



Roj: **STS 566/2019 - ECLI:ES:TS:2019:566**

Id Cendoj: **28079120012019100146**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2019**

Nº de Recurso: **10404/2018**

Nº de Resolución: **82/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 2911/2018,**
STS 566/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 82/2019

Fecha de sentencia: 15/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10404/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Miguel

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10404/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Miguel

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 82/2019

Excmos. Sres.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Luis Miguel

D. Vicente Magro Servet



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 15 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 10404/2018 interpuesto por Delfina (acusación particular), representada por el procurador D. Nicolás Álvarez Real bajo la dirección letrada de D. José Manuel Fernández González, contra la sentencia dictada el 30 de mayo de 2018 por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, en el Recurso de Apelación al Jurado 12/2018, en el que se desestimó el recurso de apelación formulado por la Sra. Delfina contra la sentencia dictada el 24 de enero de 2018 por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Segunda, que condenó a Doroteo, como autor de un delito de homicidio, del artículo 138 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y el condenado Doroteo, representado por la procuradora doña María del Pilar González Morán bajo la dirección letrada de doña María Dolores Fernández Cayón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 1 de DIRECCION000 incoó procedimiento JU Tribunal del Jurado 386/2016 por delito de homicidio, contra Doroteo, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Segunda. Incoado el procedimiento Tribunal del Jurado 85/2017, con fecha 24 de enero de 2018 dictó sentencia n.º 3/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"De conformidad con el veredicto emitido por el Jurado se declara probado que:

El día 1 de agosto de 2016 Herminio se hallaba en la fiesta de Quion Touro, instalando las atracciones para las fiestas, y en dicho recinto, para instalar sus atracciones se hallaba también el acusado Doroteo, y el padre de este.

Sobre las 13,20 horas el padre del acusado hablaba con Herminio sobre la colocación de las barracas o atracciones y poco después intervino Doroteo, que se hallaba a escasos metros nivelando su atracción, y surgiendo una discusión entre Herminio y Doroteo sobre la ubicación de las atracciones, y el hijo de Herminio de tres años se hallaba en las inmediaciones.

En el curso de dicha discusión el acusado golpeó a Herminio, con un nivel de aluminio, alcanzándole en la cabeza, siendo consciente de que tal golpe probablemente le causaría la muerte.

El acusado abandonó el lugar mientras su padre y otra persona atendían a la víctima, y su padre le recriminó diciéndole, mira lo que has hecho, y le contestó, dejelo que no se muere.

Por consecuencia de las heridas sufridas fue trasladado al hospital C.H.U. de Santiago, donde falleció el día 7 de agosto a causa del traumatismo craneoencefálico grave sufrido, que le originó fractura craneal con hemorragias intercraneales y edema cerebral con lesión de centros superiores.

En la fecha del fallecimiento Herminio estaba casado con Delfina con quien tenía 4 hijos menores de edad, Josefina, Natividad, Alonso, y Juan Luis de 3 años en aquella fecha."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" FALLO

Condeno al acusado Doroteo, como autor de un delito de homicidio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de ONCE AÑOS DE PRISION, con inhabilitación absoluta durante la condena, y pago de costas incluidas las de la acusación particular.

Así mismo, procede acordar la prohibición de aproximación a Dº Delfina y a sus cuatro hijos, Josefina, Natividad, Alonso y Juan Luis, a una distancia inferior a 500 metros de su domicilio y de su trabajo, y la de comunicarse con aquéllos por cualquier medio, y ello por un tiempo 4 años superior al de duración de la pena (15 años).

El acusado indemnizará a Delfina, la viuda, en 126.000 euros, y a cada uno de los cuatro hijos, Josefina, Natividad, Alonso y Juan Luis, todos menores de 14 años al ocurrir los hechos, en 110.000 euros. Y con aplicación del artículo 576 de la LEC.

Procede mantener la prisión provisional del acusado."



TERCERO.- Recurrida en apelación la referida sentencia por Delfina , en fecha 30 de mayo de 2018, el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal de Galicia dictó sentencia , aclarada por auto de 1 de junio de 2018, por la que acuerda:

"Desestimando el recurso de apelación formulado por la acusación particular de doña Delfina ejercida por la procuradora doña María José Fernández Vázquez contra la sentencia dictada el día veinticuatro de enero de 2018 por la Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de A Coruña para enjuiciar la causa número 585/2017, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución.

Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma, incluida la del acusado en su persona."

CUARTO.- Notificada la sentencia y el auto de aclaración-rectificación a las partes, la representación procesal de Delfina , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso formalizado por Delfina , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , así como con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción de ley y jurisprudencia por inaplicación de la agravante de abuso de superioridad (artículo 22.2.º CP), y artículo 66.3.ª del Código Penal .

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , así como con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción de ley y jurisprudencia por aplicación indebida del artículo 66.6.ª del Código Penal , en relación con el artículo 138 del Código Penal , al estimar incorrecta la determinación de la pena contenida en la sentencia recurrida.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal en escrito de fecha 25 de julio de 2018 y la representación procesal de Doroteo en el fechado el 23 de julio de 2018, solicitaron la inadmisión e impugnaron de fondo los motivos del recurso e interesaron su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 13 de febrero de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de La Coruña, en su Procedimiento ante el Tribunal del Jurado n.º 85/2017, procedente del procedimiento de esa misma clase seguido, con el número JU Tribunal del Jurado 386/2016, de los del Juzgado de Instrucción n.º 1 de DIRECCION000 , dictó sentencia el 24 de enero de 2018 , en la que condenó a Doroteo como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal , a las penas de 11 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a Delfina y sus hijos Josefina , Natividad , Alonso y Juan Luis , a una distancia inferior a 500 metros de su domicilio o de su trabajo, y la de comunicarse con ellos por cualquier medio, todo ello por un tiempo de 15 años.

La resolución fue impugnada por la acusación particular ejercida por Delfina , siendo desestimado el recurso de apelación por sentencia dictada el 30 de mayo de 2018 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia . Sentencia que es ahora objeto de impugnación en casación.

SEGUNDO.- 1. La acusación particular personada formula un primer motivo de casación por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM , al entender indebidamente inaplicada la agravante de abuso de superioridad prevista en el artículo 22.2 del Código Penal y, consecuentemente, entender procedente aplicar en la determinación de la pena que le ha sido impuesta la regla 3.ª del artículo 66 del Código Penal .

Sostiene el recurrente que los hechos obligan a apreciar la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de abuso de superioridad prevista en el artículo 22.2 del Código Penal . Afirma que el acusado golpeó intencionadamente a su víctima con un medidor de nivel construido en aluminio, alcanzándole en la cabeza. Añade que lo hizo aprovechando que el agredido estaba sentado en las escaleras de la atracción de feria que acababa de montar, abordando su acción de una manera inopinada y violenta, sin haber precedido pelea ninguna. Por ello considera que, aunque no se haya acreditado que concurriera la muerte alevosa que reclamó



en el acto del juicio oral, la tenencia y el uso del nivel de aluminio entraña una situación de superioridad de la que el acusado era conocedor y que justificarían la aplicación de la circunstancia de agravación a partir de su actuación libre y voluntaria.

2. La pretensión carece de un sustento acogible. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " *Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal* ". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que solo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal (STS 589/2010, de 24 de junio), pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

3. En lo que a la agravante de abuso de superioridad se refiere (art. 22.2.^a del C. Penal), la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal exige (SSTS 1236/2011, de 22 de noviembre ; 275/2012, de 10 de abril ; y 729/2012 , entre otras):

a. Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada de cualquier circunstancia. Bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho que concurren una pluralidad de atacantes (superioridad personal); precisamente este último supuesto es el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación.

b. Esta superioridad ha de ser tal que produzca una notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una alevosía menor o de segundo grado.

c. A tales elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ellas para una más fácil realización del delito. Este elemento subjetivo supone la intencionalidad de este abuso prepotente, superioridad que se ha buscado de propósito o, al menos, ha sido aprovechada, o sea, un aprovechamiento intencional, no apreciándose cuando no es buscada y ni siquiera aprovechada, sino simplemente surgida en la dinámica comisiva.

d. Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

4. Ninguna de estas exigencias viene reflejada en el relato histórico de la sentencia de instancia. En lo relativo al sustrato fáctico que interesa para evaluar si se produjo el aprovechamiento por el recurrente de una situación de desigualdad con respecto a su víctima y que le permitiera abordar su acción con marcada ventaja, la sentencia de instancia describe que: "*El día 1 de agosto de 2016 Herminio se hallaba en la fiesta de Quion Touro, instalando las atracciones para las fiestas, y en dicho recinto, para instalar sus atracciones se hallaba también el acusado Doroteo , y el padre de este. Sobre las 13,20 horas el padre del acusado hablaba con Herminio . sobre la colocación de las barracas o atracciones y poco después intervino Doroteo , que se hallaba a escasos metros nivelando su atracción, y surgiendo una discusión entre Herminio y Doroteo sobre la ubicación de las atracciones /.../ En el curso de dicha discusión el acusado golpeó a Herminio , con un nivel de aluminio, alcanzándole en la cabeza, siendo consciente de que tal golpe probablemente le causarla la muerte*".

Se recoge así la realidad de una discusión o de un enfrentamiento, plenamente alejado de la situación de imprevisión que describe el recurso. Y por más que se identifique y se detalle el elemento contundente con el que el acusado agredió a Herminio , en modo alguno se puntualiza que la víctima careciera de instrumentos, herramientas, condiciones o circunstancias que le permitieran una potencial y operativa defensa frente a la agresión que sufrió. Una ausencia de descripción fáctica que deriva de que la acusación no impulsara que se reclamara al Jurado un posicionamiento específico sobre las circunstancias que ahora asegura concurrentes. Dicho de otro modo, habiendo surgido la discusión entre los dos individuos, sin que ninguno de ellos estuviere auxiliado por otros, por más que el relato fáctico refleje el objeto contundente con el que se golpeó a Herminio en la cabeza, solo la descripción de una desproporción entre la fuerza y los instrumentos lesivos empleados



por el agresor, frente a aquellos otros con los que contaba la víctima para oponérsele, aportaría un contexto material cuyo aprovechamiento podría determinar la concurrencia de la agravación, pues únicamente en ese supuesto podría apreciarse la existencia de un ataque o enfrentamiento desigual y que sobrepase el marco en el que se desarrolla cualquier delito con violencia que, por su propia naturaleza, precisa siempre del triunfo de una mayor fuerza física o del empleo de un rotundo instrumento que posibilite que el sujeto activo alcance la efectividad su acción.

Y la ausencia de acreditación de este extremo es remarcada por la sentencia de apelación impugnada que, haciendo análisis de la consideración del jurado expresada en el objeto del veredicto, recalca que - considerando precisamente el dictamen de los médicos forenses- la deliberación no alcanzó el convencimiento de que el difunto estuviera carente y debilitado en su posibilidad de defensa, rechazando en su veredicto que la acción del acusado fuera más reprochable por la sola razón de que utilizara un instrumento metálico con el que se consumó la agresión (cuestión 9.ª del objeto del veredicto).

El motivo se desestima.

TERCERO.- El segundo motivo se formula al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM , por infracción de ley, entendiéndose indebidamente aplicado el artículo 66.6.ª del CP , al estimar incorrecta la determinación de la pena impuesta.

Sostiene el recurrente que debiera haberse impuesto una pena de mayor duración dado que la agresión tuvo lugar en presencia del hijo menor del fallecido, de 3 años de edad, y también atendida la propia conducta del acusado que después de su ataque abandonó el lugar de los hechos diciéndole a su padre " Déjelo, que no se muere", despreocupándose de él.

Esta Sala ya ha expresado que la facultad de fijación de la pena corresponde al Tribunal de instancia de modo exclusivo y excluyente, ateniendo al Tribunal de casación ejercer un control de la justificación y razonabilidad de la misma, tanto en el sentido de que se exterioricen los motivos en los que se asienta la decisión judicial, cuanto en que se ajusten de manera adecuada y proporcional a las circunstancias del hecho y del culpable.

El principio de legalidad, que se invoca infringido, conduce a que el Tribunal deba partir de la consecuencia penológica prevista para el delito objeto de condena, respetando el marco penal abstracto fijado por el legislador, y que deba observar además las reglas dosimétricas que, en orden a la individualización de la pena, vienen establecidas en el artículo 66 del Código Penal . En tal sentido, difícilmente podría sostenerse que no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respecto de un hecho concreto, concurre una infracción de ley por individualizarse la pena dentro del marco punitivo previsto para el delito que los hechos integran, pues precisamente la regla dosimétrica que se dice quebrantada (art. 66.6.ª del Código Penal) permite al juzgador recorrer en toda su extensión la sanción establecida por la ley. En todo caso, también la misma norma penal que se invoca expresa que la singularización de la pena al caso concreto debe realizarse desde la específica consideración de la gravedad del hecho y de las circunstancias personales del delincuente, de suerte que si la pena finalmente impuesta fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada, o irrazonable, no podría considerarse fundada en Derecho, pues la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia, por lo que la actuación en la instancia habría de reconducirse a la observación de la legalidad desatendida (SSTC 147/1999, de 4 de agosto ; 25/2000, de 31 de enero ; 221/2001, de 31 de octubre o 308/2006, de 23 de octubre , por todas).

Pese a ello, el Tribunal Superior de Justicia expone las razones que justifican cumplida y satisfactoriamente la extensión fijada en la sentencia de instancia. Si a falta de otras razones que impulsen lo contrario la inexistencia de circunstancias agravatorias de la responsabilidad criminal es un motivo razonable para evitar imponer la pena en su mitad superior, aparecen además diversos motivos que apadrinan a que se abordara en la instancia la individualización penológica que se combate. Como indica la sentencia impugnada, el juzgador de instancia contempló para la individualización de la pena que los hechos no fueron perpetrados con un dolo directo, sino eventual, lo que normalmente expresa una menor inclinación por el delito. La resolución criminal es de menor intensidad en quien golpea a otro con conocimiento del peligro concreto que su conducta supone para la vida, si bien aceptado un probable resultado lesivo que no ambiciona (lo que manifiesta también la expresión de desdén que el recurrente esgrime), que quien de manera consciente y deliberada actúa para darle muerte. Todo ello considerando además, como destaca la propia sentencia que se impugna, que no existe constancia de que el acusado tuviera consciencia de la presencia en las inmediaciones del hijo -de tres años de edad- de la víctima.

El motivo se desestima

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM .



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Delfina , contra la sentencia dictada el 30 de mayo de 2018, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el Recurso de Apelación al Jurado 12/2018 , condenando a la recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ