



Roj: **STS 212/1977 - ECLI:ES:TS:1977:212**

Id Cendoj: **28079120011977100024**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/1977**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **LUIS VIVAS MARZAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Núm. 948.- Sentencia de 26 de septiembre de 1977.**

PROCEDIMIENTO: Quebrantamiento de forma e infracción de ley.

RECURRENTE: Los procesados.

FALLO: Estimando el recurso contra sentencia de la Audiencia de Madrid de 11 de febrero de 1976 .

DOCTRINA: Homicidio. Riña tumultuaria.

El homicidio en riña tumultuaria constituye una anómala figura delictiva, un delito de sospecha en que el legislador, situado en la encrucijada de vulnerar el principio de la personalidad de la pena o de dejar impune la muerte violenta y criminal de una o más personas, apoyándose en la teoría de la complicidad correlativa o correspondiente, establece una responsabilidad "en cascada" o de signo descendente, en la que renunciando a punir al verdadero autor, cuya identidad se desconoce, castiga a quienes participaron en la riña con mayor o menor rigor, según sus acciones comprobadas se hallen más -lesiones graves- p menos -violencias personales- próximas al resultado letal, dándose así la paradoja de que se castigue a los procesados por razón de un homicidio que no consta cometieron. Son requisitos: a) riña o pendencia o pelea entablada entre más de dos sujetos y de modo amorfo, gregario, caótico y anárquico, "sin orden ni concierto», en la que no es posible, dada su confusión, individualizar de modo cabal las acciones agresivas u ofensivas de cada uno de los contendientes; b) que como consecuencia de la riña resulten muertas una o más personas; c) que no conste el autor de dicho homicidio u homicidios; d) que, sin embargo, se conozca con certeza la identidad de quién produjo al interfecto lesiones graves o al menos ejerció violencia sobre su persona.

En la villa de Madrid, a 26 de septiembre de 1977; en el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por Carlos José , Lorenzo y Ángeles contra la sentencia pronunciada por la Audiencia de Madrid en fecha 11 de febrero de 1976 , en causa seguida a los mismos por el delito de homicidio, habiendo

sido partes el Ministerio Fiscal y los referidos recurrentes, representados conjuntamente por el Procurador don Celso Marcos Fortín y dirigidos por el Letrado don Alfonso Sevilla Casas.

Siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don Luis Vivas Marzal.

**RESULTANDO**



RESULTANDO que el fundamento de hecho de la sentencia recurrida dice así: Primero. Resultando probado, y así se declara, que los procesados en esta causa, Carlos José , Lorenzo y la esposa de éste e hijastra de aquél, Ángeles , que habitaban en la calle DIRECCION000 , número NUM000 , piso NUM001 , puerta NUM002 , del barrio de San Blas, de Madrid, mantenían malas relaciones de vecindad, que fueron causa de distintos altercados entre ellos, e incluso de algún juicio de faltas, con los habitantes de la vivienda correspondiente a la puerta NUM003 de dicha planta, la familia compuesta por Begoña , su esposo, Pedro Jesús , y el hijo de ambos, Carlos María , siendo causa de dichas desavenencias la mala conducta de estos dos últimos, dados a la bebida y que con su carácter peleón acostumbraban a molestar, por aquello, a los vecinos del inmueble, principalmente a los más próximos. Como consecuencia de esta situación de profunda enemistad, el día 19 de mayo de 1974, y aproximadamente a las diecinueve treinta horas, en el pasillo existente entre ambas viviendas, se suscitó una reyerta más entre los, procesados y sus citados vecinos, que degeneró en abierta pelea, en la que los tres procesados, actuando conjuntamente y con ánimo de quitar la vida a sus oponentes, infringieron con armas blancas punzantes y cortantes (navajas o cuchillos), qué no han sido hallas, las siguientes lesiones: una herida incisocortante en región pectoral izquierda, línea mamilar, a nivel del quinto espacio intercostal, que atravesó el corazón, a Begoña , la que determinó su inmediato fallecimiento, herida que le fue producida en agresión de frente; cinco heridas incisopunzantes en el flanco izquierdo a Carlos María , de las que una penetró entre la cuarta y quinta costillas, línea media del tórax, atravesando la pleura, y otra penetró en el peritoneo, igualmente producidas de frente, con trayectoria de delante hacia atrás, á consecuencia de las cuales falleció el día 12 de junio de 1974, y dos heridas, igualmente incisocortantes, a Pedro Jesús , una de ellas en el hipocondrio izquierdo, penetrante en cavidad abdominal, que produjo gran hemorragia interna y perforó estómago y colon, que produjo gran hemorragia interna entrando en tejido pancreático, y otra en la flexira de codo derecho, con sección de las fibras del bíceps braqueal y lesión de la arteria humeral, con gran hemorragia, ambas producidas también de frente y con trayectorias anteroposteriores, de las que sanó a los setenta días de asistencia facultativa e impedimento para sus ocupaciones habituales, sin defecto ni deformidad. El procesado Lorenzo ha sido condenado en sentencia de 6 de septiembre de 1947 por la Jurisdicción Militar, por delito de imprudencia.

RESULTANDO que en la expresada sentencia se estimó que los hechos probados constituían dos delitos de homicidio consumado y otro de homicidio frustrado, del artículo 407 en relación con el 3.º del Código Penal , y reputándose autores a los procesados, con la agravante 16 del artículo 10 en Sao y Albarrán, se dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos que debemos condenar y condenamos a los procesados, Carlos José , Lorenzo y Ángeles , como responsables en concepto de autores de dos delitos consumados de homicidio y otro delito frustrado de homicidio, con la concurrencia de la circunstancia agravante de desprecio de- sexo en los procesados Carlos José y Lorenzo en el homicidio consumado de Begoña , a las penas: a Ángeles , dos penas de trece años de reclusión menor por los homicidios consumados y una pena de siete años de prisión mayor por el homicidio frustrado; a Carlos José , una pena de diecisiete años, cuatro meses y un día de reclusión menor por el homicidio consumado de Begoña , una pena de trece años de igual reclusión por el homicidio consumado de Pedro Jesús y siete años de prisión mayor por el homicidio frustrado de Pedro Jesús , y a Lorenzo , una pena de diecisiete años, cuatro meses y un día por el homicidio consumado de Begoña , trece años de igual reclusión por el homicidio consumado de Carlos María y siete años de prisión mayor por el homicidio frustrado de Pedro Jesús ; penas de reclusión menor de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y las de prisión mayor, de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de- sufragio durante el tiempo de la condena; al pago de las costas procesales por terceras partes y de las indemnizaciones de 70.000 pesetas a Pedro Jesús y 1.000.000 de pesetas a los herederos de Begoña e igual cantidad de 1.000.000 de pesetas a los herederos de Carlos María , cantidades que serán abonadas por partes iguales, conjunta y solidariamente por los tres procesados. Para el cumplimiento de las penas se les abona todo el tiempo de prisión provisional sufrido por esta causa. Y aprobamos el auto de insolvencia consultado por el instructor. Firme la presente, pasen las actuaciones al Ministerio Fiscal a los efectos de aplicación del indulto de 25 de noviembre de 1975."

RESULTANDO que el presente recurso, interpuesto conjuntamente por la representación de los procesados, Carlos José , Lorenzo y Ángeles , se basa en los siguientes motivos: Primero. Fundado en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Infracción de ley por falta de aplicación del artículo 408 del Código Penal vigente.-Segundo. Al amparo del número primero del artículo 549 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Infracción de ley por aplicación indebida de la agravante 16 del artículo 10 del Código Penal vigente, que se aplica a los procesados Carlos José y Lorenzo .-Tercero. Al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Infracción de ley por falta de aplicación del número primero del artículo 9.º en relación con el número cuarto del artículo 8.º, ambos del Código Penal vigente. Legítima defensa incompleta.-Cuarto. Al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Infracción de ley por falta de aplicación del número quinto del artículo 9.º del Código Penal vigente (atenuante de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada por parte del ofendido). Quinto. Fundado en el



artículo 851, número primero, inciso primero, de la. Ley de Enjuiciamiento Criminal . Quebrantamiento de forma, contradicción en los hechos probados.

RESULTANDO que en el trámite respectivo el Ministerio Fiscal se instruyó de las actuaciones.

RESULTANDO que en el acto de la vista, don Alfonso Sevilla Casas, Letrado de los recurrentes, sostuvo su recurso, que fue apoyado por su motivo segundo por el Ministerio Fiscal, que impugnó el resto del recurso.

### CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que alterando, por razones obvias, el examen de los motivos del recurso interpuesto por la dirección jurídica de los procesados, es preciso, ante todo, examinar el motivo quinto del referido recurso -fundado en el inciso segundo del número primero del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -, para cuya estimación sería preciso, según declaración jurisprudencial constante, que entre los diferentes pasajes, incisos, frases o términos del relato fáctico de la resolución recurrida se diera tal pugna, antítesis, enfrentamiento o antinomia que, ante la imposibilidad de armonizarlos, conciliarlos, cohesionarlos o compatibilizarlos, se produjera su mutua y recíproca destrucción ó inutilización, causándose así una anomia o vacío fáctico que, al privar a la sentencia de una de sus indispensables premisas, provocaría su nulidad; siendo de destacar a este propósito que la contradicción denunciada, para operar eficazmente con finalidad impugnativa, ha de ser necesariamente interna, esto es, producirse en el seno de la narración histórica de la sentencia de que se trate, sin que sea admisible que se intente la confrontación crítica de frases o vocablos insertos en el resultando de hechos probados con otros empleados por el Tribunal "a quo" en los considerandos o fallo de la resolución combatida.

CONSIDERANDO que en el caso, presente, y descartando previamente la intentada confrontación entre las frases de la premisa fáctica de la sentencia recurrida y la estimación, por parte del Tribunal de instancia, de la agravante 16 del artículo 10, cuya confrontación es manifiestamente improcedente, ya que la contradicción, en su caso, no sería interna, como inexcusablemente se requiere, sostienen los recurrentes que son manifiestamente antitéticas las frases "se suscitó una reyerta más entre los procesados y sus citados vecinos, que degeneró en abierta pelea", y "en la que los tres procesados, actuando conjuntamente y con el ánimo de quitar la vida a sus oponentes"; pero, abstracción hecha de que el verbo suscitar sólo significa gramaticalmente "levantar; promover o causar", careciendo del sentido de "producirse repentina y súbitamente" (la reyerta), que implícitamente le atribuyen los impugnantes, nada impide, y es perfectamente posible en el campo de una concatenación lógica de acontecimientos, que iniciada una reyerta que seguidamente, degenera en pelea, uño de los bandos, integrado por tres personas, expresa o tácitamente, y con "animus necandi" no deliberado, pero sí sobrevenido, actúe conjuntamente para, mediante acciones concertadas "in situ", privar de la vida a sus oponentes. Procediendo, por consiguiente, desestimar el quinto motivo del recurso -único por quebrantamiento de forma-, fundado, como ya se ha dicho, en el inciso segundo del número primero del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

CONSIDERANDO que el denominado homicidio en riña tumultuaria, del que se ocupó en extenso este Tribunal en sentencia de 21 de octubre de 1976 , descrito en el artículo 408 del Código Penal , constituye una anómala figura delictiva, un delito de sospechas, en el que el legislador, situado en la encrucijada de vulnerar el principio de personalidad de la pena o de dejar impune la muerte violenta y criminal de una o más personas, apoyándose en la teoría de la complicidad correlativa o correspectiva, establece una responsabilidad "en cascada" o de signo descendente, en la que, renunciando a punir al verdadero autor cuya identidad se desconoce, castiga a quienes participaron en la riña, con mayor o menor rigor según sus acciones comprobadas se hallen más - lesiones- graves- o menos -violencias personales -próximas al resultado letal, dándose así la paradoja de que se castigue a los procesados por razón de un homicidio que no consta cometieran, y con el solo fundamento de la proximidad o cercanía de su conducta, a la que originó el mentado homicidio. Son requisitos, sintéticamente expuestos, que dicha figura: a) riña, pendencia o pelea, entablada entre más de dos sujetos, y de modo amorfo, gregario, caótico y anárquico, "sin orden ni concierto", en la que no es posible dada su confusión, individualizar de modo cabal las acciones agresivas u ofensivas de cada uno de los contendientes; b) que, como con? secuencia de la riña, resulten muertas una o más personas; c) qué no conste el autor de dicho homicidio u homicidios; y d) que, sin embargo, se conozca, con certeza la identidad, de quien produjo al interfecto lesiones graves o, al menos, ejerció violencias sobre su persona. Debiéndose agregar finalmente que, por más que no importe para la concurrencia de una hipótesis de riña tumultuaria el que los contendientes se hubiesen dividido o agrupado en dos bandos bien delimitados con tal de que no conste quién, concretamente infirió la herida determinante de la muerte - sentencias de 18 de diciembre de 1973 , 14 de noviembre de 1974 y 21 de octubre de 1976 -, es lo cierto que cuando hubo previo concierto para causarla y actuación conjunta mediante la realización de acciones sincronizadas y tendentes a un mismo fin, incluso cuando dichos concierto



y conjunción fueren súbitos y no deliberados, y hasta de carácter tácito, a pesar de que no consta quién de los concertados causare concretamente la muerte, la hipótesis privilegiada de riña tumultuaria desaparece para dar paso a una atinada calificación de homicidio simple; habiendo al efecto, declarado este Tribunal, en sentencias de 7 de enero de 1929 , 13 de abril de 1934 , 22 de marzo de 1941 , 8 de febrero de 1964 , 25 de abril de 1972 , 5 de noviembre y 18 de diciembre de 1973 y 21 de octubre de 1976 , que, cuando existe un concierto expreso previo para causar muerte o surja tal concierto tácitamente en el momento de la ejecución de los actos; con ligamen ideológico de propósito y a él se agregue el actuar violento y dinámico de los concertados en conjunción de acciones, la figura del artículo 408 desaparece, pues tal concurrencia psicológica y operativa convierte en autores de un homicidio simple a todos los concertados.

CONSIDERANDO que en el caso estudiado, bien claramente expresa la sentencia recurrida que, en el curso de una reyerta que pronto degeneró en pelea, los procesados, obraron con ánimo de quitar la vida a sus oponentes y, actuando conjuntamente, infligieron a sus referidos oponentes, con armas punzantes y cortantes no identificadas, las heridas que se detallan, causantes de la muerte de dos de los contrincantes. Infririéndose de dicho relato de modo asaz evidente, que los procesados, si bien de modo no premeditado ni deliberado, sino concebido y desarrollado súbitamente en el calor de la riña, idearon y llevaron a efecto la muerte de sus antagonistas, concertándose, de modo al menos tácito y adhesivo, y sincronizando y conjuntando, para ello, sus acciones ofensivas, de tal modo que, mediante su adición, consiguieron la realización de sus letales propósitos, constituyéndose así en autores directos y materiales - número primero del artículo 14 del Código Penal - de dos delitos de homicidio consumado y de otro frustrado; no habiendo errado la sentencia de instancia en su calificación jurídica, procediendo, en consecuencia, desestimar el primer motivo del recurso amparado en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 408 del Código Penal .

CONSIDERANDO que la agravante de sexo - número 16 del artículo 10 del Código Penal -, un tanto anacrónica en tiempos, como los actuales, de emancipación femenina en los que la mujer ha conseguido o está en trance de conseguir, en todos los órdenes, la absoluta igualdad de sexos, pareciendo que incluso desea renunciar a todo privilegio o protección que implique discriminación o desigualdad respecto al varón, requiere un sujeto activo perteneciente al sexo masculino, así como que el sujeto pasivo sea mujer, habiendo evolucionado la concepción de la "ratio essendi" del agravatorio precepto estudiado, pues si bien, doctrinalmente, se comenzó estimando que eran razones fisiológicas -robustez del varón y debilidad de la hembra- las fundamentadoras, más tarde se trató de justificarlo atendiendo al respeto a que la mujer es acreedora por su posición preeminente en el entorno social y en el hogar familiar - sentencias de 9 de marzo de 1964 , 28 de febrero , 4 de junio y 21 de noviembre de 1969 y 3 de febrero de 1970 , entre otras muchas-, y hoy día se trata de explicar la agravación atribuyéndole un mero fundamento "ex lege", estimando que el legislador asigna un "plus" de antijuricidad o una acentuación de lo injusto en ciertos casos - autoridad, dignidad, vejez, morada y sexo femenino- que ha llevado al número 16 del citado artículo 10 del Código Penal . Por regla general, no es necesario para la estimación de la agravante de sexo que el agente se propusiera, con su antijurídica conducta, ofender, menospreciar o denigrar a la mujer, sino que basta con que conozca que, mediante su injusto proceder, objetivamente, la ofende, veja o desprecia; pudiéndose añadir finalmente que, la citada agravación, es inoperante: a) cuando sea inherente a la infracción perpetrada -violación, rapto o estupro, v g.-; b) cuando es indiferente, dada la índole del delito de sexo del ofendido -robo con fuerza en las cosas-; c) en aquellos casos en los que la mujer ha provocado el suceso; y d) cuando la mujer se ha degradado bien por su inmoralidad manifiesta o vida disoluta y libertina, bien porque, de "facto", ha renunciado a su fuero privilegiado aceptando medir sus fuerzas con varones en riña mutuamente convenida y no provocada por aquéllos - sentencias de este Tribunal de 15 de enero de 1959 y 20 de abril de 1966 -.

CONSIDERANDO que en el caso presente, ya resulta dudosa la operancia de la agravante siendo así que en ambos bandos había una mujer, pero, en cualquier caso, es innegable que tratándose de riña mutuamente aceptada y en la que no constan que fueran los varones procesados los que la iniciaron o provocaron, es claro que la interfecta, con momentánea virilización, al admitir la pelea con varones tomando parte en la misma, se colocó a su altura de fortaleza y agresividad, renunciando a la presunta debilidad y respetabilidad del sexo femenino, y aceptando los riesgos y posible ultraje de su dignidad inherentes o cualquier tipo de riña, dejando así,- gracias a su degradación, de merecer la especial protección que le concede la circunstancia dieciséis aquí analizada, procediendo, consecuentemente con lo expuesto, estimar el segundo motivo del recurso amparado en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de la citada agravante, debiéndose casar y anular, en ese sentido y con el alcance consiguiente, la sentencia impugnada.

CONSIDERANDO que ya es sabido que la agresión ilegítima constituye la piedra angular, requisito "sine qua non", o capital y fundamental elemento integrante de la legítima defensa, de tal modo que si no concurre en el caso estudiado es imposible apreciar la referida circunstancia ni como eximente completa ni como eximente incompleta; y como en el caso de autos, en el relato fáctico de la sentencia combatida, no existe el menor rastro,



huella o atisbo demostrativo de que los ofendidos agredieran o atacaran a los procesados, suscitándose, por el contrario, una riña, aceptada mutuamente, y respecto de la cual no consta quién fue su promotor o quién la provocara, dicho se está que no hubo agresión ilegítima, siendo, por tanto, plausible y afortunada la desestimación de dicha eximente incompleta por parte de la Audiencia; procediendo, en consecuencia, desestimar el tercer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 849, por inaplicación de la circunstancia primera del artículo noveno del Código Penal en relación con la circunstancia cuarta del artículo octavo del mismo Cuerpo legal .

CONSIDERANDO que si por provocación se entiende la incitación, excitación y hostigamiento del agente o agentes, realizada por el más tarde ofendido, de modo precedentemente inmediato al suceso, mediante actos, palabras o ademanes encaminados a despertar la irritación, belicosidad y agresividad de dichos agentes, adormecida o quiescente hasta ese momento, es palmario que por más que hubiera una enemistad, profunda y latente, entre las familias vecinas y contendientes y, aún siendo cierto que, en ocasiones anteriores, pudieran los ofendidos haber provocado otras reyertas, no cabe duda que, en lo que concierne al día de autos, no consta que dichos ofendidos, de modo precedentemente inmediato, irritaran o excitaran a sus antagonistas en forma alguna, produciéndose simplemente una riña mutuamente aceptada, cuyos próximos, prolegómenos no se especifican y que no consta fuera iniciada, de modo inmediato, por cualquiera de los ofendidos, excluyendo dicha riña toda posibilidad de aplicación de la atenuante quinta del artículo noveno del Código Penal , tal como ha declarado este Tribunal en numerosísimas sentencias, de las que son paradigma las de 10 de mayo y 21 de octubre de 1976 y 29 de enero de 1977 ; procediendo, a virtud de lo expuesto, desestimar el motivo cuarto del recurso, sustentado en el número primero, del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por supuesta inaplicación de la circunstancia quinta del referido artículo noveno del Código Penal .

#### FALLAMOS

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar por su segundo motivo al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por la representación conjunta de los procesados Carlos José , Lorenzo y Ángeles contra la sentencia pronunciada por la Audiencia de Madrid en fecha 11 de febrero de 1976 en causa seguida a los mismos por el delito de homicidio, cuya sentencia casamos y anulamos con declaración de las costas, de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte al Tribunal sentenciador a los efectos legales oportunos 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.- Adolfo de Miguel.-Fidel de Oro.-Fernando Díaz Palos.-Luis Vivas Marzal.-Manuel García Miguel.-Rubricados.

Publicación.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor Magistrado don Luis Vivas Marzal, Ponente que ha sido en este recurso, estando celebrando audiencia pública la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, en el mismo día de su fecha; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Madrid, a 26 de septiembre de 1977.-Francisco Murcia.-Rubricado.