

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Sentencia Nº: 1.804/2002

RECURSO DE CASACIÓN Nº: 531/2001P Señalamiento: 23/10/2002

Fecha Sentencia: 31/10/2002

Ponente Excmo. Sr. D.: José M. Maza

VIOLENCIA FAMILIAR: COMPATIBILIDAD ALEVOSÍA Y DOLO EVENTUAL. INAPLICACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE MUERTE, DE LA ATENUANTE DE DROGADICCIÓN.

Muerte de niña de seis meses, por malos tratos de sus padres.

El Tribunal Supremo viene considerando compatible producir la muerte de un bebé, aun no deseándola directamente, con el hecho objetivo de que, tratándose de una persona esencialmente desvalida, la agresión se comete sobre persona indefensa, dada su condición infantil, lo que implica alevosía.

Por otro lado, se considera incompatible con supuestos delictivos en los que los padecimientos tienen una duración temporal dilatada, la atenuación por la vía de la drogadiccción del autor, la cual sólo es posible vincularla a conductas delictivas casi compulsivas y prácticamente instantáneas. Asesinato. Muerte de niña de seis meses a manos de su padre.

Compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual. Lesiones y Maltrato doméstico habitual. Participación de la madre. Improcedencia de la

aplicación a estos delitos como atenuante de la drogadiccción.

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Delgado García D. José A. Marañón Chávarri D. Julián Sánchez Melgar D. José M. Maza Martín D. Gregorio García Ancos

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de dos mil dos.

En el recurso de casación por infracción de preceptos Constitucionales, infracción de Ley y quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal, M.H. y J.M. contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cadiz (Sección 7ª con

sede en Algeciras) que les condenó por delitos de asesinato, lesiones y violencia doméstica, 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. José M. Maza Martin, y estando dichos recurrentes representado por las Procuradoras Sra. Rivero Ratón y Sra. Cendrero Mijarra respectivamente.

### I. ANTECEDENTES

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO A) RECURSO DE M.H.:

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de delitos de Homicidio, Lesiones y Violencia doméstica familiar, a las penas respectivas de doce años y seis meses, cinco años y tres años de prisión, fundamenta su Recurso de Casación en cuatro diferentes motivos, el Primero de ellos al amparo del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por incongruencia omisiva, al no haberse pronunciado la Audiencia, en su Resolución, sobre la concurrencia de las atenuantes 5ª, haber procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, y 6ª, analógica de preterintencionalidad, ambas del artículo 21 del Código Penal, propuestas por la Defensa.

La propia literalidad del precepto mencionado, en sustento del motivo, describe el defecto procesal como aquel que se cometería cuando se omite toda respuesta a alguno de los puntos que hubieren sido objeto de acusación o de defensa.

La doctrina jurisprudencial que ha venido a interpretar ese precepto (SsTS de 30 de Enero y 3 de Octubre de 1997, entre muchas otras) es insistente en proclamar la necesidad de la concurrencia de una serie de requisitos para la constancia de la efectiva presencia del vicio denunciado.

Tales requisitos son: a) una verdadera omisión, laguna o ausencia de pronunciamiento sobre algún extremo, cometida por el Juzgador "a quo" y que no pueda suplirse ni aún acudiendo, incluso con motivo del Recurso de Casación, al contenido implícito de su Resolución;

b) que las pretensiones a que la omisión se refiera hayan sido planteadas, en tiempo y forma adecuados, por cualquiera de las partes;

c) que las mismas versen sobre cuestiones jurídicas tales como la calificación de los hechos, la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la determinación de la pena o la de la responsabilidad civil consecuencia del ilícito enjuiciado, y no sobre la pretensión de que se dé respuesta a determinados aspectos de mero contenido fáctico.

En el presente caso, si bien es cierto que, en efecto, la Sentencia recurrida no da respuesta expresa a la solicitud de las atenuantes referidas, no lo es menos que, de forma implícita pero inequívoca, las rechaza, toda vez que no aprecia actitud alguna reparadora en la conducta de M. y, de otra parte, se extiende en la justificación de la integración del resultado producido por la ilícita conducta del recurrente dentro del dolo eventual que se le atribuye, con lo que resulta del todo incompatible la posibilidad de la antigua figura de la preterintencionalidad, hoy excluida, en cuanto a su mención expresa, del texto legal.

Pero es que, además, la afirmación de la concurrencia de tales atenuantes, en el presente supuesto, resultaría absolutamente infundada ya que, evidentemente, el hecho de trasladar a la niña malherida a un Centro Hospitalario, cuando ya era fatalmente inevitable su fallecimiento, tras meses de malos tratos de considerable gravedad, no puede encontrar acogida en el apartado 5º del artículo 21 del Código Penal. Del mismo modo que tampoco puede hallarlo la alegación de una supuesta preterintencionalidad cuando, como queda dicho, esta figura es frontalmente incompatible con la intencionalidad, siquiera sea en su forma eventual, que, con acierto, se atribuye al autor de los hechos respecto del resultado mortal acaecido.

Lo que revela una inadecuación en la vía casacional empleada y falta de fundamento del motivo, que obliga a su desestimación.

SEGUNDO.- Con el motivo Segundo se plantea, sobre la base del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el artículo 569 de la Ley procesal penal y 11.1 de la ya referida Ley Orgánica del Poder Judicial, al no habersele permitido al recurrente estar presente, o nombrar representante, en la práctica de la diligencia de registro llevada a cabo en su domicilio, máxime cuando, además, se encontraba en situación de detenido.

En tal sentido, al margen del carácter de la infracción sin duda

cometida, que, como dice la Resolución que se recurre, correspondería mas al ámbito de la legalidad procesal ordinaria, que al de la infracción del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, por lo que, lejos de producirse un efecto anulatorio irradiante, proyectado sobre el resto del material acreditativo obtenido, la infracción sería subsanable, mediante la declaración en Juicio, con cumplimiento debido del principio de contradicción, de los funcionarios que practicaron la diligencia defectuosa, lo cierto y definitivo es que, en cualquier caso, la misma intrascendencia del resultado del registro, totalmente prescindible para la acreditación de los hechos enjuiciados, pues, en realidad, sólo se halló, relacionado con éstos, ropas personales y del hogar manchadas de sangre de la niña, dota de irrelevancia absoluta a esta alegación del Recurso.

Razón por la que el motivo también se desestima.

TERCERO.- El motivo Tercero, con apoyo nuevamente en el artículo 5.4 de la Ley Organica del Poder Judicial, denuncia también vulneración de derecho fundamental, en este caso el de presunción de inocencia que ampara al recurrente (art. 24.2 CE), al haber sido condenado, como autor de los delitos de Lesiones y Violencia doméstica, en ausencia de prueba directa valida de su culpabilidad y siendo clara la insuficiencia de la indiciaria mencionada por la Audiencia.

En multitud de ocasiones, cuya cita explícita resulta ociosa por su reiteración, ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal a propósito del concepto, naturaleza, eficacia y alcance procesal del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24. 2 d nuestra

Constitución, que aquí se alega motivando, en su supuesta vulneración, impugnación de la Resolución recurrida.

No obstante, de tan copiosa y pormenorizada doctrina acerca de la presunción de inocencia aquí invocada, sí hemos de resaltar: a) que se trata de un derecho fundamental que toda persona ostenta y, en cuya virtud, ha de presumírsela inicialmente inocente ante las imputaciones que contra ella se produzcan en el ámbito de un procedimiento de carácter penal o, por extensión, de cualquiera otro tendente a la determinación de una concreta responsabilidad merecedora de sanción de contenido aflictivo; b) que presenta una naturaleza "reaccional", o pasiva, de modo que no precisa de un comportamiento activo de su titular sino que, antes al contrario, constituye una auténtica e inicial afirmación interina de inculpabilidad, respecto de quien es objeto de acusación; c) pero, por el contrario y así mismo, que tal carácter de interinidad, o de presunción "iuris tantum", es el

que posibilita, precisamente, su legal enervación, mediante la aportación, por quien acusa, de material probatorio de cargo, válido y bastante, sometido a la valoración por parte del Juzgador y desde la inmediación, de la real concurrencia de esos dos requisitos, el de su validez, en la que por supuesto se ha de incluir la licitud en la obtención de la prueba, y el de su suficiencia para producir la necesaria convicción racional acerca de la veracidad de los hechos sobre los que se asienta la pretensión acusatoria; y d) correspondiendo, en definitiva, a este Tribunal, en vía casacional y tutela del derecho de quien ante nosotros acude, la comprobación, tanto de la concurrencia de los referidos requisitos exigibles a la actividad probatoria, como de la corrección de la lógica intrínseca en la motivación sobre la que la Resolución impugnada asienta su convicción fáctica y la consecuente conclusión condenatoria.

Pero todo ello por supuesto sin que, en ningún caso, resulte permisible que nuestra actividad se inmiscuya en la función estrictamente valorativa de la prueba, que corresponde, en exclusiva, a la soberanía del Tribunal "a quo".

A la luz de los anteriores presupuestos, en el presente caso se advierte que la Audiencia sí dispuso, en realidad, de material probatorio, susceptible de valoración, tal como el constituido, esencialmente, por las declaraciones de los propios acusados, la constancia de alguna referencia a

anteriores denuncias vecinales acerca de la percepción del trato que la niña recibía y, sobre todo ello, el hecho mismo del fallecimiento de ésta, las diferentes lesiones, con evidente etiología dilatada en el tiempo, que ofrecía su cuerpo, sin que hubieran sido objeto de denuncia e investigación previa, y la convivencia exclusiva y permanente con sus progenitores. Indicios todos ellos, suficientemente acreditados, sobre los que se construye con plena racionalidad la inferencia alcanzada por la Audiencia como base de su convicción incriminatoria respecto de la violencia y lesiones cometidas por M..

Elementos acreditativos completamente lícitos en su producción, obtenidos con estricto cumplimiento de los principios rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal y, por consiguiente, susceptibles de valoración por la Audiencia que, a su vez, razona suficientemente la convicción que alcanza, tanto respecto de la realidad histórica de los hechos que declara como probados, como acerca de la conclusión condenatoria con enervamiento del derecho a la presunción de inocencia que al recurrente amparaba.

Debiendo, por lo tanto, desestimar también este motivo, al igual

que se ha hecho con los precedentes.

CUARTO.- El último motivo del Recurso, el Cuarto, se refiere, a través del cauce del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la indebida aplicación del artículo 138 del Código Penal, dada la ausencia de dolo, o ánimo de matar, por parte del recurrente.

El motivo alegado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por el Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza, acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia con exclusividad, como ya antes se dijo.

En este sentido, es clara la improcedencia también del motivo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria y la afirmación de concurrencia de un dolo, al menos en forma eventual, de matar.

Es más, el Tribunal de instancia llega a esta conclusión, de la presencia de tal categoría del dolo cuando, a nuestro juicio, también hubiere sido perfectamente posible, dadas las circunstancias del caso, afirmar incluso la presencia del dolo directo.

No obstante, en línea con la argumentación de la Sentencia recurrida, la fragilidad de una niña de tan corta edad, realzada por el estado físico previo que presentaba, según se desprende del informe de autopsia y los violentos movimientos a los que el recurrente, de acuerdo con lo parcialmente reconocido por él mismo, la sometió, hasta el punto de ocasionarle la muerte, revelan la incuestionable presencia en la mente del autor de la eventualidad del resultado letal de su conducta, a pesar de lo cual prosiguió, con desprecio del mismo, ejecutando tales actos.

En este sentido y, a propósito de la caracterización del dolo eventual y de su perfecto encaje en la descripción de la conducta de M.

("...zarandea de forma brutal y violenta a la niña, en la forma conocida y descrita en el argot médico como "latigazo", causándole lesiones muy graves en el cerebelo, que entra prácticamente en coma..."), podemos

recordar, como ejemplo, la Sentencia de 4 de Junio de 2001, que dice:

"Esta Sala ya expresó en nuestra Sentencia de 21-1-1997, que el conocimiento y la voluntad -componentes esenciales del dolo como actitud consciente y deliberadamente finalística de producción de un resultado dañoso o lesivo- son determinantes por su intensidad del nivel de consentimiento que su titular presta a la acción, más no siempre corren parejos con la objetiva probabilidad del resultado o con el alcance de la actuación exterior. De ahí que quepa hablar de varias clases de dolo, efecto clasificatorio que, si bien sirve con eficacia para discernir matices de la cromatografía culpabilística, en modo alguno rebaja la dosis de responsabilidad que ofrece tal espectro en la zona que no se identifica con la imprudencia (Sentencia de 21-6-1999, que seguimos). Partiendo de tal

concepción, que -por su fórmula sincrética- trata de excluir posicionamientos monopolísticos en favor de tendencias afines al consentimiento, la probabilidad o al sentimiento (todos ellos presentes en el campo doctrinal) debe destacarse que la doctrina de esta Sala apunta definitivamente hacia una conformación ecléctica de la figura del dolo eventual en la que se consignan elementos de probabilidad y actitudes de consentimiento, conocimiento y representación que permiten una aproximación más exacta a los últimos estímulos desencadenantes de la actuación del agente o, lo que es lo mismo, al soporte intencional y volitivo de su acción. En definitiva, el dolo eventual supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. La misma imputación deviene, conocido el acto y sus consecuencias, con la voluntad de realizarlo y con la probabilidad del daño directamente no deseado. Por tanto, el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (SSTS 20-2-1993, 20-10-1997 y 11-2 y 18-3-1998, entre otras)."

Es, por tanto, de todo punto razonable concluir, coincidiendo con la Audiencia, que, cuando el recurrente ejecuta actos de semejante violencia sobre su hija, es sabedor del alcance que los mismos pueden tener sobre la vida de la niña y, a pesar de ello, los lleva a cabo, con el resultado fatal que conocemos.

Por consiguiente, también este motivo y, con él, el Recurso en su integridad, debe ser desestimado.

B) RECURSO DE J. M.

:

QUINTO.- Por su parte, J. M., condenada en la Sentencia de la Audiencia por sendos delitos de Lesiones y Violencia doméstica, a las penas de cinco y tres años de prisión, respectivamente, argumenta también

sobre cuatro distintos motivos su Recurso, aludiendo, el Primero de ellos, con mención del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la infracción de los derechos a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE) y de defensa (art. 24.2 CE), por haberse practicado el registro en su domicilio con su solo consentimiento, prestado cuando se hallaba en situación de detención y sin asistencia Letrada.

En este caso, la ortodoxia de la diligencia probatoria se encuentra, indudablemente, más comprometida que en el supuesto del anterior recurrente (Fundamento Jurídico Segundo), toda vez que se llevó a cabo el allanamiento domiciliario sin la adecuada autorización, por no concurrir ni Resolución judicial habilitante ni válido consentimiento de la moradora, al haberse producido el mismo en situación de privación de libertad (STS de 16 de Mayo de 2000, por ejemplo).

Pero, a semejanza de lo antes dicho, el motivo carece de entidad bastante, a la vista de la irrelevancia del resultado de la diligencia probatoria, a la que ya nos hemos referido. Trascendencia que no ostenta esa diligencia ni por ella misma, con esa consecuencia del hallazgo tan sólo de unas prendas manchadas de sangre, ni por derivación invalidante de la misma, en virtud de lo prescrito en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que la prueba esencial de los malos tratos sufridos por la niña, que no es otra que la constancia de su estado físico descrito en el informe de autopsia, tiene un origen del todo independiente del resultado del registro domiciliario, que le es incluso posterior.

Por ello, este primer motivo ha de desestimarse.

SEXTO.- También el Segundo motivo se fundamenta en el artículo 5. 4 de Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 24.2 de la Constitución Española, por infracción del derecho a la presunción

de inocencia de la recurrente, sin prueba suficiente de su responsabilidad en los ilícitos que se le atribuyen.

Habiendo quedado ya suficientemente expuesto con anterioridad (Fundamen Jurídico Tercero) el ámbito y la trascendencia que en un Recurso como el presente puede tener la revisión acerca de la valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal "a quo", hemos de insistir

también, conforme a lo visto a propósito del anterior recurrente, en la existencia de prueba válida para enervar el derecho a la presunción de inocencia de J. que, al menos en la forma comisiva de comisión por omisión e infringiendo los deberes derivados de su posición de garante, respecto de su hija menor, participó en las Lesiones y Violenc habitual sufridas por ésta, al no impedir, en todo caso, los padecimientos

de la niña, apreciables sin duda alguna ni excusa posible, por las señales y marcas evidentes en su frágil cuerpo, reveladoras de las persistentes y reiteradas agresiones sufridas, a lo largo de los meses de su corta existencia, según consta de lo advertido por los facultativos con el examen llevado a cabo en la autopsia.

Razones las expuestas, por las que el motivo ha de desestimarse.

SÉPTIMO.- El tercer motivo se refiere, con cita del artículo 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba, cometido por el Tribunal "a quo", ante existencia en las actuaciones de documentos que acreditarían la considerable disminución de las facultades psíquicas sufrida por la recurrente, a causa de su grave y prolongada adicción a sustancias psicoactivas.

En efecto, el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradicho por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

La infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio y como ya se ha repetido, todo lo referente a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente a causa de esa excepcionalidad del motivo, la doctrin jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario

cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SsTS de 23 de Junio y 3 de Octubre de 1997, por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "litosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (SsTS de 1 y 18 de Julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de Diciembre de 1992 y 24 de Enero de 1997, entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustitui el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada

al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente y frontal, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de Junio y 24 de Septiembre de 2001).

A partir de estas premisas, el motivo en el presente supuesto claramente aparece como infundado, ya que son del todo acertadas las afirmaciones que efectúa el Fiscal, en su escrito de impugnación del Recurso acerca de que, en primer lugar, el contenido de esos documentos imprecisamente designados no contradicen los Hechos declarados probados, en los que ya se recoge la condición de drogodependiente de J., al menos desde antes de quedar embarazada, del mismo modo que, por otra parte, n cabe establecer la necesaria "relación de sentido" entre esa adicción y las lesiones infligidas a la niña, máxime cuando la dependencia no consta, en modo alguno, que hubiere degenerado en una psicosis tóxica,

único trastorno que por su gravedad y permanencia, habría podido tener verdadera influencia sobre la imputabilidad de la recurrente.

En efecto, salvo cuando el consumo abusivo de las sustancias psicoactivas deriva en la causación de una verdadera psicopatología crónica con deterioro profundo de las facultades mentales y entidad de anomalía o alteración de la psique suficiente en sus efectos para constituir la eximente, completa o incompleta, a que se refieren los artículos 20.1ª y 21Y P del Código Penal, el mero hecho de la toxicomanía requiere una vinculación directa con el delito cometido y, en especial, con los objetivos que, a través de él, se pretenden, para ostentar alguna relevancia atenuatoria. Tal como, por otra parte, de forma expresa se dice en el artículo 21.2ª, cuando se reconoce la circunstancia atenuante sólo si la infracción se cometió "a causa de la grave dependencia" que sufre su autor.

Los informes periciales no recogen un diagnóstico de psicosis sino, tan sólo, de drogadicción, por lo que se ignora qué relación pudiera tener el hecho de esa dependencia, por grave que fuere, con la agresión a la propia hija o, al menos, la permisividad con que esa agresión reiteradamente se produzca.

No concurriendo, en consecuencia, elemento tan esencial para la aplicación de cualquier circunstancia atinente a la imputabilidad cual la denomina "relación de sentido", entre el contenido patológico de la enfermedad y la naturaleza del delito cometido.

Y todo ello incluso toda vez que, a la vista de la duración temporal de los padecimientos sufridos por la víctima, la posible vinculación con la toxicomanía resulta más difícil de llevar a cabo, pues no estaríamos ante la clásica conducta delictiva llevada a cabo de forma casi compulsiva y prácticamente instantánea, ante las urgencias que la adicción impone, sino frente a situación dilatada en el tiempo durante muchas semanas y, por ello, incompatible con una apreciación continuada, a lo largo de todo ese discurrir, de la permanente concurrencia sobre J. de los efectos de su drogadicción.

Por consiguiente, el motivo, sin más, ha de desestimarse.

OCTAVO.- El motivo Cuarto y último de este Recurso se apoya en el artículo 849.1º de la Ley de ritos, por indebida inaplicación del artículo 21.1ª, en relación con el 20.1ª, o, alternativamente, del 21.2ª del Código Penal, debiendo apreciarse la toxicomanía de la recurrente como eximente incompleta o, al menos, atenuante de su

responsabilidad criminal.

La absoluta dependencia de este motivo respecto del anterior y puesto que, al no admitirse aquel, los Hechos Probados de la Resolución de instancia se mantienen completamente inalterados, no pudiendo ser sustento de la pretensión aquí deducida, hacen que también este motivo y, con él, el Recurso en su integridad hayan de ser desestimados

C) RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL:

NOVENO.- El Ministerio Público incluye un Unico motivo en su Recurso, interesando, sobre la base del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento, la aplicación del artículo 139.1 del Código Penal, al considerar el hecho enjuiciado de la muerte de la niña como un delito de Asesinato y no de Homicidio (art. 138 CP) como, a su juicio incorrectamente, fue calificado por la Audiencia. Pues concurre la agravante, en este caso específica, de alevosía, plenamente compatible, según el Fiscal, con el "dolo eventual" atribuido a M..

La Audiencia, por su parte, consideró incompatible el dolo eventual apreciado en la conducta del autor del hecho con la posible concurrencia de la alevosía.

Y, a este respecto, conviene recordar que ya tiene dicho la doctrina de la Sala que "...la pretendida incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente que esgrime el recurrente no se convierte en obstáculo calificador insalvable como aquél pretende, pues es perfectamente diferenciable en un comportamiento como el enjuiciado, una directa y decidida intención y voluntad de dar cumplimiento a finalidades aseguradoras para la ejecución y para el propio actuante así como sobre la indefensión de la víctima (parcela ésta del comportamiento alevoso que aparece diáfana en el actuar del agente que espera o busca deliberadamente una situación de relajamiento más propicia para la sorpresa) de una actitud intencional que no completa

el agotamiento de la determinación de dañar respecto a la causación del daño o lesión en sí misma si no en cuanto a la aceptación de su resultado-, supuesto del dolo eventual en el que, no obstante representarse aquél como probable, sin embargo es consentido o aceptado Referencia -la del resultado- que, válida e imprescindible para determinar la graduación del dolo, no debe extenderse a dicha circunstancia como pretende quién recurre aludiendo a una corriente doctrinal y jurisprudencial de la que son exponentes sentencias como las de

16-3-88, 13-4-93, 11-7-94 y 29-1195, sino que debe desconectarse de la Alevosía, según se afirma en la resolución combatida de acuerdo con Sentencias de esta Sala de 16-3-81, 20-11-93 y 21-1-97, pues la definición legal de la Alevosía, tanto en el Código derogado como en el actual, a lo que hace referencia es a asegurar la ejecución y, en el caso de autos, el procesado lanza el golpe con la navaja de forma tan imprevista y sorpresiva que asegura su ejecución, y ello, con independencia de que tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara ese efecto como consecuencia de su acción, no se haya producido el resultado de la muerte por la rápida intervención facultativa a que fue sometida la víctima." (STS de 21 de Junio de 1999, que recogía doctrina expuesta ya en la anterior, de 21 de Enero de 1997, y que sería seguida por la ya mencionada de 4 de Junio de 2001).

Criterio que había sido, así mismo, el aplicado, para un supuesto que guarda gran analogía con el que aquí se enjuicia, por la STS de 20 de Diciembre de 1993, cuando afirmaba: "...aunque se haya debatido la posibilidad de estimar el delito de asesinato como comisible por dolo eventual, ello ha sido sólo en cuanto no cabe admitir la eventualidad o condicionalidad de las circunstancias que conforme el art. 406 CP cualifican el homicidio, para convertirlo en aquél delito más grave. Pero si respecto a la circunstancia cualificativa concurrente se da la plena consciencia, esto es, aparece abarcada por la inteligencia o comprensión del autor, y es querida o realizada la acción con tal circunstancia por el sujeto, nada puede oponerse a la existencia del asesinato solo por que lo comprendido eventualmente por el dolo sea la muerte (vid. S 16 marzo 1991). En el supuesto de autos es evidente que aunque el dolo de muerte pudo haber sido sólo eventual, lo que si era directa y plenamente conocida y querida por el acusado era la condición desvalida de la víctima que, por su corta edad, no podía ofrecer obstáculo alguno o la acción agresiva de aquél, se produjera esta como se produjera. Y sabido es que la condición

infantil del sujeto pasivo, en cuanto encierra por si misma una indefensión, constituye una de las modalidades de la alevosía, recogida ya en

nuestro Derecho histórico por la circunstancia 3ª, art. 609 CP de 1822, que incluía en la definición del asesinato por alevosía el actuar contra persona indefensa, y destacada por la jurisprudencia de esta Sala, que especialmente incluye en esa clase de personas desvalidas o indefensas a los niños (SS 13 noviembre 1991; 17 mayo 1992; 14 enero ; 4 febrero ; 2 abril 1993 por citar las más recientes). Lo que aparece confirmado, como reflejo de la existencia en tal sentido de un claro sentimiento social, en el Proyecto de CP de 1992, cuyo art. 21.1º, actualizando aquel criterio del primero de nuestros Códigos penales, define la alevosía agregando a la fórmula vigente la cláusula "o cuando el hecho se ejecutara sobre persona absolutamente indefensa". Por todo lo que, dado el carácter esencialmente objetivo y no susceptible de ser ignorado de la condición infantil y desvalida de la persona sobre el que el acusado realizó su agresión, la alevosía, ya apreciada por la Sala "a quo", concurre como cualificante de su conducta, ejecutada con dolo eventual de muerte."

No cabe sino compartir, por plenamente razonable, la anterior argumentación. Si el autor del homicidio se representó la eventualidad causar la muerte y, aún no deseándola directamente, la aceptó al despreciar la posibilidad de evitar tal grave resultado interrumpiendo su acción, evidentemente era consciente de que esa muerte se cometía sobre un ser tan indefenso como una niña de seis meses de edad y seriamente afectada en su estado de salud por severos maltratos previos.

Por lo que no debe excluirse la agravante de alevosía, que está sin duda presente en la conducta de M., no bajo las formas de "traición" ni de "ataque sorpresivo", sino en la más objetiva, descrita por la Jurisprudencia como característica más genuina de la "cobardía común", la actuación que se aprovecha o prevalece en situaciones especiales de desvalimiento (STS de 21 de Junio de 1999).

No sólo la corrección técnica de la compatibilidad de la agravante con el carácter del elemento culpabilístico (dolo eventual) es irreprochable, sino que la propia gravedad de la conducta enjuiciada lleva de modo plenamente natural a la calificación de los hechos, contenidos en la completa descripción de la Sentencia recurrida, como un delito de

Asesinato, tal y como interesa el Fiscal, en este caso desde su posición de recurrente, y de acuerdo con lo que ya se ha afirmado en Resoluciones como la más arriba mencionada, de 4 de Junio de 2001, que, en referenciando al significado de la alevosía, enumera como elementos caracterizadores y justificativos de la misma, los siguientes: "a) En cuanto a la dinámica de su actividad: un aseguramiento del resultado sin riesgo para el agente, eliminando la defensa que pudiera existir por parte del ofendido con lo que se pone de relieve el cariz predominantemente objetivo, a través del aseguramiento de la ejecución y de la indefensión de la víctima. b) En cuanto a la culpabilidad: la presencia no solamente del dolo proyectado sobre la acción del agente, sino además un ánimo tendencial dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo del delito, mediante el cual, se pone de relieve cierta vileza o cobardía en el obrar. c) Que, a través del enjuiciamiento, se capte una mayor repulsa social de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva el resultado (v. SS. de 24 de mayo de 1982, 10 de mayo de 1984, 25 de febrero de 1987 y 24 de enero de 1992)."

El Recurso, por todo ello, debe estimarse, procediéndose a dictar, a continuación, la correspondiente Segunda Sentencia, que recoja, en forma adecuada, las consecuencias derivadas de esta estimación.

D) COSTAS:

DECIMO.- A la vista del contenido desestimatorio de la presente Sentencia, en cuanto a la integridad de los Recursos interpuestos por los condenados, deben imponerse a éstos las costas ocasionadas por sus Recursos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los Recursos de Casación interpuestos por las Representaciones de M.H. y J. M. , estimando íntegramente el del Ministerio Fiscal, contra la Sentencia dictada por la Sección Séptima (Algeciras) de la Audiencia Provincial de

Cádiz, en fecha de 17 de Mayo de 2001, por delitos de Homicidio, Lesiones y Violencia doméstica, que casamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia

Se imponen a los recurrentes cuyas pretensiones se desestiman las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

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