



Roj: **STS 1780/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1780**

Id Cendoj: **28079120012024100285**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2024**

Nº de Recurso: **11071/2023**

Nº de Resolución: **287/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 287/2024

Fecha de sentencia: 21/03/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: **11071/2023 P**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/03/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: **11071/2023 P**

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 287/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 21 de marzo de 2024.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº **11071/2023**, interpuesto por **D^a. Manuela , D. Juan Pablo , D. Pedro Jesús , D^a. Modesta , D. Alberto Y D^a. Noelia (acusación particular)**, representados por la procuradora D^a. María Dolores de Haro Martínez, bajo la dirección letrada de D. Marcos García Montes, contra la sentencia nº 146/2023, de fecha 20 de abril de 2023, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación Tribunal Jurado nº 1/2023. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: D. Avelino , representado por la procuradora D^a. Adela Gilsanz Madroño, bajo la dirección letrada de D. Javier Guillermo Muñoz Pereira.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Huelva instruyó Procedimiento Ley Tribunal del Jurado nº 1/2021, contra Avelino , por delitos de asesinato, homicidio, profanación de cadáver, contra la integridad moral y robo y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva, Tribunal del Jurado, que en el Rollo de Procedimiento Tribunal del Jurado nº 5/2022, dictó sentencia nº 143/2022, de fecha 2 de noviembre de 2022, que contiene los siguientes **hechos probados**:

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

PRIMERO.- En horas no determinadas de la tarde del 29.10.20, Avelino acudió al domicilio de Borja , de quien era amigo desde la infancia, en la CALLE000 núm. NUM000 de Huelva.

Entre las 22:00 horas del 29.10.20 y las 08:00 horas del 30.10.20, cuando Borja se encontraba en la cocina del citado domicilio, agachado delante del frigorífico, Avelino , que estaba detrás de Borja , con ánimo de causar la muerte de éste, agarró con las dos manos un esqueleto metálico de calentador de aproximadamente 1,1 kilo de peso que había en el suelo de la cocina, lo elevó y golpeó con él, al menos dos veces, la cabeza de Borja , quien en esos momentos se encontraba agachado y dando la espalda a Avelino .

SEGUNDO.- Los golpes que de esta forma propinase Avelino a Borja produjeron a este último las siguientes lesiones:

En el cráneo, varias lesiones bajo la forma de heridas contusas de aspecto vital, con bordes irregulares sangrantes y puentes cutáneos:

-Lesión 1: herida de bordes contusos situada en zona parieto-occipital izquierda a 4 centímetros del borde auricular. La herida de espesor completo tiene forma de "T" de 1,5 + 0,5 centímetros

-Lesión 2: herida de bordes contusos situada en zona occipito-parietal media a 9 centímetros del pabellón auricular izquierdo. La herida de espesor completo con puentes tiene forma horizontal lineal y está dividida en dos partes por un puente cutáneo. La parte izquierda tiene 2,5 centímetros y la derecha 1 cm. de longitud.

-Lesión 3: herida contusa situada en zona parietal media situada a 10 centímetros del pabellón auricular izquierdo. La herida tiene 4 centímetros de longitud y morfología en "Y" con bordes contundidos y puentes cutáneos, con varios desgarros y espesor completo pero desigual.

-Lesión 4: herida contusa a 14 centímetros del pabellón auricular izquierdo sobre zona parietal media. La lesión tiene forma de "T" irregular de 2+1 centímetros Parece mantener continuidad con borde erosivo con la lesión 5.

-Lesión 5: herida contusa anfractuosa y compleja formada por la confluencia de dos aparentes lesiones en forma de "T" más extensa con una zona de puentes cutáneos parciales interpuesta. Los bordes son eritematosos, irregulares, con puentes y con desgarros de piel superficial radiales. La longitud total de la lesión es de 7,5 centímetros con una anchura máxima de 3 centímetros

-Lesión 6: hematomas periorbitales derechos que afectan al canto interno y superior externo.

Todas estas lesiones causaron un traumatismo cráneo encefálico con fractura de huesos de bóveda y base craneal con hemorragia subaracnoidea, que provocó la muerte de Borja de manera prácticamente inmediata, muerte que se data entre las 22:00 horas del día 29.10.20 y las 08:00 horas del día 30.10.20

TERCERO.- Después de fallecer Borja , Avelino trasladó su cuerpo sin vida a la habitación del fondo de la casa, envuelto en una cortina; allí le seccionó completamente la cabeza usando un cuchillo de 20 centímetros de hoja y mango negro.

El mecanismo de decapitación consistió en sección cortante con separación de tronco y cabeza a nivel de las vértebras c3-c4. El corte corresponde con una misma superficie de corte perpendicular al eje longitudinal del cuello y en la zona dorsal la afectación de piel es más alta, a modo de colgajo, con signos de varias secciones.



La sección en piel tiene bordes cortantes netos con varios saltos indicativos de maniobras de corte con retirada parcial o completa del filo. En ambos laterales se identifican varios pequeños cortes superficiales sugestivos de lesiones por tanteo o sección incompleta. Los bordes cortantes son lisos, sin muescas. La sección afecta a los planos superficiales y profundos.

CUARTO.- Después de realizar estos hechos, Avelino se marchó de la casa de Borja, llevándose las llaves del domicilio, al que regresó entre las 05:00 horas del 30.10.20 y las 09:00 horas del 30.10.20, abriendo la puerta con las citadas llaves.

Una vez allí consumió una cantidad no determinada de cerveza y de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, limpió la cocina, el pasillo, el baño, tratando de eliminar con ello las huellas o vestigios que pudieran implicarle en la muerte de Borja y formó un hatillo con el esqueleto de calentador que usó para acabar con su vida, el cuchillo que usó para decapitar a Borja, y otros varios objetos manchados de sangre.

QUINTO.- Acto seguido, Avelino metió la cabeza de Borja en una bolsa de plástico, dirigiéndose a la PLAZA000 de Huelva. Allí dejó la bolsa con la cabeza de Borja entre las ramas de un árbol de dicha plaza y se sentó en el banco más próximo a al árbol, marchándose a su casa minutos después y dejando en el árbol la bolsa con la cabeza.

SEXTO.- Alrededor de las 09:00 horas del día 31.10.20 Avelino salió a pasear a sus perros y comprobó en dicho paseo que la cabeza de Borja seguía en el árbol, volviendo de nuevo a su casa, donde consumió una cantidad no determinada de drogas y alcohol, regresando a la plaza sobre las 15:00 horas del mismo día, cogió la bolsa con la cabeza de Borja, del árbol donde previamente la había dejado y se dirigió con ella a unos contenedores de la PLAZA000, depositándola en el suelo mientras trataba de quemar una serie de prendas y objetos que podrían incriminarlo en la muerte de su amigo.

En esos momentos, una mujer que transitaba por la zona se aproximó a Avelino, preguntándole qué llevaba en la bolsa, a lo que Juan Pablo respondió "ven y mírala tú" y "con esto voy a hacerme un cenicero", mientras le mostraba la cabeza.

La mujer no creyó en principio que la cabeza fuera humana, dado que la fecha coincidía con la celebración de Halloween, pensando que era una broma.

Avelino, dejó nuevamente en el suelo la cabeza de Borja para que la vieran dos niñas que también lo encontraron por la calle y preguntaban que qué era eso. Igualmente cogió la cabeza de Borja por el pelo y se la mostró a otro joven que se hallaba en el lugar.

Al correrse entonces la voz por la PLAZA000 de que un hombre portaba una cabeza humana en una bolsa, Avelino emprendió la huida por las CALLE001, DIRECCION000, DIRECCION001 y AVENIDA000 de la localidad de Huelva, entre otras, siendo seguido en su huida por joven a quien había mostrado la cabeza y otro más, quienes lograron grabarle con un teléfono móvil e informar a la Policía de que se había refugiado en su domicilio. En su huida el acusado arrojó la bolsa con la cabeza de Borja al lado de un contenedor de basura situado a la altura del número NUM001 de la citada AVENIDA000.

SÉPTIMO.- Al infligir a Borja las heridas que provocaron finalmente su muerte, Avelino aprovechó el hecho de que Borja se encontraba de espaldas a él y agachado y utilizó un para golpearlo en la cabeza de notable contundencia con un objeto que, golpeando en tal zona, era susceptible de causar grave daño a la víctima, consiguiendo con todo ello cometer estos actos de manera que impedía efectivamente cualquier reacción defensiva eficaz por parte de Borja.

OCTAVO.- Al causar Borja las heridas que provocaron finalmente su muerte, Avelino aprovechó la circunstancia de la falta de previsión por parte de Borja de que pudiera ser atacado habida cuenta la relación de amistad existente entre ambos.

II.- En cuanto a los hechos relativos a la responsabilidad civil, y a la vista de la prueba practicada, sin controversia al respecto entre las partes, el Magistrado-Presidente declara probado:

NOVENO.- Borja, nacido el NUM002.1964, tenía en la fecha de su muerte cincuenta y seis años y estaba soltero, sobreviviéndole sus hermanos Alberto, Pedro Jesús, Modesta, Juan Pablo y Noelia, así como su sobrina Manuela. >>

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Huelva, Tribunal del Jurado, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<I. De conformidad con el veredicto del jurado, debemos condenar y condenamos a Avelino como responsable en concepto de autor de un delito de asesinato y de un delito de profanación de cadáver, en los siguientes términos:



1. Como autor responsable de un delito de asesinato, ya descrito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de veintidós años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena.
2. Como autor responsable de un delito de profanación de cadáver ya descrito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo mientras dure la condena.
3. Para el cumplimiento de las penas de prisión que imponemos, serán de abono los días de detención y prisión provisional sufridos por el condenado en la presente causa.
4. En auto, que deberá dictarse en el día de la fecha, se resolverá lo procedente respecto de la situación personal de Avelino .

II. Absolvemos a Avelino de los delitos contra la integridad moral y de robo, de que venía acusado.

III. En concepto de responsabilidad civil, condenamos a Avelino a indemnizar a Alberto , Pedro Jesús , Modesta , Juan Pablo y Noelia , en la suma de treinta y cinco mil euros para cada uno de ellos y así como su sobrina Manuela , en la suma de treinta mil euros.

Tales cantidades habrán de incrementarse con el correspondiente interés legal. Reclámese del Juzgado de Instrucción la pieza de responsabilidad civil que abriera al condenado, debidamente concluida conforme a derecho.

Para el evento de insolvencia, total o parcial, del condenado, una vez firme esta sentencia, se expedirán y entregarán, si así se solicita, testimonios íntegros de la misma, uno para cada una de las personas que ejercen la acusación particular, a los efectos oportunos de conformidad con lo dispuesto en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

IV. Condenamos a Avelino al pago de las costas procesales, con inclusión de las correspondientes a la acusación particular.

V. Notifíquese esta resolución de forma personal al condenado, así como a todas las partes personadas de conformidad con lo dispuesto en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. >>

TERCERO.- Notificada referida sentencia a las partes, se interpuso contra la misma recurso de apelación tanto por la defensa como por la acusación particular. El Ministerio Fiscal se opuso a ambos. Se elevaron las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que en el Rollo de Apelación Tribunal Jurado nº 1/2023, dictó sentencia nº 146/2023, de 20 de abril de 2023, que aceptó los hechos declarados probados por la sentencia apelada, y cuyo fallo tiene el siguiente contenido:

<<Que desestimando los recursos formulados por la defensa y 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 Huelva, se confirma ésta íntegramente, sin condena al pago de las costas de esta alzada. >>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, por la representación procesal de la acusación particular, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación de los recurrentes, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de los recurrentes Manuela , Juan Pablo , Pedro Jesús , Modesta , Alberto y Noelia (acusación particular):

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 70 de la LOTJ y doctrina legal por no aplicación del abuso de confianza.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 52 y 70 de la LOTJ y doctrina legal por no aplicación del delito contra la integridad moral.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, y subsidiariamente su desestimación; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 12 de marzo de 2024.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

D^a. Manuela , D. Juan Pablo , D. Pedro Jesús , D^a. Modesta , D. Alberto Y D^a. Noelia (acusación particular)

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, nº 146/2023, de 20-4, que desestimó los recursos de apelación formulados por la defensa y la acusación particular contra la sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, Audiencia Provincial de Huelva, procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de Huelva, nº 143/2022, de 2-11, que condenó a Avelino por un delito de asesinato, y un delito de profanación de cadáveres, sin concurrencia de circunstancias modificativas, absolviéndole de los delitos contra la integridad moral y robo con violencia de los que era acusado por la acusación particular, se interpone por ésta el presente recurso de casación por dos motivos: el primero al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 70 de la LOTJ y doctrina legal por no aplicación del abuso de confianza; y el segundo al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 52 y 70 de la LOTJ y doctrina legal por no aplicación del delito contra la integridad moral.

1.1.- Analizando en consecuencia el motivo primero, se denuncia la indebida inaplicación de la circunstancia agravante de abuso de confianza.

Se fundamenta el motivo en el hecho de que el Tribunal del Jurado declaró probado por unanimidad que encontraba culpable al acusado por estos hechos porque se comprueba la confianza de la víctima hacia el acusado y no había previsto ningún ataque por parte de su amigo.

Sostienen los recurrentes que en el caso concreto analizado, la agravante de alevosía y la de abuso de confianza serían compatibles, ya que una ha facilitado la ejecución y la otra ha consistido en el aseguramiento del hecho sin riesgo.

1.2.- Previamente debemos recordar -como decíamos en SSTS 487/2008, de 17-7 y 450/2017, de 21-6- que la LOTJ, ha partido de una articulación secuencial del objeto del veredicto en el art. 52 de la misma, estructurando las diversas cuestiones que han de someterse a la consideración del Tribunal de Jurado, y que son trasunto, como es lógico, de las alegaciones fácticas de las partes incorporadas a sus escritos de acusación y de defensa. Tal articulación es consecuencia de una serie de premisas, de las que parte la ley: primero, sirven para que el Magistrado-Presidente pueda redactar los hechos probados de la Sentencia que haya de dictarse, condenatoria o absolutoria, incorporando al "factum" todos los elementos que el jurado entienda como probados y que construyan el propio hecho probado, desde su comienzo hasta su consumación, con todos los avatares que las partes hayan planteado como acontecidos, incluidos también todos los elementos del llamado juicio de culpabilidad y de sus circunstancias en relación con la capacidad mental del acusado. En segundo lugar, sirven también para que la motivación se estructure en cada una de las proposiciones que se les formulan, sin que sea necesario naturalmente que tal motivación sea incardinable en cada una de las preguntas o proposiciones, sino que bastará una motivación general, con tal que el jurado explique sucinta pero suficientemente las pruebas en que se ha basado para dictar su veredicto. Pero tal estructuración secuencial de proposiciones sin duda facilita la labor intelectual de motivación, pues supone detenerse mentalmente en cada uno de los grados o estructuras de los hechos en su configuración secuencial para determinar en qué elementos probatorios se apoyó el jurado, dejando nota sucinta de tal explicación (STS. 12.3.2001).

Por ello la formulación de los hechos que han de incluirse en el objeto del veredicto habrá de responder a una articulación lógica interna, de modo que las proposiciones alternativas o mutuamente excluyentes se relacionan entre sí con la advertencia expresa de tal alternatividad o relación lógica. De este modo aunque por exigencias procesales de congruencia o incluso por estrictas necesidades lógicas de claridad del pronunciamiento fáctico, resulte relativamente frecuente la formulación de proposiciones de hecho cuya declaración simultánea de probadas resultaría incompatible, esta incompatibilidad ha de ser puesta de manifiesto y explicada claramente al Jurado en el propio documento que se le entregue, precisamente para evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios, que es lo buscado por el Legislador.

1.3.- Expuesto lo anterior, es cierto que el Jurado declaró probado en el punto 14 del objeto del veredicto, según el cual: "al causar a Borja las heridas que provocaron finalmente su muerte, Avelino aprovechó la circunstancia de la falta de previsión por parte de Borja de que pudiera ser atacado habida cuenta de la relación de amistad existente entre ambos" e igualmente en el punto 13 que: "al infligir a Borja las heridas que provocaron finalmente su muerte, Avelino aprovechó el hecho de que Borja se encontraba de espaldas a él y agachado y utilizó para golpearlo en la cabeza un objeto de notable contundencia que impactando en tal zona, era susceptible de causar grave daño a la víctima, consiguiendo con todo ello cometer estos actos de manera que impedía efectivamente cualquier reacción defensiva eficaz por parte de Borja".



1.4.- Siendo así, la concurrencia de la alevosía no es cuestionada. Así, en cuanto a dicha agravante, hemos dicho en SSTs 114/2021, de 11-2; 580/2021, de 1-7, que su aplicación se impone en todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación, pero sin capacidad verdadera de surtir efectos contra el agresor y la acción homicida." (STS 51/2016, de 3-2).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTs. 155/2005 de 15.2, 375/2005 de 22.3):

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d) Y, en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001 de 13.2).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

- a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.
- b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.
- c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o



personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

d) En cuanto a la alevosía sobrevenida se produce cuando no se halla presente en el comienzo de la acción, pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aunque sea de distinta forma o modo, durante el que surge el aprovechamiento de la indefensión del agredido, propiciada por la intervención de terceros o también por el propio agente (SSTS. 1115/2004 de 11.11, 550/2008 de 18.9, 640/2008 de 8.10, 790/2008 de 18.11). Existe cuando aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada. (SSTS. 53/2009 de 22.10, 147/2007 de 19.2, 640/2008 de 8.10, 243/2004 de 24.2).

1.5.- En el caso actual, la aplicación de la alevosía en su modalidad de "sorpresa" resulta inobjetable. Y en cuanto a su compatibilidad con el abuso de confianza que se fundamenta en el mayor grado de antijuricidad que comporta un plus de culpabilidad que resulta del quebranto de la lealtad entre personas vinculadas por una relación de confianza que es aprovechada por el autor para la realización del delito. En ATS 112/2019, de 20-12-2018, Recurso 1666/2018, hemos mantenido, y así lo recuerda la Sala a quo, que:

1) El abuso de confianza exige, como circunstancia agravante, una relación especial subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza.

2) La agravante requiere además que el autor se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo.

3) Y esa confianza ultrajada se manifiesta como un plus de culpabilidad, al revelar una mayor perversión en la ejecución de unos actos constitutivos de unos delitos que no la llevan implícita (SSTS 8/2014, de 22-1; 459/2014, de 4-6; y 223/2018, de 17-5).

1.6.- En el supuesto enjuiciado, el Tribunal de instancia (fundamento jurídico 5.2), analiza la cuestión debatida, coincidiendo con el Jurado que el acusado en su actuar aprovechó la circunstancia de la íntima amistad que le unía a Borja , generando una confianza en este y una tranquilidad de ánimo que no le hizo prever su ataque, todo lo cual facilitó la ejecución y culminación de su acción homicida, pero entiende con cita de numerosa jurisprudencia, en especial la STS 1443/2000, de 20-9, que señala "que la alevosía proditoria o a traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza con el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación de confianza existente, una agresión como la efectuada, y nos recuerda otra, la 210/96, de 11 de marzo en que se declara que "la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor". En el mismo sentido la STS 343/2000, de 7 de marzo, en la que se afirma que la modalidad de alevosía proditoria "requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor".

En el caso que examinamos en el presente recurso, indudablemente existía una relación afectiva entre el acusado y Soledad , con la que había tenido el hijo cuya muerte violenta igualmente causó, y la convivencia que ambos mantenían es lo que a juicio del Tribunal del Jurado y del Tribunal Superior de Justicia justifica la agravante de abuso de confianza por haberse aprovechado, se dice por este último, de -los lazos de lealtad y confianza que tenía con la víctima. Sin embargo, conforme a la doctrina jurisprudencial antes expresada, hay que destacar que la apreciación de la agravante de alevosía, según razona el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, surge por la inexistencia de reacción defensiva al encontrarse la víctima durmiendo o que al menos hubo una agresión súbita e inesperada que impide la reacción y permite rematar a la víctima, actuación alevosa en cuanto se aprovecha la sorpresa para asegurar el resultado y eliminar el riesgo de una eventual defensa de la ofendida. Y estos razonamientos de la sentencia recurrida en casación permiten sostener que, en este caso, ha sido esa especial relación personal y de convivencia que la víctima mantenía con su agresor la que le indujo a quedarse dormida o mantener una actitud de confianza que fue aprovechada por su agresor para causar la muerte sin ofrecerle posibilidad alguna de defensa.



Así las cosas, apreciada la agravante de alevosía, en este caso no puede aplicarse, asimismo, la de abuso de confianza en cuanto responde a una mayor facilidad comisiva que está implícita en aquella, y la apreciación de ambas supondría penar dos veces el aprovechamiento por el agresor de la ausencia de reacción defensiva basada en una relación de confianza que inhibe la sospecha frente a una posible agresión..."

El fundamento de la agravación del art. 22.6^a del Código Penal se encuentra en la quiebra de la lealtad con la que se debe corresponder a la confianza otorgada y en la mayor facilidad para cometer el delito por encontrarse el sujeto pasivo desprevenido.

Por ello, la aplicación conjunta de la alevosía y el abuso de confianza puede ser inviable, ya que en ocasiones el deslinde entre ambas circunstancias resulta complicado, incluyendo algunos autores el abuso de confianza entre las llamadas alevosías menores.

Esta homología entre las dos agravantes hace que en muchas ocasiones el abuso de confianza queda absorbido dentro de la alevosía pues, como reza el aforismo, "quien confía no defiende".

Pero, aun así, hemos de conceder que si el sujeto utiliza medios, modos o formas tendentes a evitar la defensa asegurando la ejecución, será que dicha posibilidad de defensa existía, porque la confianza no era tanta que permitiese abusar de ella. Por el contrario, si la confianza era suficiente, la falta de posibilidad defensiva provendrá de ésta y no de los medios, modos o formas empleados en la ejecución; sirviendo además una de las agravantes para que la otra pueda tener vida.

La S.T.S. de 23.02.1993 apreció la concurrencia de la alevosía en un caso en el que una mujer se alejaba unos metros de su acompañante para conversar con el acusado, con quien había mantenido una relación sentimental y quien aprovechó que la víctima se había apartado con él para dispararle en dos ocasiones. El Alto Tribunal fundamenta, en el fundamento de derecho primero de la sentencia, la apreciación de la agravante en los siguientes términos: "...está fuera de duda en el supuesto enjuiciado que la situación de desventaja o indefensión de la mujer fue obtenida en nombre de una relación personal preexistente que concedía al acusado cierto margen de confianza; y dicha situación de ventaja procurada o aprovechada también pertenece a la alevosía apreciada en la instancia."

De una primera lectura de este pasaje pudiera inferirse que el Tribunal Supremo considera siempre embebido el abuso de superioridad en la alevosía; sin embargo, el mismo fundamento jurídico declara que "...no puede afirmarse que, en general, el abuso de confianza sea elemento característico en todos los casos, atendidos los amplios términos de la definición legal".

Un análisis profundo del asunto de la compatibilidad que venimos tratando nos debe llevar a discriminar dos tipos de supuestos:

1. Aquellos en que el logro de la confianza, bien en los actos preparatorios, bien en los de ejecución, sea la base del aseguramiento de la misma y la eliminación de la reacción defensiva de la víctima. En estos casos, el abuso de confianza quedaría absorbido por la alevosía, apreciándose únicamente esta última.
2. Y otros en que la confianza no haya sido buscada de propósito para la comisión del delito, sino que ya venía dada por las previas relaciones autor-víctima. Y en este contexto, surge en el ejecutor la idea de matar y la lleva a cabo utilizando la confianza consciente e intencionadamente para facilitar la ejecución y la modalidad alevosa para asegurarla sin riesgo procedente de la defensa del ofendido.

En esta segunda categoría ambas agravantes son compatibles, ya que una ha facilitado la ejecución y otra ha consistido en el aseguramiento del hecho sin riesgo.

En otras palabras, resulta hipotéticamente asumible que el autor se valga de la confianza depositada en el mismo por la víctima para la más fácil comisión del delito y en el mismo actúe de forma aleve, empleando medios, modos o formas de ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurar el delito sin el riesgo que pueda provenir de la defensa de la víctima. En consonancia, al contrario de lo que ocurre con el abuso de superioridad, no parece imposible que se den casos en los que puedan concurrir ambas agravantes. Esto acontecerá cuando se utilicen medios alevosos que vayan más allá de un aprovechamiento de la relación de confianza existente entre la víctima y el autor.

En el presente supuesto nos decantamos por la no apreciación cumulativa de ambas circunstancias ya que no se encuentra ningún elemento integrante del abuso de confianza, más allá del inherente a la propia naturaleza de la alevosía proditoria, que fuera aprovechado por Avelino .

En definitiva, cualquier otra persona de los que visitaren el piso de Borja , sin tener amistad con éste, pudiera haberse encontrado en una situación en el fallecido se agachare y le volviese la espalda, bien para sacar una



cerveza del frigorífico, o bien por otra razón, situación que otro autor cualquiera hubiera podido aprovechar de idéntica forma."

El Tribunal Superior de Justicia confirmó esta decisión en el fundamento jurídico tercero, descartando añadir a la alevosía tal agravante genérica de abuso de confianza dado que ello no resulta posible en la modalidad sorpresiva o inesperada, pues el abuso de confianza únicamente podría ser un factor que contribuyera a la indefensión de la víctima debido a lo inesperado del ataque.

1.7.- En efecto, tal como destaca el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo: "nos encontramos ante un ataque sorpresivo y a traición que no hacía prever a la víctima tal agresión. Ahora bien, hay que señalar que en los ataques sorpresivos y a traición la alevosía implica, generalmente, el aprovechamiento por el autor de un cierto grado de confianza de la víctima que no espera la agresión; y, en el presente caso, el golpe propinado por Avelino es ya traicioneramente alevoso por el grado de confianza que mediaba con la víctima. La alevosía absorbe el factor consistente en la llamada alevosía menor. Y no debe ser tomado en cuenta separadamente el abuso de confianza para agravar la punición de la conducta del agresor, salvo incurrir en un bis in idem. En el presente caso, como señala la sentencia del TSJ no se declara probado que el ahora recurrente hubiera tomado la decisión de matar a su amigo antes de acceder a la vivienda, siendo así que esa relación de amistad y confianza hubiera sido el único medio de acceder a la misma. Todo ello nos lleva a solicitar la inadmisión del motivo esgrimido."

El motivo, por lo expuesto, se desestima, máxime cuando en la determinación de la pena, la sentencia de instancia, entre las razones que tiene en cuenta para imponerla en la mitad superior, valora la circunstancia, aún sin poderse aplicar técnicamente integrada en la agravante de abuso de confianza de forma concurrente con la agravante de alevosía, "de que la víctima y agresor fuesen amigos desde la infancia. En tal contexto una acción inopinada, de acusada brutalidad y causante de la muerte, presenta ... de algún modo un desvalor añadido respecto de la misma acción cometida por un extraño."

SEGUNDO.- El motivo segundo al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 52 y 70 LOTJ y doctrina legal por no aplicación del delito contra la integridad moral.

Consideran los recurrentes que la decapitación del cuerpo de Borja y posterior introducción de la cabeza en una bolsa que llevó a un parque dejándola en un árbol y al día siguiente su deambulación por distintas calles mostrando la cabeza a algunos viandantes a la par que profería expresiones despreciativas tales como "con esto me voy a hacer un cenicero", constituyen actos que, con independencia del propósito de su autor, objetivamente faltan al respeto debido a la memoria del fallecido, dado que se ofendió la dignidad de sus familiares como la consideración a los difuntos socialmente requerida.

2.1.- Esta cuestión ya fue alegada en el recurso de apelación y resuelta en sentido negativo por el TSJ por entender que:

"Tal comportamiento integra el delito de profanación de cadáver, y ello ya no es discutido en esta instancia. La acusación particular entiende que existe un concurso real con el delito contra la integridad familiar no de la víctima, sino de los familiares, por cuanto tal conducta incrementó su aflicción y los humilló.

Que el comportamiento del acusado que se ha descrito incrementó el dolor de sus familiares es algo no discutible, por obvio. Así ha sido considerado por la sentencia apelada, al incrementar considerablemente el importe de la indemnización por daño moral por el sufrimiento causado por la profanación del cadáver (fundamento de derecho octavo).

Pero no concurren los elementos del tipo del art. 173 CP por cuanto no consta, ni ha sido declarada probada, la intención del acusado de agredir moralmente la dignidad de los familiares, a quienes ni siquiera es seguro que conociera o tratase, y ante quienes no realizó la conducta descrita. Si hubo intención de degradar moralmente habría sido a la víctima, y el daño a sus familiares es reflejo. De seguir la tesis de la acusación particular, no habría caso en el que cometiéndose un delito de profanación de cadáver, no se estuviera cometiendo también el delito contra la integridad moral de los familiares del fallecido.

No hay, en definitiva, vejación contra los familiares, sino profanación de cadáver con el consiguiente daño moral para los mismos, que ha sido tenido en cuenta para fijar la indemnización."

2.2.- Razonamientos que deben ser asumidos en esta sede casacional. La jurisprudencia (vid. s. 20/2011, de 27-1) ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que, exigiendo el tipo que el autor inflija a otro un trato degradante, por éste habrá de entenderse "aquel que puede crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral" (STS 1061/2009, de 26-3). Como elementos de este delito se han señalado (STS 233/2009, de 3-3): "a) un acto de claro e inequívoco



contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto; y, c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito". Como resultado exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o menor entidad.

En este sentido el TS, s. 120/90, de 27-6, ha señalado que el art. 15 CE garantiza "el derecho a la integridad física y moral". Mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

Asimismo, como recuerda la STS 137/2008, de 18-2: "En la sentencia 38/2007 ya dijimos: "...La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos."

En similar sentido, la más reciente STS 157/2019, de 26-3, recuerda como esta Sala ha declarado que esa integridad protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, tomando como referencia la STC 120/1990, de 27-6, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido. Dicho delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial ("infligir a una persona un trato degradante"), y un resultado ("menoscabando gravemente su integridad moral"). Por trato degradante habrá de entenderse, "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral". La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión "trato degradante", que -en cierta opinión doctrinal- parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad lesiva para ello. De manera que por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona. Por lo que hace referencia al resultado se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral. El atentado a la integridad moral debe ser, en consecuencia, grave, debiendo la acción típica ser interpretada a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad, podríamos estar ante una infracción de menor entidad punitiva.

2.3.- En definitiva, el art. 173.1 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años, "al que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral", y guarda una estrecha relación con el art. 15 de la CE, en el que se proclama que "todos tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". El "trato degradante" constituye un elemento normativo del tipo penal que requiere una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su calificación jurídica. El calificativo de degradante indica que se humilla, rebaja o envilece. En el contexto jurídico en el que nos movemos, la degradación debe ponerse en relación con la dignidad de la persona humana, y con el derecho a la integridad física y moral de la misma, inherente a dicha condición, en cuanto que derecho reconocido a todos por el mero hecho de ser personas. Podemos entender, pues, que los tratos degradantes consisten esencialmente en infligir un sufrimiento físico o psíquico tendente a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma.



Pues bien, como bien señala el Tribunal Superior, cuya sentencia se recurre y al que los recurrentes en ningún momento hacen alusión alguna, el hecho de degollar el cadáver y exhibir su cabeza a distintas personas, constituye el delito de profanación de cadáveres por el que ya ha sido condenado, y no el que ahora se demanda, por cuanto no consta probado que esa fuera la intención del acusado al realizar tales actos, máxime si como consta en ningún momento esos actos se perpetraron en presencia de los familiares recurrentes que ni tan siquiera consta que los conociese.

El tipo penal, requiere una acción directa sobre el sujeto pasivo, que en este caso serían los familiares. Como ya hemos apuntado, no se declara probado que la exhibición de la cabeza de la víctima lo fuera a los familiares, por lo que estos, con independencia del daño moral que han sufrido por los dramáticos hechos acontecidos, no sufrieron esa directa degradación a que alude el precepto.

Como precisa la sentencia recurrida "de seguir la tesis de la acusación particular, no habría caso en el que cometándose un delito de profanación de cadáver, no se estuviera cometiendo también el delito contra la integridad moral de los familiares del fallecido."

TERCERO.- Desestimándose el recurso, procede condenar en costas a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Manuela , Juan Pablo , Pedro Jesús , Modesta , Alberto Y Noelia (acusación particular)**, contra la sentencia nº 146/2023, de fecha 20 de abril de 2023, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación Tribunal Jurado nº 1/2023.

2º) Imponer a los recurrentes el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Carmen Lamela Díaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián