la obligación de resarcir todos los gastos del juicio del ofendido.

Sin embargo dice que las costas de la acusación particular no fueron solicitadas por esta representación procesal, esto es, por el propio recurrido.

Insiste el recurrente que sin haber solicitado de forma expresa la condena en costas referidas a la acusación particular la Audiencia las impone incurriendo en un exceso respecto a lo solicitado (extra petita).

2. Esta Sala de casación no llega a comprender la razón de este motivo, cuando en él se interesa, algo que va en contra de los propios intereses del recurrente. No aparece ningún gravamen para el recurrente y ninguna infracción de los arts. 123 y 124 C.P .

La doctrina de esta Sala ha quedado reflejada en múltiples sentencias, pudiendo resumirse en los siguientes criterios:

1) La condena en costas por delitos solo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art. 124 C.P .).

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.

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 del Mº Fiscal y las aceptadas en la sentencia.

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.

5) La condena en costas no incluye las de la acción popular (SS.T.S. 464/2007 de 30 de mayo; 717/2007 de 1 de septiembre y 750/2008 de 12 de noviembre).

Conforme a tal doctrina en la causa aparece la petición del Mº Fiscal de que se impongan las costas a los acusados y la acusación particular igualmente interesa la condena en costas de los acusados.

Por su parte la sentencia en el fallo condena a los acusados al pago de las costas por mitad, **incluidas las de la acusación particular** .

Si ahora la acusación particular después de haber solicitado tal condena y recaída la sentencia aceptando tal petición, que no es impugnada por los acusados, a los que afecta la obligación de pago, no se acaba de entender la razón del motivo, por lo que procede su desestimación.

OCTAVO.- La estimación parcial del motivo primero hace que las costas de la acusación particular se declaren de oficio con devolución del depósito si se hubiere constituido, y se le impongan a los acusados, todo ello de conformidad al art. 901 L.E.Cr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley, con estimación de su primer motivo y desestimación del resto, interpuesto por la representación de la Acusación Benjamín ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, de fecha 2 de diciembre de 2013 , en causa seguida contra los acusados Tomás y Juan Ramón por delito de homicidio en grado de tentativa. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso, con devolución del depósito constituido

Asimismo **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación de los acusados Tomás y Juan Ramón contra indicada sentencia. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañe

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil catorce.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción de Baza, con el nº 1 de 2012, y seguida ante la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, por delito de homicidio en grado de tentativa contra los acusados Tomás , con NIE NUM000 , hijo de Carlos María y de Vicenta nacido el día NUM001 /52 en Beni Amir (Marruecos), con domicilio en Cortijo DIRECCION000 , NUM004 de Baeza (Jaén), sin antecedentes penales, declarado insolvente por el Juzgado Instructor, en prisión provisional por esta causa desde el día 14 de mayo de 2012 y contra Juan Ramón , con NIE NUM002 , hijo de Armando y Eloisa , nacido en Old Omar (Marruecos), el día NUM003 /1963, con domicilio en Cortijo DIRECCION000 , NUM004 de Baeza (Jaén), con antecedentes penales, declarado insolvente por el Juzgado instructor, en prisión provisional por esta causa desde el día 14 de mayo de 2012, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 2 de diciembre de 2013 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** , integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Procede dar por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO.- Habiendo estimado parcialmente el motivo primero de la sentencia rescindente, en el que se consideraba concurrente en los hechos la agravante de abuso de superioridad, procede llevar a cabo nueva individualización de la pena que deberá discurrir entre los 7 años y 6 meses a 10 años menos 1 día, ya que el hallarse el delito en grado de tentativa debe descenderse un grado (de 5 a 10 años) con imposición de la pena en su mitad superior (por la concurrencia de una agravante) y dentro de ese recorrido dosimétrico se estima justo y proporcionado imponer 8 años de prisión, ya que en la ejecución de los hechos concurren las circunstancias de nocturnidad y despoblado (art. 22.2 C.P .) no interesadas por hallarse absorbidos en la alevosía, pero resulta indudable que facilitaron en buena medida la ejecución de los hechos, trasladando a la víctima de un lugar a otro, hasta dejarla moribunda a su suerte en un polígono industrial.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a los acusados Tomás y Juan Ramón como autores responsables de un delito de homicidio en grado de tentativa con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad a la pena de 8 años de prisión, con las accesorias de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo y a todo lo demás que se estableció en la sentencia recurrida, en cuanto no contradiga a ésta (especialmente indemnizaciones civiles y costas procesales).

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañe

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