



SENTENCIA NÚM. 62

EXCMO SR. PRESIDENTE.....) En la ciudad de Granada, a veintitrés
D. LORENZO JESÚS DEL RIO FERNÁNDEZ....) de julio de dos mil dieciocho.
ILTMOS SRES. MAGISTRADOS.....)
D. JUAN RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN.....)
D. MIGUEL PASQUAU LIAÑO.....)

Apelación Tribunal Jurado 5/2018

Vistos en audiencia pública y en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente rollo de apelación y autos originales de juicio penal seguidos ante el Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, –Rollo nº 11216/2017-, procedentes del Juzgado de Instrucción nº 3 de Sevilla -causa núm. 1/2017-, por delito de homicidio, contra **Diego A** **G** mayor de edad, nacido en Buenos Aires (Argentina) el 20 de abril de 1980, hijo de **_____** y de **_____**, con domicilio en Sevilla, calle **_____** con NIE **_____** declarado insolvente y en situación de prisión provisional por esta causa, representado y defendido, respectivamente, en la instancia por la Procuradora Doña Ángeles Carrasco Sanz y el Letrado Don José Blanco Cadena y en esta apelación por la Procuradora Doña Silvia Mas Luzón y por la Letrada Doña Ana María Álvarez Úbeda.

Han sido parte el Ministerio Fiscal y como acusación particular María del Carmen Richarte Martín, representada en la instancia por el Procurador Don José María Carrasco Gil bajo la dirección del Letrado Don Alberto Pérez Miranda-Castillo, y en esta apelación por el Procurador Don Juan Luis de Angulo Pérez bajo la dirección del Letrado Don Rafael Francisco Torres García. Ha sido ponente para sentencia Don Miguel Pasquau Liaño, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Incoada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Sevilla por las normas de la Ley Orgánica 5/1995 la causa antes citada, previas las actuaciones

correspondientes y como habían solicitado el Ministerio Fiscal y la acusación particular se acordó la apertura del juicio oral, elevando el correspondiente testimonio a la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya Sección Primera nombró como Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado al Ilmo. Sr. Don Pedro Izquierdo Martín por quien se señaló para la celebración del juicio oral, que, tras ser elegidos los miembros del Jurado, tuvo lugar en el día acordado, bajo la presidencia del mismo, y la asistencia de aquéllos, del Ministerio Fiscal, del acusado y de la acusación particular, practicándose las pruebas propuestas y admitidas, tras lo cual, las partes formularon sus conclusiones definitivas del siguiente modo:

El Ministerio Fiscal, modificando sus conclusiones provisionales, consideró definitivamente los hechos constitutivos de un delito de homicidio del artículo 138.1 del Código Penal, siendo responsable en concepto de autor el acusado Diego A. G. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición de la pena de 13 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la pena de libertad vigilada consistente en comunicar inmediatamente y en el plazo máximo y medio que determine el Juez o Tribunal cambio de lugar de su residencia. Y en cuanto a responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a cada uno de los hijos de la fallecida de 11 y 13 años de edad en la cantidad de 90.000 euros, al hijo de 15 años en la cantidad de 80.000 euros y a su madre, M., en la de 40.000 euros por el fallecimiento (un total de 300.000 euros), más 400 euros a cada uno de los perjudicados por el perjuicio patrimonial, más el 20% de la citada cantidad que asciende a 60.000 euros (10% correspondiente al factor de corrección y otro que se estima en un 10% por tratarse de delito doloso y plus de afectividad), ascendiendo el total a 361.200 euros con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC.

La acusación particular, modificando sus conclusiones provisionales y adhiriéndose a la calificación del Ministerio Fiscal, consideró los hechos constitutivos de un delito de homicidio previsto y penado en el artículo 138.1 del Código Penal, siendo autor el acusado, concurriendo la circunstancia agravante de abuso de superioridad, solicitando la imposición de la pena de 15 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la pena de libertad vigilada consistente en comunicar el cambio de lugar de residencia, y el pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular. Y en cuanto a responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a la madre de la víctima en 120.000 euros y en 100.000 euros para cada uno de los tres hijos; en total 420.000 euros añadiendo un 10% de factor de corrección (42.000 euros) y un 20% por el plus de afectividad y delito doloso (84.000 euros), siendo el total 546.000 euros con aplicación del artículo 576 de la LEC.

El Letrado de la defensa consideró los hechos constitutivos de un delito de homicidio del artículo 138.1 del Código Penal, del que resulta responsable su defendido, concurriendo la circunstancia eximente de intoxicación plena por consumo de drogas tóxicas y estupefacientes del artículo 20.1 del Código Penal y la circunstancia eximente de legítima defensa del artículo 20.2 del Código Penal, así como la circunstancia atenuante de actuar el culpable a causa de su grave adicción a drogas tóxicas y estupefacientes del artículo 21.2 del Código Penal y la circunstancia atenuante de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado de entidad semejante del artículo 21.3 del Código Penal, interesando la absolución de su patrocinado de apreciarse las circunstancias eximentes y,



subsidiariamente, dada la existencia de circunstancias atenuantes muy cualificadas, se le imponga una pena inferior a 5 años. Y en cuanto a responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar al hijo de 15 años en la cantidad de 80.000 euros, al hijo de 13 años en 90.000 euros, al hijo de 11 años en 90.000 euros y a la madre de la víctima en 40.000 euros, siendo la cantidad total de 300.000 euros más 400 euros a cada uno de los perjudicados por el perjuicio patrimonial más el 10% de la citada cantidad que asciende a 30.000 euros, ascendiendo en total a 331.600 euros, con aplicación del artículo 576 de la LEC.

Segundo.- Formulado por el Magistrado Presidente el objeto del veredicto, con audiencia de las partes, se entregó el mismo al Jurado, previa la oportuna instrucción, emitiéndose por aquél, después de la correspondiente deliberación, veredicto de no culpabilidad, que fue leído en presencia de las partes.

Tercero.- Con fecha 1 de marzo de 2018, el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente dictó sentencia en la que, acogiendo el veredicto del Jurado, se hizo el siguiente pronunciamiento sobre los hechos, que transcribimos literalmente:

"I.- El Jurado ha declarado probados en su veredicto, en ambos casos por unanimidad, los hechos siguientes:

Uno.- En hora no precisada pero comprendida entre las siete y las nueve horas del día 3 de abril de 2017, Diego A _____ G _____ nacido el 20 de abril de 1980, mató a M _____ nacida el 27 de octubre de 1975, cuando ambos se encontraban en la vivienda utilizada por esta última, situada en la calle _____ de esta Ciudad, y a la que aquel había acudido para adquirir sustancias estupefacientes.

Dos.- La muerte se produjo después de mantener el acusado Diego A _____ G _____ una discusión con M _____ durante la cual le asestó con un cuchillo metálico de cocina de 100 mm de hoja puntiaguda, con la intención de acabar con su vida o siendo consciente de que con su conducta podría ocasionar su muerte de forma muy probable, múltiples puñaladas en el pecho, tórax y miembros superiores que le causaron hasta un total de cuarenta y cinco lesiones, varias de ellas en zonas vitales, lo que provocó su muerte por shock hipovolémico por hemorragia aguda que afectaron al pulmón, saco pericardio y corazón.

II.- Según también el veredicto del Jurado, y por unanimidad, no han estimado acreditados:

El hecho nº 3, referido a que el acusado Diego A _____ G _____ era consumidor de pasta de base de cocaína y presentaba un trastorno por consumo de la referida sustancia de intensidad grave, lo que provocó que al haber ingerido durante esa noche dichas sustancias tuviera en el momento de matar a M _____ totalmente anuladas sus facultades psíquicas impidiendo comprender lo que hacía o de actuar de una forma distinta.

El hecho nº 4, relativo a que durante la discusión M _____ golpeó en la espalda al acusado Diego A _____ G _____ cuando pretendía abandonar la vivienda, y al volverse le atacó con un cuchillo metálico de cocina de 100 mm de hoja puntiaguda, lo que provocó que Diego A _____ G _____ se causara una herida en

la palma de la mano derecha al arrebatárselo, y que para evitar que le continuara agrediendo tuviera que propinarle múltiples puñaladas en el pecho, tórax y miembros superiores que luego provocaron su muerte.

El hecho nº 5, referido a que para causar las múltiples heridas a M₁ que provocaron su muerte, Diego A₁ G₁ aprovechó que le había arrebatado el cuchillo a M₁ circunstancia que había sido buscada antes de propósito.

Los hechos sexto y séptimo, relativos a que el acusado Diego A₁ G₁ era consumidor de pasta de base de cocaína y presentaba un trastorno por consumo de la referida sustancia de intensidad grave, lo que provocó que al haber ingerido durante esa noche dichas sustancias tuviera en el momento de matar a M₁ muy afectadas, aunque sin anularlas, sus facultades psíquicas de comprender lo que hacía o de actuar de una forma distinta, o afectadas de forma grave sus facultades de actuar de una forma distinta.

El hecho nº octavo, referido a que como consecuencia de la agresión con el cuchillo por parte de M₁ al acusado Diego A₁ G₁ este sufrió un estado de arrebato que, sin anularlas, afectó a sus facultades de actuar de una forma distinta.

III.- En cuanto a los hechos que afectan a la responsabilidad civil, el Jurado, también por unanimidad, ha declarado probado que M₁ tenía tres hijos menores de edad, de 15, de 13 y de 11 años, que viven con la madre de aquella M₁ .”

Cuarto.- La expresada sentencia, tras los pertinentes fundamentos de Derecho, contenía fallo del siguiente tenor literal: “Conforme al veredicto del Jurado, debo condenar y condeno al acusado DIEGO A₁ G₁, como autor de un delito de homicidio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Asimismo, debo condenar y condeno a dicho acusado a que en concepto de responsabilidad civil indemnice, a través de su representante legal, a los menores y en la cantidad a cada uno de ellos de 117.520 euros; a la menor en la cantidad de 104.520 euros, y a M₁ en 52.520 euros, siendo de aplicación a todas estas cantidades lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de tal manera que desde esta fecha y hasta su completo pago devengarán un interés anual igual al legal del dinero incrementado en dos puntos.

Asimismo debe se condenado al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Se acuerda el comiso y destrucción del cuchillo y efectos intervenidos.”

Con fecha 5 de abril de 2018 se dictó auto con la siguiente parte dispositiva: “Se acuerda aclarar la sentencia dictada en el sentido de subsanar el error sufrido en la identificación de la hija de la fallecida M₁ de 15 años de edad al tiempo de ocurrir los hechos enjuiciados, de tal manera que todas las referencias a la misma como M₁ deben de sustituirse por el nombre de M₁ ”



Quinto.- Contra dicha sentencia se han interpuesto recurso principal de **apelación** por el acusado Diego A_____ G_____ que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, y recurso principal de **apelación** por la acusación particular, que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal y por el acusado.

Sexto.- Elevadas las actuaciones a esta Sala se han personado ante ella el todas las partes, y se señaló para la vista de la apelación el día 18 de julio de 2018, siendo Ponente para sentencia Don Miguel Pasquau Liaño.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado condenó a Diego A_____ G_____ como autor de un delito de homicidio a la pena principal de doce años de prisión.

No se discuten en esta alzada los hechos declarados probados, y en particular que Diego A_____ G_____ causó la muerte a Doña M_____ La defensa interpone recurso denunciando indefensión por la falta de práctica de pruebas que fueron propuestas y estimadas pertinentes, consistentes en la realización de análisis para la medición del consumo de sustancias tóxicas por el acusado. Igualmente, denuncia indefensión por no haberse sometido al Jurado en el objeto del veredicto la posibilidad de una eximente incompleta o circunstancia atenuante de legítima defensa, e infracción legal en la determinación de la pena. Por la acusación particular se interpone recurso denunciando infracción de ley por no haberse apreciado la circunstancia agravante de abuso de superioridad, y en la determinación de la pena.

Segundo.- Sobre la vulneración del derecho a la prueba propuesta, admitida y no practicada.

Es cierto que la defensa propuso tempestivamente la práctica de prueba tendente a determinar el consumo de sustancias tóxicas al tiempo de la producción de los hechos; que esta prueba fue considerada pertinente, acordándose su realización; y que finalmente no llegó a practicarse.

Esta circunstancia, sin embargo, no puede en el presente caso constituirse en causa de nulidad del veredicto y la sentencia, por no concurrir indefensión material en el sentido jurisprudencialmente perfilado de dicho concepto, y en particular por entender la Sala, *a posteriori*, que en las circunstancias en que se pidieron tales diligencias probatorias, sea cual fuere el resultado de las mismas no habría afectado a la estructura racional de la decisión tomada, tal y como se refleja en la motivación del veredicto y de la sentencia.

En efecto, ambas pruebas perseguían la finalidad de determinar, por un lado, el grado de intoxicación del acusado en el momento de cometer los hechos (análisis de sangre y orina), así como el consumo medio durante un periodo de tiempo de varios meses (análisis capilar), pruebas que correctamente se calificaron como pertinentes en su momento. Sin embargo debe tenerse en cuenta que el Jurado ha partido, en atención a las declaraciones del propio acusado y de los informes periciales, de la premisa de que

el acusado había consumido drogas, y que ha quedado constancia de que el acusado padecía un trastorno grave por consumo de cocaína. Si el Jurado ha considerado como no probados los hechos que determinarían una excención o atenuación de la responsabilidad por dicho consumo no ha sido por poner en duda el mismo, sino en atención a los informes periciales que consideraron que no incidieron en las capacidades cognitivas y volitivas del acusado de manera relevante, lo que respeta escrupulosamente el criterio jurisprudencial según el cual para apreciar tales circunstancias el órgano enjuiciador ha de quedar convencido no sólo del consumo, sino de la incidencia de éste sobre la acción criminal.

A ello debe añadirse que al haberse propuesto la prueba de análisis de orina y sangre dieciocho días después de los hechos, la eficacia esperable de dicha prueba era mínima y no suministraría más certeza que aquella a la que ha llegado el Jurado; y que, en cuanto a la prueba de análisis capilar, tampoco habría deparado más resultados que la constatación de que el acusado es consumidor de cocaína, tal y como afirmó y fue creído.

En definitiva, y sin perjuicio de constatar que la demora o no realización de las pruebas comportó infracción del derecho del acusado a la prueba, la Sala concluye que tal infracción carece en este caso concreto de entidad como para provocar la nulidad por indefensión *material* o para corregir la decisión del Jurado sobre la concurrencia de las circunstancias eximentes o atenuantes.

Tercero.- Sobre la omisión en el objeto del veredicto de preguntas al Jurado sobre la concurrencia de legítima defensa como eximente incompleta o atenuante.

A lo largo del juicio oral se discutió sobre si existió o no un acometimiento previo por parte de la víctima con un cuchillo o puñal, y si éste fue arrebatado por el acusado para emplearlo en la comisión del delito. En el objeto del veredicto se preguntó al Jurado si la víctima había golpeado al acusado en la espalda y si al volverse éste le había atacado con un cuchillo metálico de cocina, causándole al acusado una herida en la mano, y causando igualmente que éste “para evitar que le continuara agrediendo tuviera que propinarle múltiples puñaladas [...] que provocaron su muerte” (punto 4 del objeto del veredicto)

El Jurado consideró por unanimidad como no probado este hecho, al apreciar que la herida en la mano del acusado tiene las características de las heridas causadas al asir un arma blanca, completando su motivación del siguiente modo: “del conjunto de la prueba practicada no ha quedado acreditado en ningún momento la existencia de un acometimiento previo por parte de la víctima ni en consecuencia la correlativa necesidad de defensa por parte del acusado”.

Este argumento es suficiente para descartar no sólo la eximente de legítima defensa, sino también una eximente incompleta o una atenuante.

En todo caso, el objeto del veredicto fue sometido a las partes, quienes en el trámite del artículo 53 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado mostraron su conformidad con el mismo, lo que veda a la defensa formular ahora recurso por tal motivo.



Cuarto.- Sobre la circunstancia agravante de abuso de superioridad.

Por la acusación particular se reprocha a la sentencia no haber apreciado la circunstancia agravante de abuso de superioridad. Alude para justificar este motivo de apelación a circunstancias o hechos *desfavorables* que no aparecen en el relato de hechos probados, como muy particularmente la desproporción física entre agresor y víctima (el acusado, dice, pesa 100 Kg. y la víctima pesaba 37 kg). Igualmente alude al hecho de que el acusado contaba con la ventaja de haber arrebatado a la víctima el cuchillo con el que la agredió, lo que le otorgaba una superioridad medial.

En apelación no puede apreciarse como concurrente un hecho desfavorable determinante de una agravación de la pena, al no practicarse prueba ante el órgano de segunda instancia, por lo que la entidad y la incidencia de la diferente envergadura corporal no puede motivar la apreciación de la agravante que la sentencia de instancia ha descartado. Y por lo que se refiere al cuchillo, ha de tenerse en cuenta que según la propia versión de la acusación particular, el cuchillo habría sido introducido en la escena por la víctima y no por el agresor (pues en el punto 5 del objeto del veredicto, en el que se proponía el abuso de superioridad, se dice que el acusado “aprovechó que le había arrebatado el cuchillo a M _____ circunstancia que había sido buscada antes de propósito”), siendo particularmente razonable la conclusión del Jurado de que “en forma alguna se ha podido demostrar que el acusado hubiera tenido ocasión de preparar, ni tan siquiera de prever la situación que se produjo, teniendo en cuenta que los hechos sucedieron un un brevísimo espacio de tiempo”.

Quinto.- Sobre la determinación de la pena.

Tanto el acusado como la acusación particular discrepan de la pena de doce años fijada por el Magistrado Presidente en su sentencia. Para la defensa no existe justificación del *plus* de dos años sobre el mínimo legal, y se invoca el conjunto de circunstancias que, aun no dando lugar a la apreciación de las eximentes y atenuantes propuestas, habrían debido motivar una pena inferior a la impuesta, mientras que para la acusación, por la brutalidad de la agresión y la falta de arrepentimiento del acusado, la pena debía haber sido superior.

Es cierto que el Magistrado Presidente no ofrece una motivación expresa referida a la pena impuesta, puesto que no basta con aludir a la gravedad de la conducta consistente en causar la muerte de una persona ni a la “valoración del conjunto de circunstancias que precedieron”.

Dicho déficit de motivación permite a la Sala valorar si la pena impuesta, indudablemente dentro del margen legal, es razonable.

Al respecto, entiende la Sala que ha de ponderarse como factores a favor de la imposición de la pena mínima, la constatación del padecimiento por el acusado de un trastorno por consumo de cocaína. Existen, sin embargo, circunstancias que justifican un *plus de penalidad* sobre el mínimo legal, correspondiente al hecho en sí de causar voluntariamente la muerte de una persona. Tales circunstancias son la brutalidad objetiva de la agresión (consistente en un número importante de puñaladas en diversas

partes del cuerpo de la víctima, que si bien no dan lugar a la apreciación del ensañamiento producen una mayor reprobación), el hecho de que la agresión se produzca en la vivienda de la víctima, y (a estos efectos sí puede ponderarse) la desproporción física entre agresor y víctima. Y así, partiendo de la pena mínima (diez años), tales elementos de especial reprochabilidad sí justifican el incremento de dos años de prisión, que parece razonable a la Sala.

Sexto.- En coherencia con todo lo expuesto, han de desestimarse íntegramente los recursos de apelación de defensa y acusación particular, sin que se aprecien motivos para un pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal, dicta el siguiente

FALLO

Que **desestimando** los recursos de apelación interpuestos por la defensa y por la acusación particular contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Primera), se confirma ésta íntegramente. Sin condena al pago de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes a través de sus Procuradores, habiendo de proceder éstos a comunicarla a sus representados o a informar a la Sala de su imposibilidad, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Únase certificación al presente Rollo de la Sala.

Una vez firme, devuélvase los autos originales al Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la Sentencia recurrida, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.