



Roj: STS 905/2010  
Id Cendoj: 28079120012010100119  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 10448/2009  
Nº de Resolución: 106/2010  
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
Ponente: DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Febrero de dos mil diez.

En el recurso de casacion por infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado **Sixto**, que le condenó por delitos de asesinato y malos tratos físicos y psíquicos, 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 del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Rodríguez González.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Vélez Málaga instruyó sumario con el nº 3 de 2.007 contra Sixto, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, que con fecha 18 de noviembre de 2.008 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: *Se declaran como tales los que integran el siguiente relato: Sixto, mayor de edad y sin antecedentes penales, venía conviviendo con sus padres, Artemio y Azucena, en el domicilio familiar sito en la CALLE000 número NUM000, NUM001 NUM002 de la localidad de Vélez-Málaga. Su condición de hijo único y soltero determinaba que fuera él la única ayuda con que contaban sus citados padres, ambos enfermos e imposibilitados. La calamitosa situación desbordaba continuamente la capacidad de aguante de Sixto, quien con excesiva frecuencia reaccionaba en forma violenta contra sus progenitores haciéndoles objeto de malos tratos físicos con respecto a la madre a la que golpeaba con asiduidad. Cuando su padres le recriminaba tal proceder, obtenía una respuesta airada y despectiva: "cállate maricón, que te voy a abrir la cabeza", le decía a gritos que fueron escuchados por el vecindario, expresión claramente representativa del clima que reinaba en la vivienda, donde la suciedad y el desorden eran claramente perceptibles a primera vista. Esta situación se mantuvo hasta que finalmente en hora no determinada de un día cercano al 30 de octubre de 2007, el acusado golpeó reiteradamente a su madre, que en esa fecha tenía 74 años de edad, mientras ésta se hallaba tumbada en la cama, causándole lesiones consistentes en traumatismo craneoencefálico grave y traumatismo facial, con sangrado frontal u occipital que produjeron coma, fractura distal de radio izquierdo, fractura subcapital de cadera izquierda y policontusiones. El traumatismo craneoencefálico grave referido propició el origen de una neumonía, que finalmente condujo al fallecimiento de Azucena, por alteraciones respiratorias, el día 27 de abril de 2.008. El óbito del padre, Artemio, se había producido el día 23 de diciembre de 2.007.*

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: *Que debemos condenar y condenamos al acusado, Sixto, como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato y otro de malos tratos físicos y psíquicos, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas respectivas de quince años de prisión y seis meses de prisión, con las accesorias respectivas de inhabilitación absoluta y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las respectivas condenas, y al pago de las costas de este juicio. En el ámbito de la responsabilidad civil, indemnizará a los que resulten herederos de Dª Azucena en la cantidad de ciento cincuenta mil euros, más los intereses legales. Infórmese a los posibles beneficiarios de la posibilidad de solicitar ayudas, conforme a la Ley de Ayuda y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2.001. Séale de*

abono, para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, todo el tiempo que de ella ha estado privado por esta causa, caso de no habersele abonado para el cumplimiento de otra responsabilidad y estése a lo interesado por el Ministerio Fiscal, caso de recurrirse esta resolución. Se impone al acusado la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un período de cinco años, a partir del día en que sea requerido a tal fin. Se aprueba por sus propios fundamentos, el auto de insolvencia del acusado dictado por el juzgado instructor, en la pieza separada de responsabilidad civil. Llévase nota de estas condenas al Registro Central de Penados y Rebeldes. Notifíquese esta resolución a todas las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la sentencia.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación del acusado **Sixto**, 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.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Sixto**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley, al amparo del *número primero del art. 849 L.E.Cr.*, alegándose falta de aplicación del *art. 21.1ª* en relación con el *art. 20.1º ambos del Código Penal*. Por cuanto, de los hechos probados como de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, se infiere que **Sixto** en el momento en que ocurrieron los hechos tenía alteradas sus facultades psíquicas; Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del *art. 849.1º L.E.Cr.*, alegándose falta de aplicación de la *atenuante analógica, art. 21.6ª del C. Penal*. Por cuanto la sentencia de la Audiencia recoge, sin género de dudas, que **Sixto** no quería matar a su madre; Tercero.- Por infracción de ley al amparo del *art. 849.1º L.E.Cr.*, alegándose falta de aplicación del *art. 21.6ª en relación con el 21.5º ambos del C. Penal*. Por cuanto en los fundamentos de derecho se entiende aplicable pero no se contempla en el fallo.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 9 de febrero de 2.010.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Málaga condenó al acusado como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato del *art. 139.1º*, y otro de malos tratos físicos y psíquicos habituales del *art. 173.2º y 3º, ambos del Código Penal*.

El acusado interpone recurso de casación contra la sentencia condenatoria formulando un primer motivo al amparo del *art. 849.1º L.E.Cr.*, alegando infracción de ley por inaplicación del *art. 21.1º en relación con el 20.1 C.P.*, "por cuanto de los hechos probados, como de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, se infiere que **Sixto** [el acusado] en el momento en que ocurrieron los hechos tenía alteradas sus facultades psíquicas", transcribiendo un pasaje del "factum" que señala la calamitosa situación que desbordaba continuamente la capacidad de aguante de **Sixto**, quien con excesiva frecuencia reaccionaba en forma violenta contra sus progenitores ..., expresión claramente representativa del clima que reinaba en la vivienda, donde la suciedad y el desorden eran claramente perceptibles a primera vista. Y en el fundamento de derecho 4º se indica "... Se trata de una persona a quien los conflictos cotidianos le producen ansiedad y que reaccionaba de forma violenta y desquiciada ....".

El motivo no puede ser acogido.

Es ya un clásico el aserto de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben estar tan acreditadas como los propios hechos para poder ser aplicadas. En el supuesto actual, la pretensión del recurrente debería estar sustentada en una base probatoria demostrativa de que el acusado ejecutó la acción bajo la influencia de una perturbación mental que disminuyera gravemente o, al menos, de manera significativa sus capacidades de entender lo que hacía y de querer hacerlo, o, en la terminología legal, de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión.

Las pruebas practicadas al respecto en el proceso no acreditan ese déficit más o menos relevante de las facultades cognoscitivas y/o volitivas del autor de los hechos, razón por la cual el "factum" omite toda mención a un hecho no probado.

La inferencia del recurrente de la perturbación mental del acusado es personal y subjetiva, y no compartida por el Tribunal sentenciador, pronunciamiento que, se encuentra suficientemente razonado en la

fundamentación jurídica de la sentencia donde se valora con rigor la prueba practicada y se argumenta de manera atinada, que, "ciertamente, detectada la anormalidad psíquica, bien duradera o transitoria, lo que sirve para apreciar su eficacia en cada caso no es la clase de anomalía o alteración existente, sino cómo quedó afectada esa capacidad de conocer o querer". En este sentido expone que " *nada advirtieron en el acusado los médicos forenses que mermara sus capacidades volitivas o cognoscitivas, por lo que le consideraron imputable de sus actos, tal como puede leerse en el dictamen obrante al folio 262 y ratificaron en el plenario*".

**SEGUNDO.-** Por el mismo cauce del *art. 849.1º L.E.Cr* . se denuncia también infracción de *ley por indebida inaplicación de la atenuante analógica del art. 21.6º* "por cuanto la sentencia de la Audiencia recoge, sin género de dudas, que Sixto no quería matar a su madre", de manera -añade- que "estamos ante la preterintencionalidad contemplada en sí como atenuante en el anterior Código Penal, que al no serlo en éste, se solicita por esta vía".

El motivo debe ser desestimado por las siguientes razones. En primer lugar porque no cabe postular una circunstancia atenuante analógica respecto de otra inexistente en el catálogo de las atenuantes típicas.

Por otro lado, el propio recurrente reconoce que se trata de un "petitum" novedoso que no fue ejercitado en ningún momento del proceso, por lo que nos encontramos ante una cuestión nueva, "per saltum", cuyo conocimiento, valoración y pronunciamiento se hurtó al Tribunal sentenciador. Y aunque esta Sala ha advertido esta clase de reclamaciones en trámite de casación, de manera excepcional, lo ha restringido a supuestos de denuncias por vulneraciones constitucionales, que no es el caso, o cuando la atenuación o extinción de la responsabilidad criminal que extemporáneamente se impetra, aparezca claramente verificable a tenor del Hecho Probado, lo que tampoco es el caso.

Porque, efectivamente, si el recurrente admite que el resultado de la acción agresiva del acusado sobre su madre (que, según el "factum" tenía el día de autos 74 años, enferma e imposibilitada, y a la que causó lesiones consistentes en traumatismo craneoencefálico grave y traumatismo facial, con sangrado frontal u occipital que produjeron coma, fractura distal de radio izquierdo, fractura subcapital de cadera izquierda y policontusiones) "es perfectamente previsible y evitable", es claro que la conducta puede no estar dominada o impulsado por una intencionalidad específica de acabar con la vida de la víctima, constitutiva de dolo directo, pero incuestionablemente existía en el sujeto activo la percepción de la previsibilidad más que racional de que tal resultado se produjera, a pesar de lo cual no desistió, lo que integra claramente el dolo eventual que -como el directo- integra el elemento subjetivo del delito.

**TERCERO.-** También por infracción de ley del mismo precepto invocado en los anteriores, sostiene el recurrente que se ha inaplicado incorrectamente la *atenuante analógica del art. 21.6 en relación con el 21.5 C.P* .

La sentencia, en efecto, expone que "tal atenuación ha de apreciarse" y por ello impone la pena en su límite mínimo, por lo que la omisión en el fallo de la concurrencia de la circunstancia no deja de ser un simple error material que carece de relevancia a los efectos penológicos interesados por el recurrente.

El motivo se desestima.

### III. FALLO

**QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de ley, por la representación del acusado **Sixto** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, de fecha 18 de noviembre de 2.008 en causa seguida contra el mismo por delitos de asesinato y malos tratos físicos y psíquicos. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia 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 Prego de Oliver y Tolivar Jose Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

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