



Roj: **STS 4897/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:4897**

Id Cendoj: **28079120012009100795**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2009**

Nº de Recurso: **11509/2008**

Nº de Resolución: **854/2009**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, de fecha siete de octubre de dos mil ocho. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, la acusación particular Nuria , Ariadna Y Paulino , representados por el procurador Sr. Redondo Ortiz; el acusado Jesús María , representado por el procurador Sra. Guhl Millán y Clemente , representado por el procurador Sr. Briones Méndez y como recurrido el ABOGADO DEL ESTADO. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Alicante, instruyó sumario 1/06 , por delito de homicidio contra Jesús María y Clemente , lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante cuya Sección Primera, dictó sentencia en fecha 7 de octubre de 2006 con los siguientes hechos probados: *"El procesado Jesús María , mayor de edad y con antecedentes penales, ejecutoriamente condenado por dos delitos de Homicidio, en sentencias firmes, de 14 de marzo de 1982 y 20 de Noviembre de 1986 a penas de 17 años, 4 meses y 1 día y de 18 años, cumplía condena en la Prisión de Albolote, habiéndosele otorgado un permiso penitenciario de tres días en fecha 15 de Septiembre de 2006 que disfrutaba en Alicante.*

En esta ciudad entró en contacto con Adoracion , con la que mantenía relación hacia años, hospedándose ambos en la Pensión S. Vicente, valiéndose para ello de la documentación de la misma; hasta el día 21 de Septiembre, habiendo adquirido Jesús María en dichos días un revolver Smith and Wesson de 38 milímetros con el numero de serie borrado, y en perfectas condiciones de uso, pese a haber sido anteriormente inutilizado.

El citado día 21 de septiembre, sobre las 20 horas, en circunstancias y por motivos que se ignoran, el procesado, con dicha arma que se hallaba cargada con seis proyectiles, efectuó un disparo a muy corta distancia contra la frente de Adoracion , quien intento evitarlo con ambas manos, penetrando la bala por el entrecejo, en una trayectoria descendente, con un ángulo del 15%, saliendo por el occipital, e impactando en la pared a una altura de 127 centímetros.

Tras el disparo envolvió a la víctima con una sabana y la introdujo debajo de una cama auxiliar de la habitación, abandonando la pensión, llevándose sus pertenencias en una bolsa y una mochila, así como el arma y cuarenta y tres proyectiles que asimismo había adquirido. Al salir del establecimiento comunico a la recepcionista del mismo que avisara a la Policía o la familia de la citada Adoracion porque había ocurrido un accidente, trasladándose ésta a la habitación sin que al principio se percatara de la víctima al hallarse ésta oculta por la cama, y al apreciar un charco de sangre avisó a la Policía y al S.A.M.U, quienes pese a acudir inmediatamente y prestar los correspondientes servicios médicos no pudieron evitar su fallecimiento, causado por destrucción encefálica.

El procesado buscó refugio en el domicilio de Clemente , mayor de edad y con antecedentes penales y antiguo compañero de prisión de Jesús María , sito en la calle Senador Alberto Javier Pérez Ferrer de Alicante, al



que, tras pesquisas efectuadas por la Policía Nacional, acudieron tres agentes, quienes llamaron repetidamente a la puerta, hasta que les abrió el referido *Clemente*, accediendo al interior, refiriéndole los motivos de su presencia y preguntándole por aquel, negándole éste su presencia en el domicilio, y manifestándole que si no lo creían registrarán el piso, en cuyo registro encontraron al procesado, portando el revolver, que le fue intervenido, hallándose cargado, con el casquillo o vaina del proyectil percutido a la derecha del alma, y cinco balas a la izquierda del mismo. No constando en forma indubitada que *Clemente* hubiese tenido conocimiento de los hechos con anterioridad a que se los comunicase la policía."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " FALLO Que absolviendo a *Clemente* del delito por el que venía acusado, debemos condenar y condenamos al procesado *Jesús María* como autor responsable de un delito de Tenencia ilícita de Armas y un delito de Homicidio, con la concurrencia en éste de la agravante de Reincidencia como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 Años de Prisión por el primero y 13 Años de Prisión por el segundo con la Inhabilitación Absoluta por el tiempo de la condena, y al pago de las dos tercios de las costas causadas, con inclusión de las originadas por las partes acusadoras, así como a indemnizar a los dos hijos de la víctima en la suma de 100.000 Euros respectivamente y a su madre *Mariana* en la suma de 30.000 Euros.

Abonamos a dicho procesado todo el tiempo de privación de libertad que hubiera podido sufrir por esta causa para el cumplimiento de las expresadas penas.

Reclámese del Juzgado Instructor, previa formación en su caso por el mismo la pieza de responsabilidad Civil de esta causa.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el termino de cinco días a contar desde su notificación."

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la acusación particular de *Nuria*, *Ariadna*, *Y Paulino*, y por el acusado *Jesús María*, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del recurrente *Nuria*, *Ariadna*, *Y Paulino*, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Se ampara en el art. 852.2º de la LECrim . que autoriza recurso de casación cuando se entienda vulnerado un precepto constitucional. Se denuncia la infracción del art. 24.1º de la Constitución Española por entender vulnerado el derecho constitucional a la tutela judicial con efectiva indefensión a los recurrentes. Segundo.- Se ampara en el art. 849.1º de la LECrim que autoriza recurso de casación cuando se entienda vulnerado un precepto constitucional. Se denuncia la inaplicación del art. 121 del CP, en relación con el art. 120.3º según acuerdo de la Sala General de 26 de mayo de 2000 en el que se concluye respecto de la compatibilidad de ambos preceptos. Tercero .- Se ampara en el art. 849.1º de la LECrim que autoriza recurso de casación cuando se entienda vulnerado un precepto constitucional. Se denuncia la aplicación indebida del art. 138 del CP por ser de aplicación el art. 139.1º del CP .

5.- La representación del recurrente *Jesús María*, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Unico.- Por infracción de Ley, se funda en el número 2º del artículo 849 de LECrim. El motivo de casación se centra en la vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española.

6.- La representación del recurrente *Clemente*, se adhirió al recurso de casación presentado por el acusado *Jesús María*.

7.- Instruidas las partes y el Ministerio Fiscal impugnaron todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

8.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 9 de julio de 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) RECURSO DE *Jesús María*

PRIMERO. 1. El acusado ha sido condenado como autor de un delito de homicidio, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena de 13 años de prisión, y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de dos años de prisión, y a que indemnizara a los dos hijos de la víctima en la suma de 100.000 euros a cada uno, y a la madre en la cantidad de 30.000 euros.

La defensa del acusado formaliza un solo motivo de impugnación, al amparo del art. 849.2º de la LECr., alegando que concurre error en la apreciación de la prueba a tenor de los documentos que cita en su escrito. Sin embargo, de la lectura del recurso se desprende, dado su desarrollo argumental y las alegaciones que



contiene, que en realidad fundamenta sus discrepancias en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución). Así lo acreditan sus citas relativas a este derecho fundamental, las referencias al "in dubio pro reo" y el análisis extenso y sin límites que hace con respecto a todo el material probatorio que figura en la causa.

No se ha sometido por tanto el recurrente en sus argumentos al estrecho margen impugnativo que proporciona el art. 849.2º de LECr., que sirve de encabezamiento al único motivo de casación que articula, sino que razona en todo momento con base en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a su falta de enervación por la prueba de cargo. De ahí que la respuesta de la Sala prescindiera de los encorsetamientos del art. 849.2º, máxime al ponderar que ni siquiera se señalan por la parte documentos literosuficientes o autosuficientes que cumplieran las exigencias de la norma. Se procederá, pues, a examinar el verdadero objeto del recurso: la vulneración del referido derecho fundamental.

2. Según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007 y 111/2008). Y es doctrina reiterada del mismo Tribunal que, en la medida en que toda condena penal ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 124/2001, 186/2005, 300/2005 y 111/2008).

Por lo demás, tratándose de prueba indiciaria el Tribunal Constitucional considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003).

Por su parte, esta Sala de Casación tiene afirmado en reiteradas resoluciones que el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta en verificar si la prueba de cargo que el Tribunal utilizó para dictar la sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes al proceso debido, y por tanto, y en primer lugar, si dicha prueba de cargo fue adquirida sin vulneraciones de derechos fundamentales; en segundo lugar, si fue introducida en el proceso y sometida a los principios que rigen el plenario, de contradicción, inmediación y publicidad; en tercer lugar, si se trata de una prueba suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia; y por último, si consta debidamente razonada en la motivación de la resolución, de modo que pueda verificarse el *iter* discursivo y comprobarse si la conclusión obtenida resulta razonable y por tanto ajena a cualquier viso de arbitrariedad (SSTS 59/2009, de 29-1; y 89/2009, de 5-2).

Asimismo se ha hecho especial hincapié en que, desde la perspectiva del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, a este Tribunal le corresponde revisar la estructura del razonamiento probatorio de la sentencia recurrida, centrándose en comprobar la observancia de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal sentenciador (SSTS 753/2007 de 2-10; 672/2007, de 19-7; y 131/2009, de 12-2).

Finalmente, se ha incidido en numerosas resoluciones de la Sala en que los cuatro puntos cardinales del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia se concretan en verificar si existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada (SSTS 987/2003, de 7-7; 845/2008, de 2-12; y 89/2009, de 5-2).

3. La defensa del acusado fundamenta la inexistencia de prueba de cargo enervadora de la presunción de inocencia en que la muerte de la víctima por disparo de arma de fuego se produjo en la clandestinidad, esto es, cuando sólo estaban en la habitación en que se desarrollaron los hechos la víctima y el acusado. Por lo cual, sólo se cuenta a efectos probatorios con la declaración de éste y con los informes periciales que obran en la causa, y ninguna de esas pruebas serían suficientes -a criterio del recurrente- para constatar su autoría delictiva.

La tesis de la defensa es claro que no puede prosperar. En primer lugar, y en lo que concierne a las manifestaciones que prestó el acusado en el devenir del proceso, si bien es verdad que en ningún momento manifestó ser el autor del disparo, no lo es en cambio que mantuviera en las distintas fases procesales la misma versión sobre los hechos. Muy al contrario de lo que afirma la defensa, modificó su versión en algún dato que tiene suma relevancia.



En efecto, en su primeras declaraciones ante la policía (folios 35 y 36 de la causa) y ante el juez de instrucción (folios 90 a 92), el acusado mantuvo como versión que, hallándose ambos en el interior de la habitación de la pensión, le mostró a la mujer el revólver, de cuyo interior había extraído toda la munición. La mujer cogió el arma y se apuntó con ella a la cabeza, cuando se hallaba sentada en la cama auxiliar, al mismo tiempo que pronunciaba la frase "para que veas que te quiero". En ese momento - dijo el acusado- se percató de que el arma que portaba Adoracion tenía un proyectil en el tambor, ya que él sólo tenía cinco proyectiles en la mano. Y cuando se disponía a avisar a su compañera de que el arma se hallaba cargada, sonó el disparo y comprobó que la mujer se había disparado en la cabeza.

Esta versión de los hechos fue rectificada cuando prestó declaración en la diligencia indagatoria (folios 753 y 754 de la causa). Aquí el acusado ya manifestó que el arma se disparó en el instante en que hizo ademán de quitársela a su compañera con el fin de que no disparara. De modo que ya no estaba a cierta distancia de la víctima, tal como había manifestado en un primer momento, sino que admite que estaba junto a ella y que incluso intentó quitarle el revólver.

El cambio sustancial en su narración, que después fue reafirmado en el plenario, sobre un hecho de no poca relevancia tiene una explicación muy clara: el acusado conoció con posterioridad a sus primeras declaraciones que la prueba pericial practicada por la policía científica sobre los residuos de disparo en las manos del acusado, arrojó un resultado positivo, informando al respecto los expertos que en las dos manos del acusado había partículas de residuos de disparo por arma de fuego (folios 225 y 226 del sumario), indicio que evidenciaba la probabilidad de que el acusado tuviera en ese momento el arma en sus manos.

Su primera versión de los hechos no sólo resultó contradicha por los residuos hallados en sus manos, sino también por otros datos objetivos que figuran en el proceso. Y así, en el informe médico forense sobre la autopsia se hace constar que la trayectoria del disparo era descendente con una graduación del 15 % y el orificio de entrada estaba en la región interiliar (folios 173 y ss.). Ambos datos se muestran incompatibles con un disparo realizado por la propia víctima colocando el arma sobre su frente.

También ha quedado descartada la posibilidad de que la víctima se disparara con el arma de fuego cuando estaba sentada en la cama auxiliar, de escasa altura. Y ello porque la huella de impacto del proyectil en la pared se ubica a 1,27 metros del suelo, ubicación que se contradice con la trayectoria descendente de la bala y la altura de la cama en que se hallaba sentada Adoracion , según la versión del acusado.

Tampoco se ajustan al resultado probatorio las afirmaciones del acusado sobre los proyectiles que tenía el arma en el tambor cuando sonó el disparo. El ahora recurrente manifestó que sólo tenía uno, pues los restantes los tenía él en la mano, cargando el arma después de que el hecho tuvo lugar y con anterioridad a abandonar el piso.

Según las declaraciones de los agentes, ello no resulta factible dada la posición que ocupaba en el interior del tambor la vaina percutida y los otros cinco proyectiles en el momento que fue detenido el acusado y le fue intervenida el arma.

Los datos reseñados y los informes periciales que obran en la causa (folios 225 y 226, 231 a 239 y 376 y 377) evidencian que no nos hallamos ante un caso de disparo realizado por la propia víctima, eventualidad que queda descartada por el lugar del orificio de entrada (entre los dos ojos) y por el ángulo o trayectoria descendente del disparo. Por el contrario, todo acredita que fue el acusado quien disparó contra Adoracion , pues así lo revelan los residuos de las partículas en las manos del acusado, la trayectoria del disparo, la reacción de marcharse del lugar nada más realizar la acción y las graves contradicciones en que incurrió en sus distintas declaraciones. Y si bien es cierto que también había residuos de disparo en las manos de la víctima, ello ha de atribuirse a la proximidad del arma y a los ademanes defensivos de Adoracion ante la inminencia del acto homicida.

Debe por tanto desestimarse el recurso del acusado y confirmarse la autoría de los hechos delictivos.

B) Recurso de Nuria , Ariadna y Paulino

SEGUNDO . La acusación particular formaliza tres motivos de casación, el primero de ellos por infracción de precepto constitucional y los dos restantes por infracción de ley .

En cuanto al primer motivo, alegan los herederos de la víctima la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, con base en lo dispuesto en el art. 852 de LECr , en relación con el art. 24.1 de la Constitución. Los acusadores particulares argumentan para sostener la impugnación que el Tribunal de instancia ha desoído reiteradamente su petición en orden a la comparecencia en el proceso de la Administración en calidad de responsable civil subsidiaria, a pesar de que ya en la fase de instrucción solicitó la práctica de diligencias que claramente iban a encaminadas a obtener la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración del Estado.



Y ya cuando se hallaba el proceso en la Audiencia Provincial, tras decretarse la apertura del juicio oral, una vez que el Tribunal solventó a instancia de parte la omisión de ofrecimiento de acciones a los hijos de la víctima, la representación de éstos solicitó que se emplazara al Estado en la condición de responsable civil. Según la acusación particular, esta petición la formuló cuando se le entregó la causa para calificación, ya que -dice la parte recurrente- fue el único momento procesal que tuvo para ello, toda vez que a los hijos no se les concedió el trámite para instrucción que prevé el art. 627 de la Ley Procesal Penal .

Pues bien, esta queja que formula la representación de los hijos de la fallecida no se ajusta a la realidad de lo acontecido, según se comprueba al leer las actuaciones procesales. En efecto, cuando se personaron en el proceso los hijos de la víctima bajo la misma representación que la madre de la fallecida, ejerciendo así los tres la acusación particular, el Tribunal sí les dio traslado de las actuaciones a los efectos del art. 627 de la Ley Procesal Penal , es decir, para el trámite de instrucción por el término de diez días (folios 107 y 108 del rollo de Sala). A ello respondió la parte con un escrito que lleva fecha de 12 de mayo de 2008 , en el que se considera instruida y solicita al mismo tiempo la apertura del juicio oral (folio 115 del rollo de Sala).

Por lo cual, es absolutamente incierta la alegación de la parte recurrente de que no se le dio traslado para instrucción. Sí es cierto, en cambio, que ante ese traslado no solicitó el emplazamiento del Estado como responsable civil subsidiario, petición que sólo formuló cuando, después de la apertura del juicio oral, evacuó el escrito de calificación provisional (folios 138 a 147 del rollo de Sala).

A la petición ya extemporánea de la acusación particular contestó negativamente la Audiencia Provincial el 25 de julio de 2008 , rechazando el emplazamiento del Estado como responsable civil subsidiario por no haberlo solicitado la parte en los distintos momentos procesales anteriores en que sí tenía derecho a formular esa pretensión, esto es, en la fase sumarial y en la fase intermedia del proceso, siempre con anterioridad al auto en el que se acordaba la apertura del juicio oral (folio 213 del rollo de Sala). Contra esta resolución interpuso recurso de súplica la acusación particular (folios 308 y 309 del rollo de Sala), recurso que fue desestimado por auto de 23 de septiembre de 2008 (folio 391).

Por consiguiente, la Sala de instancia fue respondiendo a las distintas pretensiones e impugnaciones de la acusación particular acerca del emplazamiento del Estado como responsable civil subsidiario y sus respuestas se adecuaron a la normativa procesal, de modo que si bien rechazó el intento de que el Estado compareciera como responsable civil subsidiario en el proceso, ese rechazo se ciñó a lo previsto en la ley, pues la cuestión fue planteada de forma extemporánea, cuando el proceso había ya entrado en la fase de juicio oral.

A tenor de lo que antecede, se desestima el primer motivo de impugnación.

TERCERO . Como segundo motivo de casación denuncia la acusación particular, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la Ley Procesal Penal , la infracción de ley, al estimar que el Tribunal *a quo* ha vulnerado lo dispuesto en los arts. 121 y 120.3º del C. Penal.

La tesis que sostiene la parte recurrente es que debió declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en la sentencia puesto que cuando el acusado cometió los hechos estaba cumpliendo pena de prisión en el Centro **Penitenciario** de Albolote por la condena de dos delitos de homicidio. Se le concedió un permiso de salida de cuatro días por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, el día 15 de septiembre de 2006 , sin que el día 19 se reintegrara al Centro. Y dos días más tarde, el día 21 de septiembre, ejecutó los hechos que se están enjuiciando, sin que por parte de la Administración Penitenciaria -señala la parte recurrente- se adoptara medida alguna para reintegrar el Centro al preso que había quebrantado la condena.

La pretensión de la acusación particular es claro que no puede acogerse. Y ello por una simple razón procesal derivada de lo expuesto en el fundamento precedente. Pues si la Administración que tendría que responder civilmente no figura emplazada en el proceso, es claro que se le generaría indefensión en el caso de que esta Sala entrara a dilucidar la pretensión de responsabilidad civil que se formula contra ella. El déficit procesal que arrastra la causa debido a la omisión de la acusación particular determina que ya ni siquiera se pueda entrar a analizar el fondo de la reclamación indemnizatoria que formula la parte recurrente contra el Estado, por lo que ha de rechazarse de plano la estimación del motivo interpuesto.

En cualquier caso, sí se puede afirmar que la jurisprudencia de esta Sala se ha mostrado reacia a declarar la responsabilidad civil de la Administración con respecto a los delitos cometidos por los internos cuando disfrutaban de un permiso de salida. Y así, en las sentencia 966/2001, de 29 de mayo , se argumenta que en los supuestos de una conducta delictiva de un interno que se encuentra disfrutando de un permiso **penitenciario** concedido por un Juez de Vigilancia Penitenciaria, la responsabilidad del Estado, si es que existe, habría que derivarla hacia la Ley Orgánica del Poder Judicial y canalizarla por la vía de la responsabilidad civil en un procedimiento autónomo, siendo el camino idóneo, a primera vista, el previsto en los arts. 292 y siguientes de



la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contemplan los daños y perjuicios producidos por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Y en la sentencia 47/2007, de 29 de mayo , se insiste en que cualquier hecho delictivo cometido en el curso de un permiso **penitenciario** no puede anudarse a una responsabilidad civil subsidiaria sino a un funcionamiento anormal de la Administración Penitenciaria, que debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad ya que el fin que se persigue, constitucionalmente exigido, merece ser intentado aún con el riesgo de que la confianza depositada sea traicionada y se produzca un comportamiento contrario a las previsiones y a la finalidad de la concesión del permiso.

En la misma resolución se matiza que sólo cabría dilucidar esa responsabilidad de la Administración Penitenciaria dentro del proceso penal cuando se acreditaran evidentes y palmarios descuidos por parte de la Administración, al poner en marcha las previsiones reglamentarias para detectar una posibilidad de fuga y en la reacción posterior a la concesión del permiso una vez que el interno no se reintegra. Según se desprende de la resolución reseñada, la responsabilidad civil del Estado sólo procedería por tanto declararla en el ámbito penal en los casos extraordinarios en que concurriera una negligencia patente y palmaria por parte de los funcionarios previamente a la concesión del permiso o con posterioridad al quebrantamiento de la condena por parte del penado, por no tomarse medidas elementales para su reintegro al Centro, que es lo que sucedió en el supuesto contemplado en la referida sentencia 47/2007 .

CUARTO . El último motivo de casación lo articula la acusación particular a través del art. 849.1º de la LECr ., al considerar que se ha infringido el art. 139.1º del C. Penal , por concurrir en la conducta homicida del acusado la circunstancia de alevosía. Según la parte recurrente, el hecho probado de que el acusado realizara un disparo a muy corta distancia contra la frente de Adoracion , quien intentó evitarlo con ambas manos, pese a lo cual penetró el proyectil por el entrecejo, integraría un supuesto de alevosía. Pues el acusado -señala el recurso- portaba un arma de fuego cargada con seis proyectiles y la víctima se hallaba desarmada y sin opción de huida.

2. El art. 22.1 del Código Penal dispone que la alevosía concurre "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

Partiendo de esa definición legal, la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo los siguientes elementos para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas; en segundo lugar, como requisito objetivo que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; en tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi* , conscientemente orientado a aquellas finalidades (SSTS 907/2008, de 18-12; 25/2009, de 22-1; 37/2009, de 22-1; 172/2009, de 24-2; y 371/2009, de 18-3).

En lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala distingue en las sentencias que se acaban de reseñar tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía *proditoria* o *traicionera* , si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha; la alevosía *sorpresiva* , caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto; y la alevosía *por desvalimiento* , en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente

Dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, la jurisprudencia de la Sala distingue los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también considera alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo. Esta última modalidad de alevosía sobrevenida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada (SSTS 178/2001, de 13-2; 1214/2003, de 24-9; 949/2008, de 27-11; 965/2008, de 26-12; 25/2009, de 22-1; 93/2009, de 29-1; y 282/2009, de 10-2).



3. Atendiendo a los hechos declarados probados, que han de ser estrictamente respetados en esta instancia puesto que nos hallamos ante un motivo casacional por infracción de ley, todo indica que la única alevosía sobre la que cabría especular sería la sorpresiva, que requiere un ataque repentino o súbito con el arma sin discusión previa alguna, o una alevosía sorpresiva sobrevenida, de modo que concurriendo una discusión previa sin ataque con arma alguna, ésta se utilice de forma repentina o imprevista en un momento determinado del enfrentamiento entre los dos ocupantes de la habitación en que se desarrollaron los hechos.

Pues bien, en el supuesto enjuiciado se carece de todo elemento de prueba que nos acredite cuál era la situación fáctica previa al disparo con el arma. Se ignora si la víctima conocía o no con anterioridad la existencia del arma; tampoco se sabe cómo fue exhibida en el lugar de los hechos; si Adoracion tuvo o no el arma delante un tiempo suficiente como para intentar reaccionar y abandonar el lugar; si la situación previa al disparo dejaba opciones o no a aquélla para realizar algún tipo de defensa o de prevenirse para que el acusado no acabara utilizando el revólver; y tampoco pueden excluirse otros supuestos similares que permitieran prever con anticipación la utilización del arma y adoptar alguna medida defensiva en orden a evitar que el acusado llegara a valerse de ella como medio homicida.

Así las cosas, debe concluirse que sólo cabe operar con meras conjeturas y elucubraciones sobre la forma en que exhibió el arma el acusado con anterioridad al disparo contra Adoracion . Y como esas conjeturas no excluyen algunas hipótesis que favorecen al reo al descartar los presupuestos fácticos de un comportamiento alevoso, procede rechazar en este caso la agravante de alevosía y confirmar la condena por un delito de homicidio.

Se rechaza, por tanto, el último motivo de impugnación de la acusación particular.

QUINTO . Los fundamentos jurídicos que se han venido exponiendo nos llevan necesariamente a la desestimación de los dos recursos de casación, imponiéndose a las partes impugnantes las costas de esta instancia (art. 901 LECr).

III. FALLO

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por la representación de Jesús María y por la representación de Nuria , Ariadna y Paulino contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, de fecha 7 de octubre de 2008 , dictada en la causa seguida por los delitos de homicidio y de tenencia ilícita de armas, y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas; y a la pérdida del depósito si éste se hubiere constituido.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Alberto Jorge Barreiro Luis-Roman Puerta Luis

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