



Roj: **SAP SE 4508/2002 - ECLI: ES:APSE:2002:4508**

Id Cendoj: **41091370012002100035**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2002**

Nº de Recurso: **5120/2002**

Nº de Resolución: **488/2002**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **PEDRO IZQUIERDO MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo 5.120/02

Jdo. Instr. 2 Ecija

Sumario 2/01

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA

SECCION PRIMERA

**SENTENCIA 488/2.002**

MAGISTRADOS Ilmos. Srs.

D. MIGUEL CARMONA RUANO

Dª ELOISA GUTIERREZ ORTIZ

D. PEDRO IZQUIERDO MARTIN

En la Ciudad de Sevilla a 11 de noviembre de 2.002.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, compuesta por los citados Magistrados, ha visto en Juicio Oral y público la vista seguida por delitos de **asesinato** consumado e intentado contra Benedicto , mayor de edad, nacido el día 6 de agosto de 1962, hijo de Federico y de Elisa , natural y vecino de Ecija con domicilio en la calle DIRECCION000 número NUM000 , DNI. NUM001 , sin antecedentes penales, declarado insolvente, en prisión provisional por esta causa desde el día 15 de diciembre de 1999 prorrogada por resolución de 17 de noviembre de 2.001, representado por la Procuradora Dª Ana María Asensio Vegas y defendido por el Letrado D. Antonio Martínez Ferrer. Acusación particular de María Antonieta , representada por la Procuradora Dª Eva María Mora Rodríguez y asistida del Letrado D. Manuel Fernández del Pozo. Acusación particular de Consuelo y Lorenza , esta última en su propio nombre y como defensora judicial de los menores Casimiro , Fermín y Javier , representadas por la Procuradora Dª Eva María Mora Rodríguez y asistidas por la Letrada Dª Concepción García Gómez. Ha ejercitado la acción popular el Excmo. Ayuntamiento de Ecija representado por la Procuradora Dª Mercedes Retamero Herrera y asistido por el Letrado D. Francisco José Gandullo Guerra, siendo además parte el Ministerio Fiscal, y ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO IZQUIERDO MARTIN que expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Las actuaciones se iniciaron por atestado instruido por la Comisaria de Policía de Ecija de 15 de diciembre de 1999, registrado con el número NUM002 .

SEGUNDO: El Ministerio Fiscal en el acto del Juicio Oral calificó los hechos como constitutivos de un delito de **asesinato** y un delito de homicidio en grado de tentativa tipificados y penados en los artículos 139 1. y 138, 16 y 62, sin la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, considerando autor del mismo al acusado, solicitando por el delito de **asesinato** la pena de 20 años de prisión, inhabilitación



absoluta durante el tiempo de la condena y de prohibición de acudir al lugar donde reside la familia de María Rosario por tiempo de 5 años, y por el delito de homicidio la pena de 5 años de prisión, con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de acudir al lugar donde reside María Antonieta o su familia por tiempo de 5 años, costas, así como que indemnice a cada uno de sus cuatro hijos en 36.060,73 euros y a María Antonieta en 3.005,06 euros por las lesiones y secuelas sufridas.

Las acusaciones particulares de María Antonieta, Consuelo y otros, calificaron los hechos como constitutivos de un delito de **asesinato** consumado y otro en grado de tentativa, tipificados y penados en los artículos 139 1. y 3., y 139 1. con relación a los artículos 16 y 62 del Código Penal, considerando responsable en concepto de autor al acusado, con la concurrencia en ambos delitos de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal, solicitando por el delito de **asesinato** consumado la pena de 25 años de prisión con la inhabilitación absoluta por veinte años, inhabilitación especial de los derechos de patria potestad sobre sus hijos menores por veinte años y prohibición de residir o acudir al lugar donde reside la familia de María Rosario así como de aproximarse o comunicarse con los mismos por tiempo de 5 años desde la excarcelación del acusado por cualquier causa, y por el delito de **asesinato** en grado de tentativa la pena de 14 años, 9 meses y 29 días de prisión con las de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de prohibición de residir, o acudir al lugar donde reside María Antonieta o su familia, así como de aproximarse o comunicarse con ellos por tiempo de 5 años, así como que indemnice a cada uno de sus cuatro hijos en 150.253 euros y a María Antonieta en otros 150.253 euros, por daño moral y por las lesiones y secuelas sufridas, solicitando la acusación de María Antonieta el pago de las costas.

El Excmo. Ayuntamiento de Ecija califico los hechos y solicito las mismas penas que las otras acusaciones, si bien intereso una indemnización para cada uno de los cuatro hijos y para María Antonieta de 120.202,42 euros, a esta última por las lesiones y secuelas sufridas.

TERCERO: La defensa del acusado en el acto del Juicio Oral elevo a definitivas sus conclusiones, calificando los hechos como constitutivos de un delito de homicidio y otro de lesiones de los artículos 138 y 148 1. del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal eximente del artículo 20.1. del Código Penal, y alternativamente las circunstancias atenuantes del artículo 21 1ª en su caso 3ª del Código Penal, así como la 4ª en relación con la 6ª del mismo precepto, interesando la libre absolución, y alternativamente y en el caso de apreciación de la circunstancia atenuante la del artículo 21 del Código Penal. Por el delito del artículo 138 procede imponer, conforme a lo establecido en el artículo 68, la pena inferior en dos grados a la señalada para el delito indicado. Alternativamente y en el supuesto de apreciación de las circunstancias del artículo 21 3ª y 4ª en relación con la 6ª del Código penal, procede imponer igual pena a la antes expresada por aplicación del artículo 66 4 del código Penal. Respecto de la pena a imponer por el delito de lesiones del artículo 148 1 procede la apreciación de idénticas circunstancias modificativas de su responsabilidad a las expresadas en el párrafo anterior. En cuanto a la responsabilidad civil por el delito del artículo 138 considera ajustada a derecho la solicitud del escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

CUARTO.- En el acto del Juicio Oral se procedió al interrogatorio del acusado, testificales, periciales y documental con el resultado que consta en autos.

## HECHOS PROBADOS

UNICO.- Apreciando en conciencia la prueba practicada expresa y terminantemente declaramos probado que el día 15 de diciembre de 1999, siendo aproximadamente las veintidós cincuenta horas, cuando María Rosario bajaba en la estación de Ecija de un autobús procedente de Sevilla, fue abordada por su esposo, Benedicto, mayor de edad, sin antecedentes penales, quien la cogió de la mano de forma violenta al tiempo que preguntaba por sus hijos, momento en el que también se aproximó la hermana de aquella, María Antonieta, que había acudido a recogerla, y que al observar la actitud de Benedicto le dijo que dejara en paz a su hermana, llegando a tocar en el brazo a Benedicto, lo que motivo que aquel le diera un codazo en la boca y le dijera que no se metiera, continuando detrás de María Rosario, que a requerimiento de María Antonieta se dirigía hacia un taxi que las esperaba, diciéndola de forma reiterada "... tu ya no me quieres..", sacando en el trayecto Benedicto una navaja tipo estilete de once y medio centímetros de hoja con la que apuñaló de forma sorpresiva a María Rosario causándola lesiones consistentes en una herida punzante de aproximadamente 0,2 cm de diámetro en la cadera derecha, herida inciso punzante en la zona superior externa del brazo derecho de 1.3 cm de longitud y 2,5 cm de profundidad, herida inciso punzante de 1,2 cm en cara posterior de antebrazo izquierdo de escasa profundidad, herida inciso punzante en la zona paraesternal derecha a nivel del 3º espacio intercostal derecho de 1,5 cm de dirección oblicua y herida inciso punzante en cuadrante superior interno de mama derecha a



unos 6 centímetros de areola mamaria de 1,2 cm de longitud, provocando estas dos últimas su inmediato fallecimiento por shock hemorrágico.

Al observar María Antonieta , que estaba detrás de aquellos, como Benedicto agredía a su hermana, comenzó a gritar pidiendo socorro, lo que motivo que este último se girase y le clavara la navaja tipo estilete en el cuadrante superior de la mama derecha causándola una herida incisa no penetrante en tórax, con una dirección de arriba abajo y de fuera a dentro atravesando el tejido mamario y la aponeurosis del músculo pectoral hasta el séptimo arco costal derecho de unos seis centímetros de trayecto, huyendo aquella desfavorida.

María Antonieta requirió para la curación de su lesión, además de la primera asistencia tratamiento médico quirúrgico consistente en la exploración de la herida bajo anestesia general, hemostasia y sutura, colocación de drenaje, profilaxis antitetánica y antibiótica, y retirada de drenaje, tardando en curar trece días, durante los cuales tres permaneció ingresada en el centro hospitalario, estando durante los mismos incapacitada para sus ocupaciones habituales, precisando además apoyo psicológico y tratamiento farmacológico, quedándole como secuelas una cicatriz de 4 cm en cuadrante superior interno de la mama derecha y otra de 1 cm en región intermamaria, así como un síndrome de estrés postraumático, con presencia de elementos depresivos y ansiosos, que provoca una leve alteración del equilibrio afectivo y pueden repercutir en su vida social, laboral y familiar.

En el momento de su fallecimiento María Rosario , nacida el 13 de marzo de 1967, estaba en trámites de separación matrimonial, habiéndose ya dictado el día 17 de noviembre de 1999 auto de medidas provisionales en el que se acordó, entre otras, la separación provisional, no viviendo con Benedicto desde el día 8 de mayo de 1999 en el que acudió a una Casa de Acogida ante el temor de que aquel la agrediera como había sucedido en anteriores ocasiones, dejando cuatro hijos, Consuelo , Casimiro , Fermín y Federico , que en la fecha de los hechos tenían 18, 13, 11 y 7 años respectivamente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de **asesinato** tipificado en el artículo 139 1 del Código Penal, y un delito de homicidio en grado de tentativa tipificado y penado en los artículos 138, 16 y 62 del mismo texto legal.

Siendo reo de **asesinato** el que matare a otro concurriendo alguna o algunas de las circunstancias descritas en el artículo 139 del Código Penal, por lo que se refiere a la muerte de María Rosario la cuestión controvertida se refiere a la concurrencia en la conducta homicida de Benedicto de las circunstancias de alevosía y de ensañamiento.

En la STS 2.523/2001, de 20 de diciembre se refiere que existe alevosía en todos aquellos casos en que por el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido. Es decir, la esencia de la alevosía como elemento constitutivo del delito de **asesinato** (art. 139.1ª) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1ª), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada. Tal inexistencia de posibilidades de defensa puede provenir de las múltiples circunstancias en que se desarrollaron los hechos concretos, de las cuales la jurisprudencia viene retiradamente deduciendo tres formas diferentes de agresiones alevosas: la más características, que enlaza con los orígenes históricos de esta figura penal, la proditoria o aleve, cuando se actúa en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante; la que se produce de forma súbita o por sorpresa cuando el agredido no espera el comportamiento de su agresor, y la que existe cuando la víctima es una persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.) o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, anonadada, etc.). En estos casos hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente perverso, cobarde, o traicionero (fundamento subjetivo), y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo). Esas tres formas de manifestarse la alevosía no constituyen una enumeración cerrada ("numerus clausus"), sino que son maneras concretas en las que habitualmente viene apareciendo esta circunstancia agravante, que ha de aplicarse siempre que concurren los requisitos que se derivan de la definición que nos ofrece el texto legal (art. 22. 1ª CP) y que son los siguientes:

1º. Un elemento normativo, en cuanto se encuentra expresamente delimitado su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, apareciendo como la primera de las circunstancias que cualifica el **asesinato**.

2º. Un elemento objetivo, que constituye la verdadera esencia de esta importante circunstancia agravatoria, consistente en que la agresión ha de hacerse de manera tal que tienda a eliminar las posibilidades de defensa



del agredido, lo que lleva como consecuencia inseparable (es la otra cara de la misma moneda) la inexistencia de riesgo para el ofensor que pudiera proceder del comportamiento defensivo del ofendido.

3°. Un elemento subjetivo, que no es sino la aplicación al caso del dolo como requisito necesario en todos los delitos dolosos, consistente en que la voluntad consciente del agente ha de abarcar no sólo el hecho de la muerte de una persona, sino también la circunstancia concreta de que ésta se ejecuta a través de una agresión que elimina las posibilidades de defensa del ofendido. Así se viene pronunciando con reiteración la jurisprudencia (Sentencias de 9-2-89, 19-4-89, 26-10-89, 24-11-89, 23-1-90, 28-2-90, 29-6-90, 22-9-90, 15-10-90, 19-1-91, 15-4-91, 22-7-91, 11-9-91, 18-10-91, 12 y 17-3-92, 20-4-92, 12-5-92, 20-2-93, 30-6-93, 6-3-94, 3-10-94, 19-4-97 y 24-4-2000, entre otras muchas).

Acreditada la participación del acusado en la muerte de María Rosario tanto por las manifestaciones de María Antonieta como las del taxista y viajero que se encontraban en la estación, resultando también significativo lo declarado por los Funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que recupero la navaja estilete y analizó, respectivamente, los restos de sangre de la misma, de la pericial médica practicada, y declaraciones de los tres primeros testigos antes mencionados puede llegarse a la conclusión del carácter alevoso de la conducta homicida imputada.

Es cierto que, a la vista de la localización y trayectoria de las heridas inferidas, son dos las hipótesis que tienen un mayor grado de fiabilidad con relación al modo en que el acusado ejecuto la acción criminal, pero tanto una como otra, como ahora veremos, ponen de manifiesto que nos encontramos ante un caso de **asesinato** cualificado por la alevosía en la modalidad de ataque súbito o por sorpresa. Como más verosímil se presenta la agresión a la fallecida cuando caminaba delante del acusado recibiendo de forma sucesiva un pinchazo en la cadera y brazo derecho, para seguidamente desde detrás, al encontrarse la víctima inclinada, ser agredida en la zona paraesternal derecha y en el cuadrante superior interno de la mama derecha, lesiones estas últimas que provocaron su inmediata muerte "... que caso de que el agresor fuera diestro el ataque se tuvo que producir desde detrás, y la de la cadera desde la derecha.. que para que la dirección de arriba abajo se produzca, la agredida debía estar agachada, un poco encorvada y de espaldas al agresor, durante el transcurso de las dos heridas en el pecho, la de la cadera podía estar de frente y también en la del brazo.. que todas las heridas son muy cercanas.. que las heridas mortales y todas las demás se producen estando viva, pudo ser primero lateral, brazo, salir corriendo y después las del pecho..". Esta hipótesis se corresponde más con las manifestaciones del taxista que refirió que "... vio sacar al procesado un estilete y se puso a dar puñaladas a María Rosario y a María Antonieta estando ambas de pie, no se acuerda si luego hubo una en el suelo..". Otra de las hipótesis, aunque menos probable, es "... que si la víctima estaba tumbada lateral izquierda y tumbada, el agresor la agreda de costado y le produzca todas las lesiones que tenía...es posible que la víctima estuviera caída y el agresor de rodillas.. que por la oblicuidad de las heridas, la víctima caso de estar en el suelo debía estar de costado izquierdo tumbada..", que se corresponde más con lo manifestado por María Antonieta y el viajero, "... Benedicto tiró al suelo a su hermana y allí la apuñaló.. su hermana le daba patadas tratando de defenderse y Benedicto seguía apuñalándola..", "... el autobús se fue y lo primero que ve es una mujer tumbada en el suelo inmóvil y al procesado hacer dos gestos como de apuñalarla..". Se plantearon también otras hipótesis menos probables, "... que también pudo producirse las heridas de rodilla y brazo una vez estaba caída en el suelo y no antes de las heridas mas graves..", "... que una vez cae al suelo se incorpore un poco sobre el lado izquierdo y la agreda desde el lado derecho..", pero lo que resulta incontestable que tanto estas como las antes mencionadas implican el que el acusado ataco de forma sorpresiva a la víctima limitando su capacidad de defensa y asegurando la ejecución de su propósito criminal, sin que de la inicial discusión, "... se puso a zamarrearla.." pudiera aquella llegar a intuir que en el lugar en el que se encontraban, la estación de autobuses rodeada de muchas personas, iba el acusado a sacar una navaja estilete para agredirla hasta causar su muerte.

Cuestión distinta es la apreciación de la circunstancia de ensañamiento también imputada. Como se refiere en la STS 2.469/2.001, de 13 de diciembre, el ensañamiento, en tanto circunstancia agravante de la muerte dolosa de otro, no siempre es coincidente con el sentir popular, y supone un aumento de males, innecesarios y no dirigidos a la causación del resultado (elemento objetivo) y la conciencia y voluntad de causarlos por el sujeto, denotando especial crueldad y sadismo (elemento subjetivo). En la ciencia jurídico-penal moderna los elementos del **asesinato** se caracterizan por su capacidad de revelar una especial reprochabilidad ético-social, por oposición a los antiguos criterios psicológicos. Desde esta perspectiva los aspectos exteriores de la conducta, en especial la cantidad de golpes que produjeron la muerte, sólo tiene un sentido "indiciario-sintomático". "Lo decisivo - se afirma en la doctrina moderna- es si, sobre la base de una ponderación total, considerando la personalidad del autor y todas las circunstancias, la muerte resulta especialmente reprochable". De esta manera el aspecto externo del hecho queda sometido a los resultados de una valoración especial de los elementos subjetivos. En el caso del ensañamiento esta ponderación global de la personalidad del autor presupone que en el desarrollo de la acción se hayan puesto de manifiesto propósitos de crueldad que sean claramente diferenciables de la finalidad de quitar la vida a la víctima y que reflejen una especial



satisfacción adicional por el sufrimiento innecesario que se causa. En este contexto resulta secundaria la consideración exclusivamente numérica de las puñaladas inferidas a la víctima. Ello es así, sobre todo, en los casos como el presente, en los que la continuidad de la agresión dentro de un marco temporal reducido no permite diferenciar adecuadamente si la finalidad del autor era asegurar el resultado o, por el contrario, satisfacer su especial propósito de crueldad. Si se tiene en cuenta que de las heridas inferidas tan sólo dos de ellas, herida paraesternal y en la mama derecha, provocaron la muerte, y que la hipótesis mas probable es que el puntazo en la cadera y herida en el brazo derecho, sin que conste cuando se causo otra de escasa profundidad en cara posterior de antebrazo izquierdo, se produjeran antes de aquellas, no puede deducirse que el propósito del acusado no fuera de forma exclusiva el de asegurar el resultado, por lo que no procede la estimación de la circunstancia alegada.

SEGUNDO.- En cuanto a la lesión causada a María Antonieta , acreditada la participación del acusado por los testimonios antes mencionados con excepción del depuesto por el viajero que no la presencia, la cuestión básica discutida por las partes ha sido la calificación jurídica de los hechos: **asesinato** u homicidio en grado de tentativa, o bien delito de lesiones con medio peligroso como sostiene la defensa.

Desde el punto de vista externo y puramente objetivo un delito de lesiones y un homicidio no consumado son semejantes. La única diferencia radica en el ánimo del sujeto que en uno tiene tan sólo una intención de lesionar y en el otro una voluntad de matar. Es el elemento subjetivo, personal e interno, lo que diferencia que unos hechos aparentemente idénticos puedan juzgarse como lesiones, por concurrir en ellos el animus laedendi o como homicidio por existir "animus necandi" o voluntad de matar. Pero tal elemento interno, salvo que el propio acusado lo reconozca, debe inferirse de una pluralidad de datos, suficientemente acreditados, que hagan aflorar y salir a la superficie ese elemento subjetivo escondido en el interior del sujeto. Tales criterios de inferencia pueden concretarse en los siguientes: a) La dirección, el número y la violencia de los golpes; b) Las condiciones de espacio y tiempo; c) Las circunstancias conexas con la acción; d) Las manifestaciones del propio culpable, palabras precedentes y acompañantes a la agresión y actividad anterior y posterior al delito; e) Las relaciones entre el autor y la víctima; y f) La misma causa del delito. Estos criterios, que se han descrito a modo de ejemplo, no son únicos y por tanto no constituyen un mundo cerrado o numerus clausus, ya que cada uno de estos criterios de inferencia no tienen un carácter excluyente, sino meramente complementario y acumulativo en la carga indiciaria y en la dirección convergente, desenmascaradora de la oculta intención (STS. de 2 abril de 1998).

De la valoración de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, concretamente las manifestaciones de la víctima y las periciales médicas, atendiendo fundamentalmente al medio empleado, navaja tipo estilete que no resulta desde luego la mas adecuada para las tareas del campo a las que el acusado refiere destinar, y a la zona vital del cuerpo donde se produce la agresión, cavidad torácica cuya penetración implica un riesgo muy elevado de muerte, puede llegarse a la conclusión de la existencia de un animus necandi en el acusado, por lo menos por dolo eventual.

Ha resultado acreditado que en el transcurso de la agresión a María Rosario , ante los gritos de María Antonieta , el acusado se giro asestando a esta última con la navaja estilete una puñalada en el cuadrante superior de la mama derecha causándola una herida incisa no penetrante en tórax, con una dirección de arriba abajo y de fuera a dentro atravesando el tejido mamario y la aponeurosis del músculo pectoral hasta el séptimo arco costal derecho de unos seis centímetros de trayecto. Como se refiere en la STS 1841/2001 de 17 de octubre, ".. la jurisprudencia de esta Sala más reciente, en relación con este tema, ha declarado: "En la medida en que dicha jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan, precisamente, al dolo. Por lo que se entiende que quien actúa no obstante tal conocimiento está ratificando con su decisión la producción del resultado. Aseverando que la aceptación del resultado existe cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias, con lo que en ella no se rompe del todo con la teoría del consentimiento, aunque se atenúen sus exigencias al darlo por presunto desde el momento que el autor actúa conociendo los peligros de su acción. Con ello la jurisprudencia de esta Sala, en su propósito de acomodarse a los casos concretos, ha llegado a una situación ecléctica y próxima a las últimas posiciones de la dogmática, que conjugan la tesis de la probabilidad con la del consentimiento, considerando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Pero, en todo caso, y como se dijo,



es exigible la consciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene" -Tribunal Supremo Sentencias 20 febrero 1993, 11 febrero 1998 y 16 marzo de 1998 -".

En atención a lo expuesto, por haber sido el acusado consciente del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contenía dada la zona elegida para clavar la navaja estilete y la intensidad con que lo hizo, siendo la constitución física y la fortuna lo que determino la menor gravedad de la herida ".. que una mujer con menos pecho podría haber tenido peores consecuencias, al haber recorrido el arma mayor trayecto, pero en este caso el arma choco con la costilla, por lo que no se adentro mas en el cuerpo..", si además se tienen en cuenta las circunstancias en las que ejecuto la agresión, pues no hay que olvidar que instantes antes estaba apuñalando con idéntica intención a su esposa, y que esta acción la imputaba a la conducta de María Antonieta ".. si no llega a estar su cuñada pegándole seguro que no hubiera pasado lo que pasó..", puede deducirse su intención homicida.

Ahora bien, no puede por el contrario estimarse que concurra la circunstancia de alevosía si se tienen en cuenta las manifestaciones efectuadas en el acto del plenario por la víctima, aunque no consten transcritas en el acta, respecto a su posición en el momento en que el acusado le asesto la puñalada. En este sentido declaro que el acusado se dirigió a ella y de modo insistente decía que su hermana no le quería, agarrándole las manos, por lo que tuvo que ver la navaja estilete, al tiempo que intentaba tranquilizarlo diciéndole que su hermana si le quería, momento en que aquel logro zafarse y le asestó la puñalada. En este sentido, coincidiendo en parte con lo expuesto, en la declaración efectuada en el Juzgado declaro que después de la agresión a su hermana ".. Benedicto decía en ese momento que su mujer no le quería a lo que la declarante le contestaba que si lo quería.." (folio 210). No puede en consecuencia sostenerse con rotundidad que la agresión fuera sorpresiva por lo que resulta mas procedente la calificación de la acción ejecutada como constitutiva de un delito de homicidio en grado de tentativa.

TERCERO.- Es autor de los delitos antes mencionados el acusado Benedicto quien consciente y libremente realizo los hechos antes descritos y por las razones expuestas, todo ello de conformidad a lo establecido en el artículo 28 del Código Penal.

CUARTO.- En la realización de los referidos delitos no concurren en el acusado circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Para el análisis de la circunstancia agravante de parentesco propugnada por algunas de las acusaciones hemos de partir de la doctrina jurisprudencial sobre la misma. Como se refiere en la STS 1.574/2.001, de 14 de noviembre la circunstancia mixta de parentesco es de aplicación cuando la relación familiar resulta relevante en relación con el tipo delictivo, y se aplica como atenuante o agravante atendiendo al mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del autor por el hecho de existir la relación parental, conyugal o de análoga afectividad, pudiendo estimarse que un delito cometido entre familiares será más o menos reprochable que el cometido por extraños cuando el tipo de relación familiar concreta existente incremente o disminuya, en cierto modo, el vigor o entidad del mandato que lo impide así como los efectos sobre la víctima. Cuando se trata de delitos contra las personas, como sucede en el caso actual, esta circunstancia debe ser valorada ordinariamente como agravante, (STS de 29 de septiembre de 1999, núm. 1362/1999, entre otras muchas). En su aplicación a los cónyuges la razón que fundamenta la agravación no se encuentra en la concurrencia formal del vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente, de manera que, en la misma forma que el art. 23 extiende la circunstancia a las uniones conyugales de hecho aunque no exista legalmente vínculo matrimonial, debe entenderse excluida en aquellos casos en que la relación conyugal no subsiste más que de modo formal por encontrarse los esposos separados, de hecho o de derecho, de forma prolongada (STS de 2 de diciembre de 1997, núm. 1475/1997). Esta exclusión también es aplicable, excepcionalmente, cuando, aun sin existir separación, el vínculo conyugal se encuentra totalmente roto de modo manifiesto y efectivo, es decir en aquellos supuestos en que la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que no pueda presentar un fundamento suficiente para justificar la mayor reprochabilidad al autor, conforme al criterio establecido por el Pleno de esta Sala Segunda de 18 de febrero de 1994, respecto del art. 405 del anterior Código Penal, y plasmado en las Sentencias 660/1994, de 28 marzo, 1899/1994, de 31 octubre, 1433/1994, de 12 julio, 914/1995, de 25 septiembre y 1222/1995, de 24 noviembre. Ahora bien la aplicación de esta doctrina, tendente a eliminar la aplicación automática de una agravante por razones meramente formales, como lo es la subsistencia puramente legal de un vínculo conyugal, no puede convertir la excepción en regla y suprimir en la práctica la vigencia de la agravante, tanto para los cónyuges como para otras relaciones parentales. Esto ocurriría si se hiciese depender la aplicación de la agravante de factores como la concurrencia o subsistencia de cariño o afecto, que plantean problemas psicológicos o emotivos de difícil plasmación en afirmaciones fácticas concretas, y que además confunden el verdadero sentido del componente subjetivo de la agravante. Como ha señalado con acierto la doctrina este elemento subjetivo no consiste precisamente en el cariño o el afecto, pues no resultaría lógico que estos valores positivos se



calificasen penalmente como agravante y además ordinariamente están ausentes precisamente en quienes se agreden violentamente. Consiste, en realidad, en la existencia de un sentimiento especial derivado de la representación de los deberes morales y jurídicos que la relación familiar entre parientes determina. La regla general, en consecuencia, es que en las agresiones físicas entre parientes debe aplicarse la agravante de parentesco, máxime si existe una relación de convivencia, pues en estos casos concurre el incremento del desvalor de la conducta derivado para los familiares del mayor vigor o entidad del mandato que impide cualquier clase de maltrato, así como el aprovechamiento de la relación para una mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza propio de la relación parental. Es por ello por lo que en la doctrina reciente de esta Sala se insiste en que no puede excluirse la aplicación de la agravante por "el simple deterioro de las relaciones personales entre los cónyuges" (STS 22-09-2000, núm. 1429/2000), o por "la existencia de frecuentes discusiones en el seno de un matrimonio o de una pareja de hecho" (STS 10-02-2000, núm. 115/2000), o por encontrarse los cónyuges "en una situación tensa a causa de sus desavenencias" (STS 03-07-1998, núm. 919/1998). En definitiva para la apreciación o no de dicha circunstancia como agravante o no debe atenderse a las circunstancias del caso concreto para determinar si existe o no ruptura de la relación conyugal.

Pues bien, aplicando la anterior doctrina al caso de autos, entendemos que había una efectiva una ruptura del matrimonio, pues no sólo existía una separación legal acordada en el auto de medidas provisionales, sino también un efectivo cese de la convivencia desde el día 8 de mayo de 1999, quedando roto, dado el tiempo transcurrido, ese vínculo entre el acusado y las víctimas que pudiera justificar la apreciación de la agravante, no existiendo, desde luego, la posibilidad de aprovechamiento de la relación para una mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza propio de la relación parental que fuera mas allá de la confianza que toda persona pueda tener de no ser agredida de la forma en que lo fueron en un lugar muy concurrido.

Interesa la defensa la apreciación en el acusado de la eximente de anomalía o alteración psíquica, y alternativamente su estimación como incompleta, o la de arrebató u obcecación.

La postura tradicional de la Jurisprudencia ha sido reacia a reconocer efectos atenuatorios a los trastornos de la personalidad o psicopatías. Sin embargo, con independencia de una línea Jurisprudencial más abierta a partir del año 1988 (STS. de 29/2 y 22/6), la nueva definición legal que comporta la supresión del "enajenado" del art. 8.1 del Texto del Código Penal derogado y su sustitución por la expresión "cualquier anomalía o alteración psíquica" en el art. 20.1 del vigente de 1.995, es evidente que configura un marco legal mucho más amplio y comprensivo al respecto, lo que permite incluir en el mismo a los trastornos de la personalidad y no ya necesariamente por la vía analógica en cuanto dichos trastornos implican por si mismos una anomalía o alteración psíquica (ver STS. de 1/10/99). Sin embargo, no basta la constatación de éstas, para apreciar sin más el efecto eximente o atenuatorio, sino que la anomalía o alteración deberán ser causa de la falta de comprensión de la ilicitud del hecho o del actuar conforme a esa comprensión, es decir, como señala la S. citada en último lugar, "cuando el autor del delito padezca cualquier anomalía o alteración psíquica, no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión" lo que tiene que preguntarse el Tribunal (STS 1.026/2001. de 4 de junio).

Por lo que se refiere a la atenuante tercera del art. 21 del C. Penal, denominada de "estado pasional", que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, tiene como presupuesto la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre. Tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como de "arrebató" u "obcecación". El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una "especie de conmoción psíquica de furor" y la segunda como "un estado de ceguedad y ofuscación", con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda (STS 2.7.1988); otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el "arrebató como emoción súbita y de corta duración" y "la obcecación es más duradera y permanente" (STS 28.5.1992); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 10.10.1997). Se requieren para su apreciación dos elementos: de un lado, desde el punto de vista interno, una situación de cólera o ímpetu pasional que reduzca, limitándolas, las facultades mentales del sujeto activo del delito, de modo que se produzca una situación de ofuscación de una importante entidad que suponga que sus resortes inhibitorios se vean seriamente afectados; de otro lado, desde una perspectiva externa, se ha de producir un estímulo exterior, a modo de detonante, generalmente como consecuencia de la actuación de la víctima, que ocasione el desencadenamiento de tal impulso interior



que desarrolle en su psicología una violenta reacción, en cierto modo provocada por tal estímulo exterior, perdiendo el control de aquellos frenos inhibitorios, inherentes a la naturaleza humana (STS 59/2.002, de 25 de enero).

De la prueba practicada, fundamentalmente las periciales referidas a la imputabilidad del acusado, se llega a la conclusión de que no concurren en el mismo los requisitos necesarios para la apreciación de las causas de exención y atenuación alegadas. El carácter manipulativo de su conducta, y por tanto voluntaria y controlada, se pone ya de manifiesto en la ingesta de medicamentos que efectúa el día 10 de junio de 1999 (folio 370) "... atendió al acusado, no era un intento de suicidio. Fue una ingesta medicamentosa con fines manipulativos en el contexto de la problemática familiar.. el acusado intenta modificar su entorno..". La Médico Forense que le examina el día de los hechos refiere que "... vio al acusado y le pareció tranquilo, aunque le vio una miosis, como si hubiera tomado algo.. que no le pareció que el acusado, en Comisaría, estuviera fuera de si o ido, estaba tranquilo.. no presentaba ideas delirantes ni lagunas..". En cuanto al reconocimiento que le practica el día 20 de diciembre de 1999, en el mismo se refiere que "... en la exploración psíquica, se encuentra consciente, orientado y contestando de forma adecuada a las preguntas que se le hacen, sin presentar anomalía en el curso del pensamiento, ni de la memoria, así como sin presentar cuadro delirante ni alucinatorio." (folio 181), precisando en el acto del plenario que lo vio cuando acababa de venir de haber estado ingresado en el Hospital de Osuna, donde había recibido tratamiento, y que a ella no le consta que se le diera tratamiento psicológico, ni tampoco posteriormente.. con exhibición de los informes médicos del Hospital de Osuna, a los folios 160-162 de las actuaciones, manifiesta que en la escala del test que se aplicó al acusado, 15 significa estado de máximo alerta, el de cualquier persona normal..". Por su parte, el informe médico forense sobre imputabilidad efectuado con posterioridad (folio 351) y el realizado después de múltiples entrevistas clínicas en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario 415), llegan a la misma conclusión en el sentido de que el trastorno de adaptación o el episodio depresivo moderado "... no anula ni menoscaba sus facultades de entender y dirigir sus actos." (folio 415). En este sentido en el acto del plenario se precisó que "... no vio nada que justificase la afectación de la imputabilidad, tampoco le apreció estigmas alcohólicos, ni apreció que tomara drogas..", "... que comenzaron a tratar al acusado desde su ingreso en prisión, haciéndole entrevistas frecuentes para analizar la trayectoria vital.. que cuando hacen la exploración psicopatológica.. era una persona que guardaba recuerdos en su memoria y recordaba también mucho las fechas, no presentaba ninguna laguna en su memoria.. que la depresión que padece el acusado puede ser debida a no aceptar la situación que se le plantea con la separación de la mujer y los hijos.. que la amnesia del momento concreto de los hechos, es algo que el les refiere.. y que no parece compatible con su trayectoria vital.. esta dificultad en control de impulsos no la han constatado en el acusado.. que los intentos de suicidio del acusado no parecen pérdida de control e impulso, ya (que) parecen intentos controlados y voluntarios, tanto si el fin era acabar con su vida, como si el fin era manipular..".

En atención a lo expuesto debe concluirse que el acusado no tenía afectada su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, sin que, como antes se ha expuesto, puedan las causas de atenuación alegadas privilegiar reacciones coléricas cuando no consta que exista una conducta fuera de control en los términos antes mencionados. Resulta muy significativa alguna de las manifestaciones atribuidas al acusado "... le dijo en varias ocasiones que su mujer era para él o para nadie.. tenía.. en quedarse con un hijo porque le decía que así reuniría a "todo el rebaño".. hacía mucho hincapié en su mujer, más que en sus hijos..", que junto con sus manifestaciones instantes antes de acabar con la vida de aquella, "... tu ya no me quieres..", permiten relativizar lo alegado por el mismo en el sentido de que su conducta estuvo sobre todo motivada porque no le dejaban ver a sus hijos, habiendo el mismo admitido en su inicial declaración a presencia judicial que respecto a uno de ellos, que vivía con los abuelos paternos, no le veía "...desde Navidades.."(folio 185), esto es, meses antes de que su esposa y los otros hijos se fueran de su lado. Son también significativas las manifestaciones de la asesora jurídica del Excmo. Ayuntamiento de Ecija en el sentido de que "... María Rosario .. le comentó que sufría de malos tratos físicos y psicológicos por parte del procesado, tenía una situación de pánico y quería irse de Ecija.. la derivaron a un Centro de Acogida de Sevilla y de allí a otro ya que la localizo el acusado en Sevilla.. lo hijos también le tenían miedo al procesado y no salían de la casa de sus familiares.. el procesado tenía una actitud prepotente cuando le preguntaba y le exigía que le dijera donde estaba su mujer..", que puede ofrecer una explicación de las dificultades para hacer efectivo el derecho de visitas reconocido, sin olvidar que a través de un recibo bancario consiguió localizar a la víctima, lo que motivó que tuviera que ser trasladada a otro centro de acogida. Su alegación en el sentido de su exclusivo interés por los hijos como causa de justificación de su conducta se compadece mal con el hecho de haber aprovechado la presencia de su esposa en la localidad de Ecija, precisamente como consecuencia de una citación judicial, que tenía como finalidad solventar el problema relativo a las visitas de sus hijos, para matarla.

Por lo que se refiere a la atenuante de arrepentimiento también alegada es cierto que la jurisprudencia ha seguido un proceso de objetivación, "... de tal modo que hoy se prescinde del aspecto subjetivo del sentimiento de arrepentimiento del sujeto, para centrarse en la realización de actos encaminados a facilitar el cumplimiento





de la norma penal mediante confesión de la infracción o disminución de efectos nocivos o reparación del daño causado a la víctima (actuales números 4º y 5º del art. 21 del Código Penal, sentencias de 11 y 14 de Mayo y 7 de Junio de 1999). Para que una atenuante pueda ser estimada como analógica de alguna de las expresamente recogidas en el texto del Código Penal, ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente (sentencias de 3 de Febrero de 1996 y 6 de Octubre de 1998). En el caso de la atenuante analógica a la de arrepentimiento se ha acogido incluso cuando la colaboración del sujeto a los fines de la justicia ha tenido lugar después de conocer que contra él se seguía procedimiento, en el que se incluye la actuación policial previa a la judicial, pero siempre que la colaboración sea de gran relevancia para las finalidades de aplicación del Derecho (sentencias de 13 de Julio de 1998 y 17 de Septiembre de 1999). Pero, en casos en que estos efectos excepcionales no se dan, se tiene en cuenta si concurren los requisitos básicos de la atenuante cuya analógica se pretenda aplicar (sentencia de 18 de Octubre de 1999, además de las antes citadas).. (STS 1968/2000, de 20 de diciembre). Pues bien, de lo actuado, no sólo no concurren los requisitos básicos, sino que tampoco puede considerarse que la colaboración del acusado haya sido de gran relevancia. En este sentido el acusado, pudiendo hacerlo, no se entrega en las dependencias policiales, e incluso cuando se va en su busca al domicilio en el que se refugia no hay signos externos de que se encuentre en el mismo, y cuando se llega al convencimiento de que puede estar dentro demora su entrega, "... pasaron 15 o 20 minutos desde que empezaron a llamar hasta que Benedicto salió..", resultando por otro lado significativa la amnesia selectiva que padece en sus manifestaciones.

QUINTO.- Por la representación de la defensora judicial de los hijos menores Casimiro , Fermín y Javier , y por las otras dos acusaciones particular y popular, se ha interesado se imponga al acusado la pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad que, de conformidad a lo establecido en el artículo 46 del Código Penal, priva de los derechos inherentes a la misma.

Como se refiere en la STS 780/2000, de 11 de septiembre, "... 1./ Aunque el Código Penal recoge entre las penas privativas de derechos la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (arts. 39-b y 46), la impone en los tipos de los artículos 192.2, 226.2 y 233.1, no en el tipo de homicidio del artículo 138, sancionando con pena de prisión de diez a quince años. A su vez como pena accesoria (art. 54) la inhabilitación absoluta, que acompaña a la pena privativa de libertad superior a diez años (art. 55), no incluye el ejercicio del derecho de la patria potestad (v. art. 41 CP.); y la de inhabilitación especial - accesoria en todo caso de las privativas de libertad de hasta diez años (art. 56)- aún referida a "cualquier otro derecho" aparte los expresamente citados en el artículo 56, precisa para su imposición que tal derecho haya tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la Sentencia esta vinculación; exigencias que no concurren en el presente caso. La privación de la patria potestad sobre su hijo, impuesta a un condenado por un delito de homicidio cometido contra la madre carece por tanto de fundamento legal en el Código Penal.

2./ Tampoco cabe en este caso acordar la privación de la patria potestad mediante la directa aplicación por el Tribunal penal de las normas de Derecho de familia, que dentro del ámbito del Derecho Privado, disciplinan aquella institución, y cuya aplicación compete a la jurisdicción civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes. Los Juzgados y Tribunales ejercen su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la Ley tal como dispone el artículo 9.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Corresponde al orden jurisdiccional penal el conocimiento de las causas y juicios criminales (art. 9.3 LOPJ), ámbito jurisdiccional al que pertenecen las normas del Código Penal sobre privación de la patria potestad como pena principal o accesoria, no las sanciones civiles que en la esfera del Derecho Privado y con relación a patria potestad corresponden según el Código Civil en caso de incumplimiento de los deberes familiares. El artículo 170 del Código Civil dispone en efecto que "el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial". Pero este precepto -dejando aparte la referencia a la causa matrimonial donde la posible privación de la patria potestad se rige por el artículo 92 CC.- no establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación - en el proceso civil o en el proceso penal- de la privación de patria potestad por incumplimiento de sus deberes inherentes; sino que para privar de la patria potestad la alternatividad se establece precisamente entre de una parte una Sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, y de otra parte una Sentencia dictada en causa criminal, es decir que o bien se priva de la patria potestad por Sentencia fundada en tal incumplimiento o bien se priva de ella en una causa criminal; lo que necesariamente supone que no cabe en proceso penal privar de la patria potestad por razón del cumplimiento obligacional que es lo propio de la otra alternativa prevista, sino por las causas y en los casos establecidos en las normas penales, es decir en el Código Penal, que como ya se vio



anteriormente, no permite la imposición de tal pena en el presente caso. Por lo tanto no supone el artículo 170 una atribución a la jurisdicción penal de la facultad de aplicar las normas civiles de privación total o parcial de la patria potestad como una facultad distinta de la su imposición como pena principal o accesoria de un delito.

3./ Es cierto que esta Sala en su Sentencia de 20 de diciembre de 1993, interpretó el artículo 170 del Código Civil en sentido contrario, es decir como una remisión al orden jurisdiccional penal justificando la aplicación en él de las normas civiles de privación de la patria potestad por incumplimiento de sus inherentes deberes. Pero en primer lugar se trataba entonces de un delito de lesiones y malos tratos reiterados cometidos sobre el propio menor de cuya patria potestad se privó al acusado, mientras que en este caso el delito se ha cometido contra el otro progenitor, supuesto contemplado en la posterior Sentencia de 13 de marzo de 1995, en la que esta Sala declaró la improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria potestad. Y en segundo lugar la Sala en Sentencia de 10 de octubre de 1994 declaró que una interpretación correcta del artículo 170 del Código Civil, y las exigencias insoslayables del principio de legalidad penal, sólo permiten acordar esta medida en aquellos casos en que las características del delito enjuiciado han llevado al legislador a establecer como accesoria la privación de la patria potestad sin que se pueda extender por analogía a otros supuestos diferentes. Esta opción complementaria de la pena sólo se puede acordar cuando un determinado precepto penal así lo ha previsto, siempre en función de las especiales características del delito incriminado. Esta decisión está perfectamente justificada en los delitos de abandono de familia y en los relativos a la prostitución o corrupción de menores, pero no tiene encaje legal en los supuestos de homicidio o parricidio (Sentencia de 10 de octubre de 1994). Y debe significarse que la improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria potestad por el Tribunal penal fue aprobada por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2000.

4./ Por último debe subrayarse que una interpretación contraria ya no viene exigida por la necesidad de salvaguardar los intereses del menor, afectados cuando uno de sus progenitores ha dado muerte al otro y es condenado por ello con las penas legalmente establecidas. La reforma del Código Civil operada por Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, ha introducido los mecanismos sustantivos y procesales civiles precisos para una inmediata y automática protección del menor desamparado, sin necesidad de que la jurisdicción penal asuma lo que a la Jurisdicción Civil corresponde mediante la aplicación de las correspondientes normas civiles a través de los cauces procesales específicamente creados para ello...". En atención a lo expuesto debe desestimarse la pretensión de condena interesada de privación de la patria potestad.

SEXTO: En cuanto a la extensión de las penas por los delitos de **asesinato** y homicidio en grado de tentativa, por el primero se considera procedente la de 20 años de prisión dadas las especiales circunstancias que concurren en la acción criminal ejecutada. En este sentido es la conducta violenta del acusado la que obliga a la víctima a marcharse del domicilio y buscar refugio en una Casa de Acogida ante el temor fundado de ser de nuevo agredida, "... tenía una situación de pánico y quería irse de Ecija...", iniciándose por este una intensa actividad hasta que a través de un recibo de un banco la localiza, lo que motiva el que tuviera que ser trasladada con sus hijos a otro Centro de Acogida, aprovechando, como antes se menciona, una citación judicial de la misma, que tenía como finalidad solventar precisamente el problema relativo a las visitas de sus hijos que luego ha esgrimido como causa de justificación de su conducta, para matarla. En cuanto al delito de homicidio en grado de tentativa, procede tan sólo reducir un grado al ser suficiente la acción ejecutada para poner en peligro en bien jurídico protegido sin perjuicio de que la fortuna haya reducido de forma considerable la gravedad de sus consecuencias, si bien, al no concurrir circunstancias de especial reprochabilidad debe imponerse en su mitad inferior y dentro del mismo en la extensión de 5 años. De conformidad a lo establecido en el artículo 76 1 a) deberán ser cumplidas ambas penas de 20 y 5 años de prisión.

Procede asimismo, al amparo de lo establecido en el artículo 57 del Código Penal, imponer al acusado la prohibición de acudir a la localidad de Ecija, al ser la localidad en la que residen la mayoría de los ascendientes y descendientes de la fallecida María Rosario y de la lesionada María Antonieta, por un plazo conjunto de 5 años, "... podrán acordar en sus sentencias.. sin que pueda exceder de cinco años..", medida que se limitara a la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros si residen en otra localidad. Al objeto de que esta prohibición cumpla con la finalidad de protección inherente a la misma, deberá iniciarse su cumplimiento desde el momento en que durante la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta acceda el acusado a un régimen penitenciario que le permita abandonar, aunque sea de forma temporal, el Centro Penitenciario.

SEPTIMO: De conformidad a lo establecido en los artículos 116 y 123 del Código Penal, todo responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente, debiendo ser condenado al pago de las costas procesales, incluidas las correspondientes a las acusaciones particulares.

Con relación a la condena al abono de las costas de la acusación particular, esta Sala, siguiendo la doctrina establecida en la STS 1731/99, de 9 de diciembre, ya se ha pronunciado en el sentido de que:



- 1- La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre los de la acusación particular.
- 2- La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular.
- 3- La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien se hayan formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia.
- 4- Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto 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.

El fundamento de esta doctrina radica en el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito que deben de ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado, bien el condenado absuelto en caso de acusaciones infundadas o temerarias (art. 240. 3 de la LECriminal). Aplicando la anterior doctrina a la intervención de las acusaciones particulares, no pudiéndose considerar que su intervención haya sido inútil o superflua al haber contribuido al esclarecimiento de los hechos, procede la condena en costas, si bien esta no será extensiva a las de la representación y defensa del Excmo. Ayuntamiento de Ecija al haber ejercido la acción popular.

Por lo que se refiere a la determinación de la indemnización que corresponde a cada uno de los hijos de María Rosario esta Sala tratando de buscar parámetros objetivos, como en otras ocasiones, tiene en cuenta al Sistema para la valoración de los perjuicios ocasionados a las personas en accidentes de circulación aplicando unos índices correctores como consecuencia del mayor grado de afección que supone la causación dolosa de aquellos. En este sentido, tomando como referencia las cantidades fijadas en la Tabla I del Anexo, concretamente las del Grupo II al asemejarse más al hecho enjuiciado en el que también se distingue entre hijos menores y mayores de edad, aplicando un índice corrector del 30% dadas las circunstancias que han concurrido en la acción criminal ejecutada, se considera procedente fijar una indemnización para cada uno de los hijos menores Casimiro , Fermín y Javier de 73.324 euros, y para Consuelo , ya mayor de edad en la fecha de los hechos, la de 18.331 euros ( $98.707 + 35.252 + 35.252 = 169.211 + 30\% = 219.974$   $3 = 73.324$ ); ( $14.401 + 30\% = 18.331$ ). Por lo que se refiere a María Antonieta le corresponde una indemnización de 587,82 euros por los días que estuvo hospitalizada e impedida para sus ocupaciones habituales ( $25,84 \times 3 + 42,93 \times 10 = 587,82$ ), y 8.277 por las secuelas (6 puntos por el síndrome depresivo ( folio 368) y 6 puntos por las cicatrices), incrementadas ambas cantidades en un 30% ( $587,82 + 8.277 = 8.864,82 + 30\%$ ), siendo la cantidad total la de 11.524,26 euros.

Por cuanto antecede y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Condenamos a Benedicto , como autor penalmente responsable de un delito **asesinato** y otro de homicidio ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, por el delito de **asesinato** de VEINTE años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y por el delito de homicidio la de CINCO años de prisión, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la prohibición de acudir al lugar de residencia de los ascendientes y descendientes de la fallecida María Rosario y de la lesionada María Antonieta durante cinco años en los términos antes expuestos, y a que indemnice a cada uno de los hijos menores Casimiro , Fermín y Javier en la cantidad de 73.324 euros, y a Consuelo en 18.331 euros. Por lo que se refiere a María Antonieta deberá indemnizarla en 11.524,26 euros por la lesión y secuela, y al pago de las costas procesales causadas, incluidas exclusivamente las de las acusaciones particulares.

Se ratifica el auto de insolvencia dictado en la pieza de responsabilidad civil.

Dese a la navaja estilete intervenida el destino legal.

En cuanto al casco y guantes, dado su estado, antes de proceder a su embargo acredítese si tienen algún valor económico, y, en el supuesto que no lo tuviera, devuélvanse si son reclamados.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la Ley, significándoles que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante este Tribunal en el plazo de 5 días a contar desde la última notificación mediante escrito autorizado por Letrado y Procurador.



Así por esta nuestra sentencia, juzgando definitivamente en única instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la redactó; doy fé.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ