



Roj: **STS 2916/1996 - ECLI:ES:TS:1996:2916**

Id Cendoj: **28079120011996102235**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/1996**

Nº de Recurso: **1414/1994**

Nº de Resolución: **462/1996**

Procedimiento: **recurso de casación por quebrantamiento de forma**

Ponente: **RAMON MONTERO FERNANDEZ-CID**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Mayo de mil novecientos noventa y seis.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que pende ante esta Sala, interpuesto por la representación del procesado Alvaro , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria, que condenó a dicho recurrente por delito de robo con violencia y resultado de muerte, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández-Cid, siendo también parte como recurridos, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. El recurrente representado por el Procurador Sr. Sánchez Trujillo.

### I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Vitoria, instruyó sumario con el número 93 de 1993, contra Alvaro y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha Ciudad, que con fecha 20 de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, dictó sentencia que contiene los siguientes:

"HECHOS PROBADOS: SON HECHOS PROBADOS Y ASÍ SE DECLARA: El acusado Alvaro , mayor de edad y ejecutoriamente condenado por delitos de utilización ilegítima de vehículo a motor, robo, homicidio, raptó, tenencias ilícita de armas y robo con violencia, éste último en sentencia de 3 de mayo de 1.989, en la mañana del 21 de noviembre de 1.993, sobre las once horas, se encontraba a la altura del Km. 19 de la carretera vecinal que une las localidades Alavesas de Marieta y Ozaeta, cuando próximo al lugar, junto a un pinar y estacionado, vió un vehículo marca Citroën AX matrícula FU-....-OF . Momento en el que concibió la idea de apoderarse del vehículo, por lo que se aproximó al mismo observando que en lugar se encontraba un cazador, Darío , soltero y de 27 años de edad propietario del vehículo, quien tenía asimismo una escopeta repetidora, semiautomática, marca Franchi, modelo Prestige con num. NUM000 , provista de la correspondiente carga de cartuchos. El acusado, mientras ingeniaba la forma de apoderarse del vehículo, solicitó a Darío si tenía un cigarrillo, dándole éste la mitad del que se estaba fumando en ese momento. Tras ello, insinuando la posibilidad de que le prestara el vehículo, el acusado de forma no precisada se apoderó de la escopeta intentando Darío defenderse agarrándola por el cañón, momento en que el acusado, resistiéndose, efectuó dos disparos en sentido arriba-abajo y ligeramente oblicuo, que alcanzaron la zona intermamaria del pecho de Darío , produciendo una gran herida superficial, no mortal. Como consecuencia de ello Darío cayó definitivamente al suelo, quedando tendido, momento en que el acusado a corta distancia, no más de un metro, efectuó un nuevo disparo, apuntando sobre la cabeza de la víctima que alcanzó, ligeramente de arriba a abajo, la zona retroarticular derecha del cráneo, produciendo la muerte de Darío por destrucción de un órgano vital, como el cerebelo, y dispersión de perdigones. Asimismo Darío presentaba impacto de perdigones en el dedo primero de la mano izquierda y hematomas en ambos muslos. A continuación el acusado escondió semienterrada el arma, los cartuchos y un chaleco verde de caza, en un lugar próximo al pantano de Ullivarri-Jauregi, apoderándose del vehículo de la víctima, trasladándose a la localidad de Landa y Bilbao, ciudad donde fue detenido cuando se encontraba junto al vehículo."



Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Alvaro COMO AUTOR RESPONSABLE DE UN DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA Y RESULTADO DE MUERTE, YA DEFINIDO, CON LA CONCURRENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL AGRAVANTES DE REINCIDENCIA Y ALEVOSIA, IGUALMENTE DEFINIDAS, A LA PENA DE TREINTA AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR, ACCESORIA DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA Y AL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES, INCLUIDAS LAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR, ASIMISMO DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS AL PROCESADO A QUE EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL ABONE A LOS HEREDEROS DE Darío LA SUMA DE VEINTICINCO MILLONES DE PESETAS.

SE DECLARA DE ABONO EL TIEMPO DE DETENCIÓN Y PRISIÓN PROVISIONAL.

SE RATIFICA LA PRISIÓN PROVISIONAL SIN FIANZA DEL PROCESADO.

La presente sentencia no es firme, pudiéndose interponer frente a la misma recurso de casación que deberá prepararse ante esta Audiencia Provincial por escrito en el plazo de cinco días desde la última notificación de la sentencia."

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por el procesado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION. PRIMERO.- Quebrantamiento de forma: acogido en el artículo 850-1º, de la Ley de Enjuiciamiento criminal, al haberse denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente. SEGUNDO.- Infracción de Ley: acogido a los artículos 849-1 de la LECrim. y se denuncia aplicación indebida del artículo 10.1ª del Código penal (alevosía)

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la votación prevenida el día 14 de los corrientes.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo inicial del recurso y único por quebrantamiento de forma, se residencia procesalmente en el artículo 850-1º de la Ley de Enjuiciamiento criminal y alega la denegación indebida de la prueba pericial dirigida a determinar si el arma de caza encontrada había sido la causante de la muerte de Darío , petición que formulada en el acto del juicio oral, al emitirse con posterioridad al escrito de conclusiones provisionales el informe pericial balístico obrante en la causa, fue denegada por el tribunal quien no accedió a la suspensión del juicio oral.

El motivo debe ser desestimado. El derecho a la prueba no es un derecho absoluto o incondicionado, aunque marque el punto máximo de tensión si se deniega con la producción de la indefensión y así viene subrayado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, en las SS. de 7 de julio de 1989 (Caso Bricmont), 20 de noviembre de 1989 (Caso Kotovski), 27 de septiembre de 1990 (Caso Windisch) y 19 de diciembre de 1990 (Caso Delta); por el Tribunal Constitucional (SS., entre muchas, 51/1985, de 10 de abril, 89/1986, de 1 de julio, y 158/1989, de 5 de octubre) y por la de esta Sala (SS., asimismo entre muchas, de 5 de marzo de 1987, 2 de marzo de 1988, 9 de junio de 1989 y 15 de febrero y 3 de marzo de 1990). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SS. 116/1983, de 7 de diciembre, 51/1985, de 10 de abril, y 89/1986, de 1 de julio) señala en este sentido que no se produce la vulneración del derecho fundamental cuando la prueba es rechazada, aún siendo pertinente, porque su contenido carece de capacidad para alterar el resultado de la resolución final cuando por las demás pruebas existentes sobre los mismos hechos el punto concreto de que se trata se halla sobradamente acreditado, es decir, porque la omisión del medio propuesto en ningún caso podría tener influencia en el contenido del fallo. En similar sentido, también la jurisprudencia de esta Sala (SS. de 5 de marzo de 1987 y 13 de marzo de 1990, 203/1992, de 20 de enero, 1.593/1992, de 6 de julio, 617/1993, de 23 de marzo, 2.199/1993, de 11 de octubre, 2.959/1993, de 30 de diciembre, 613/1994, de 21 de marzo, 1.092/1994, de 27 de mayo, 336/1995/, de 10 de marzo, y 611/1995, de 5 de mayo); pues, en definitiva, la indefensión sólo existe cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio ( SS.TC., entre muchas, 145/1990, 106/1993 y 366/1993), al producirse un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa ( SS.TC.



149/1987, 155/1988 y 290/1993 y SS.TS. 168/1995, de 14 de febrero, 225/1995, de 21 de febrero, 48/1996 de 29 de enero y 276/1996, de 2 de abril).

La aplicación de la anterior doctrina conduce claramente a la desestimación de este primer motivo del recurso y único por quebrantamiento de forma, ya que admitido por el acusado en sus primeras declaraciones obtenidas en legal forma y con todas las garantías de contradicción que los disparos los efectuó con el arma de la víctima, tal prueba resultaba innecesaria y por eso fue correcto el acuerdo motivado del tribunal de instancia que inadmitió dicho medio probatorio; en tanto en cuanto tal denegación no produjo indefensión alguna.

SEGUNDO.- El motivo segundo, único por infracción de ley, se residencia procesalmente en el artículo 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento criminal y alega la vulneración por aplicación indebida del precepto penal sustantivo constituido por el artículo 406-1ª del Código penal.

Dada la vía impugnativa elegida, el artículo 884-3º de la LECrim. impone el mas respetuoso acatamiento de los hechos declarados probados en la instancia; y ésto señalado conviene recordar que el pasaje que ahora interesa dice literalmente que el acusado <<se apoderó de la escopeta intentando Darío defenderse agarrándola por el cañón, momento en que el acusado, resistiéndose, efectuó dos disparos en sentido arriba-abajo y ligeramente oblicuo, que alcanzaron la zona intermamaria del pecho de Darío , produciendo una gran herida superficial, no mortal. Como consecuencia de ello Darío cayó definitivamente al suelo, quedando tendido, momento en que el acusado a corta distancia, no más de un metro, efectuó un nuevo disparo, apuntando sobre la cabeza de la víctima que alcanzó, ligeramente de arriba a abajo, la zona retroarticular derecha del cráneo, produciendo la muerte de Darío por destrucción de un órgano vital, como el cerebelo y dispersión de perdigones>>.

Partiendo de ahí, también dicho motivo debe ser desestimado. Esta Sala en la S.TS. de 15 de diciembre de 1986 (Arz. Nº 7.915), ratificada por la reciente S.TS. 129/1996 de 19 de febrero, ha señalado con relación a la denominada "alevosía sobrevenida" que el análisis de este motivo resulta extremadamente delicado. Una primera lectura -como tal recusable- de la doctrina de esta Sala (entre muchas, SS. de 24 de mayo de 1982 y 23 de diciembre de 1985) vendría a propiciar la desestimación del motivo, en cuanto declarativa de que la situación de indefensión ha de existir desde el momento inicial de la agresión, con lo que quedan eliminadas las formas comisivas de la denominable "alevosía sobrevenida". Mas aquí, lo decisivo ha de ser el examen de si existió una sola acción delictiva o dos diferentes aunque inmediatas en su sucesión temporal; pues de entenderse lo primero sería plenamente aplicable la anterior doctrina jurisprudencial y de reputarse que existieron dos acciones separables, la iniciación de la segunda -con la víctima situada en posición de imposible defensión- comportaría la estimación del motivo de forma indudable.

Esta segunda solución es la procedente. Una mínima coherencia lógica enlaza el cese del dolo inicial, que hace a éste impune, con el surgimiento del propósito de matar, convirtiendo así la acción en una sucesión progresiva de dolos. Por lo demás, esta construcción no supone novedad alguna dentro de la doctrina de esta Sala, ya que:

a) La S. de 12 de septiembre de 1924, ya declaró que: <<Si bien el propósito del culpable era el de yacer a todo trance con la víctima, lo que consiguió después de cruenta lucha, a pesar de la resistencia tenaz que aquélla opusiera y cuando esta resistencia fue dominada por el reo, fue sorprendida con la agresión contra su integridad personal, y como la alevosía es tan especial que surge a veces dentro del desarrollo de los hechos y esta circunstancia sobrevino después de la violación, hasta que el autor de ésta consiguió matarla, es visto que procede aceptar tal circunstancia>>

b) La S. de 26 de marzo de 1926, en plena línea con el supuesto de hecho que ahora se decide, expresa que <<No es obstantiva a la determinación de la alevosía el hecho de haber dado muerte a la violada cuando por consecuencia de actos anteriores se encontraba ésta en estado de indefensión que él no buscó ni empleó para matarla, sino para violarla, y en cuyo acto no pensó en matarla, pues esta resolución la formó sólo cuando después fue amenazado por la víctima>>.

c) La S. ya más reciente, de 13 de febrero de 1956 (R. 387), asimismo declara que: <<el concepto unitario de la alevosía mantenido por la doctrina de esta Sala, se refiere al nacimiento del propósito homicida y al posterior desarrollo del hecho hasta la consumación, que aparece claramente consignado al establecer que después de calcular el procesado que el daño que infirió a la mujer desvanecida, si fuera denunciado, podría ocasionarle perjuicios, concibió la idea de privarle de la vida, para lo que aprovecha el estado inerme e indefenso de dicha mujer; con lo que resaltan diferenciados con precisión dos hechos distintos y respecto al segundo el instante en que surge la idea de causar la muerte cualificada>>.

Claramente se advierte que la anterior doctrina es plenamente aplicable al caso enjuiciado por cuando del transcrito pasaje del relato fáctico se deduce que en la primera secuencia de la acción no existió ánimo de matar y que éste surgió en la secuencia inmediata cuando ya la víctima se hallaba en situación de absoluta



indefensión y por ello, resulta aplicable la impropia llamada "alevosía sobrevinida" y en consecuencia debe también ser desestimado este segundo y final motivo del recurso.

### III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, interpuesto por la representación del procesado Alvaro contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria, de fecha veinte de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, en causa seguida al mismo por delito de robo con violencia con resultado de muerte. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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

FONDO DOCUMENTAL CENTRO