

Roj: **STS 67/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:67**Id Cendoj: **28079120012019100012**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/01/2019**Nº de Recurso: **10353/2018**Nº de Resolución: **707/2018**Procedimiento: **Penal. Jurado**Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10353/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 707/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 15 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10353/2018P, interpuesto por el condenado **D. Feliciano** representado por el procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa bajo dirección letrada de D. Francisco Javier Notivoli Escalonilla; por la acusación particular ejercida por **D.ª María Inmaculada y D. Genaro** representados por la procuradora D.ª Eugenia Pato Sanz bajo dirección letrada de D.ª Rosa María Fernández Hierro, y por **D. Gustavo** representado por la procuradora D. Begoña Uriarte González bajo dirección de D.ª Rosa María Fernández Hierro y por la acusación popular ejercida por el **GOBIERNO DE ARAGÓN**, representado por el letrado de la Comunidad Autónoma, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Aragón, de fecha 4 de mayo de 2018 por la que se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm 350/2017 del Tribunal del Jurado dictada el 30 de noviembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza instruyó el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 con el núm. 1/2016 por delito de asesinato contra D. Feliciano , y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, en la que



vista la causa por el Tribunal del Jurado (Rollo núm. 47/2017) dictó sentencia en fecha 30 de noviembre de 2017 que contiene los siguiente **hechos probados**:

"Expresamente se declaran probados, de acuerdo con el veredicto emitido por el Jurado, que ha tomado como elementos de convicción, las declaraciones de los padres y de uno de los hermanos de la víctima, las declaraciones de dos testigos-vecinos del inmueble, las declaraciones de los agentes policiales que intervinieron en la investigación y los diversos dictámenes periciales practicados tanto por los médicos forenses como por los policías nacionales que intervinieron en tal carácter de peritos, los hechos siguientes:

El encausado Feliciano , en la fecha de los hechos objeto de este procedimiento era mayor de edad y carecía de antecedentes penales. En la indicada fecha (16-12-2015) el encausado era esposo de D^a Carmen (nacida el NUM000 -1971) y convivían, como domicilio común, en un piso sito en la AVENIDA000 n° NUM001 , Escalera NUM002 , piso NUM002 , en la ciudad de Zaragoza.

A través de un chat, Carmen conoció a una persona residente en Barcelona (D. Pio) intercambiándose (desde, al menos, el día 6 de Diciembre hasta el día 15 de Diciembre del propio año) mensajes de Whatsapp, muchos de ellos de contenido afectivo y **sexual**. El matrimonio se encontraba desde un tiempo atrás, como consecuencia de lo anterior, en una situación de crisis, habiéndose planteado D^a Carmen su separación o divorcio. El encausado estaba enojado con su esposa, por estar manteniendo relaciones **sexuales** con un tercero y por ser humillado por su esposa en las conversaciones entre Carmen y el referido tercero.

El encausado no aceptaba los criterios económicos formulados por su esposa para repartir el patrimonio, como consecuencia de la separación o divorcio: Le angustiaba en particular que su mujer le plantease que iba a reclamar los derechos que legalmente le pudieran corresponder, también le angustiaba el que su esposa le pidiera que quería asesorarse por terceros, a fin de reclamar lo que pudiera corresponderle económicamente, a raíz de la separación.

Sobre las 5,15 horas del día 16-12-2015 el encausado y su esposa, estaban en la cama de matrimonio que compartían, acostados. La luz de la mesilla de noche estaba encendida. La víctima estaba descansando, en estado de relax, confiada y desprevenida, siendo el inculpaado conocedor de la situación de desvalimiento en que se encontraba.

En la hora indicada, el encausado se levantó de la cama, se dirigió a la cocina, cogió un cuchillo de unos 17x3 centímetros y se dirigió con él en la mano a la cama, donde se encontraba su esposa dormida o semidormida o, simplemente desprevenida. Se encontraba tumbada en la cama y en esa posición el procesado le propinó, sin que pudiera la víctima percatarse de tal acometida diversas puñaladas, actuando de manera inesperada y sorpresiva lo que le impidió a Carmen reaccionar de manera eficiente. Carmen , al notar las cuchilladas intentó defenderse provocándose diversos cortes en las manos (en concreto, 14 heridas) pero lo cierto es que no pudo impedir que fuera apuñalada hasta 42 veces en diversas partes del cuerpo, localizadas en macizo craneo-facial, cuello y abdomen; heridas incisas y penetrantes que causaron su muerte (alevosía).

En el curso del acontecimiento, Carmen cayó o se tiró al suelo, en el estrecho espacio entre la cama y las cortinas, espacio en el que el inculpaado siguió propinándole puñaladas hasta causarle la muerte; siendo la última puñalada la que le causó en la zona cervical inferior, en la que incrustó el cuchillo clavado: cuchillo que atravesó toda la cavidad torácica, llegando a empotrarse en la pared posterior, provocando a su paso lesión pulmonar y severa hemorragia y siendo la trayectoria del arma antero-posterior, de arriba abajo y ligeramente inclinada a la derecha. Tal herida aceleró definitivamente el momento de la muerte de Carmen , que se produjo por "shock" hemorrágico.

En la inspección ocular realizada por la policía pudo observarse que la habitación estaba ordenada debidamente, sin ningún signo de haber habido una pelea violenta, más allá de la cama y el cuerpo ya fallecido de Carmen .

En el curso de los pocos minutos que duraron los acontecimientos, varios vecinos escucharon gritos de Carmen , pidiendo auxilio, diciendo "socorro, socorro que me mata", sin escuchar ninguna voz masculina y sin que oyeran ninguna discusión previa entre la pareja. La víctima, mientras pudo gritó y pidió socorro, lo que duró un breve espacio de tiempo, dado que las primeras cuchilladas la dejaron ya malherida.

Alertados por tales gritos, vecinos del inmueble (el Sr. Jose Enrique y la Sra. Nieves) avisaron a la policía que llegó en pocos minutos. La policía acudió al domicilio familiar, en virtud de aviso de la Central del 091 que les alertó de una disputa familiar, mecanismo que se puso en marcha por las llamadas recibidas en las centralitas de los vecinos, al haber escuchado los gritos referidos ("socorro, socorro, que me mata"). Cuando el inculpaado abre la puerta a la policía, estaba vestido con una camiseta que se acaba de poner y con el pantalón del pijama, estando este con las perneras empapadas de sangre, especialmente la pernera izquierda y manifestó que había matado a su mujer.



Las heridas producidas a la víctima superan, con mucho, las necesarias para causar la muerte, lo que incrementó de manera innecesaria el sufrimiento y el dolor de la víctima, hecho deliberadamente buscado de propósito por el acusado (ensañamiento).

En el momento en que el encausado causó la muerte de la víctima, tenía plenamente conservadas sus facultades intelectuales y volitivas, para saber lo que hacía (no disminución de la imputabilidad).

El inculpado, que tenía capacidad económica para hacerlo, se resistió a asumir sus responsabilidades pecuniarias, hasta un momento tardío (no atenuante de reparación del daño).

Entre el acusado y la víctima, al tiempo de los hechos de autos, existía una relación de parentesco y relativo afecto, pese a solicitar la víctima la separación o divorcio, hasta el punto de seguir durmiendo juntos en la misma cama de matrimonio (agravante de parentesco).

Las acciones llevadas a cabo por el encausado están dentro de una relación de dominación. Tales acciones tienen su origen inmediato en la decisión de la víctima de solicitar el divorcio. Durante el matrimonio el encausado había impuesto sus condiciones, en el estilo de vida de la pareja, haciendo prevalecer sus decisiones en todos los temas importantes, alejándola y aislándola paulatinamente de su familia y su entorno (agravante "**violencia de género**").

El encausado, tras cometer el crimen, tuvo tiempo de lavarse y de cambiar de camiseta, y no procedió a llamar a la policía ni a pedir auxilio sanitario. Posteriormente no prestó formalmente declaración ni en Comisaría ni en el Juzgado, por lo que tuvieron que realizarse todas las averiguaciones policiales necesarias para el esclarecimiento de los hechos. No consta que su conducta produjera algún efecto beneficioso en el procedimiento penal que se inició a raíz de los hechos de autos (atenuante analógica de CONFESION).

El acusado Feliciano, al propinar las puñaladas a Carmen, tenía la intención clara y directa de causarle la muerte. En el veredicto del Jurado se consideró el inculpado como CULPABLE de los hechos enjuiciados (los contenidos en las proposiciones declaradas probadas)".

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

"En atención a lo expuesto y conforme al veredicto del Jurado,

CONDENO al acusado Feliciano como autor responsable de un delito de asesinato del art. 139.1º y 3º del C.P., con las agravantes mixta de parentesco (art. 23) y **violencia de género** del nuevo art. 22.4 ambos del C. Penal a la pena de VEINTIDÓS AÑOS, SEIS MESES y UN DÍA (22 años, 6 meses y 1 día), con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de duración de la condena y al pago de las costas procesales causadas.

Asimismo, conforme el art. 106.1, se le impone la libertad vigilada durante el tiempo de DIEZ AÑOS después de terminado el cumplimiento de la pena de prisión, aplicándose las medidas previstas en las letras g) y h) del propio número 1 del referido art. 106, lo que supone la prohibición de residir o acudir al lugar del domicilio o estancia de los padres de la víctima o de sus hermanos.

Como responsabilidad civil el acusado indemnizará a D.ª María Inmaculada y D. Genaro, en la cantidad de 75.000 euros a cada uno de ellos, más la suma de 5.723,04 euros por los gastos producidos por el sepelio de la víctima y la limpieza del domicilio, más los intereses legales.

Hágase pago en este concepto de la cantidad consignada en autos, a cuenta de la indemnización.

Instrúyase a los perjudicados una vez firme esta resolución, del contenido de la Ley 35/1995, y notifíqueseles la presente resolución.

Cúmplase, una vez firme la presente resolución, cúmplase lo dispuesto en la disposición final duodécima de la Ley 26/2015, de 28 de julio, y en lo relativo a la comunicación de la presente resolución a los organismo en ella referidos habida cuenta que la referida disposición introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal una nueva disposición adicional quinta, en la parte que afecta a este pronunciamiento, es del tenor literal siguiente: "*Los secretarios judiciales de los juzgados y tribunales comunicarán al Instituto Nacional de la Seguridad Social, al Instituto Social de la Marina y a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas,... las resoluciones judiciales firmes que pongan fin a los procedimientos penales. Dichas comunicaciones se realizarán a los efectos previstos en los artículos 179 ter, 179 quáter, 179 quinquies y 179 sexies del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio y en los artículos 37 bis y 37 ter del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.*"

Se acuerda el comiso del cuchillo empleado como instrumento del delito cometido.

No ha lugar a elevar petición al Gobierno para la concesión del indulto.



Y para el cumplimiento de la pena principal que se impone, le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por razón de esta causa, que consta en el encabezamiento de esta resolución, siempre que no le hubiese sido computado en otra.

Así por esta mi sentencia, contra la que puede interponerse recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, anunciado ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial dentro del plazo de diez días contados a partir del siguiente al de la última notificación, y de la que se llevará certificación al rollo de Sala, lo pronuncio, mando y firmo".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Feliciano . Las acusación particular ejercida por D.^a María Inmaculada , D. Genaro y D. Gustavo ; la acusación popular ejercida por el Gobierno de Aragón y el Ministerio Fiscal impugnaron el recurso de apelación interpuesto; dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Aragón, en fecha 4 de mayo de 2018, en el Rollo de Apelación del Tribunal del Jurado núm. 1/2018, cuyo Fallo es el siguiente:

"Primero.- Estimar, en parte, el recurso de apelación deducido por la representación del acusado Feliciano , contra la sentencia de 30 de noviembre de 2017, aclarada por auto de 4 de diciembre del mismo año, dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Zaragoza, recaída en procedimiento de la Ley del Jurado 1/2016, en cuanto a la no procedencia de la aplicación de la circunstancia agravante de **violencia de género** y a la no aplicación de la atenuante de reparación del daño

Segundo.- El fallo quedará sustituido por el siguiente:

"Condenamos al acusado Feliciano , como autor responsable de un delito de asesinato del artículo 139.1 y 3 del CP, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco y la atenuante de reparación del daño, a la pena de VEINTIDÓS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de duración de la condena".

Tercero.- Confirmamos los pronunciamientos de la sentencia recurrida sobre costas, medida de libertad vigilada, comiso, responsabilidad civil y demás pronunciamientos.

Cuarto.- Declaramos de oficio las costas del recurso de apelación".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación del condenado D. Feliciano y por la acusación particular ejercida por D.^a María Inmaculada , D. Genaro y D. Gustavo que se tuvieron 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.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Recurso interpuesto por D. Feliciano

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 882 LECr.:

Por vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 y 120 CE), por indebida aplicación del art. 139.1º y 3º del C.Penal (delito de asesinato) y correlativa falta de aplicación del art. 138 CP (delito de homicidio).

Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación al art. 9 CE (interdicción de la arbitrariedad) y 120 CE (derecho a obtener resoluciones judiciales debidamente motivadas). Por falta de motivación o fundamentación a la hora de fijar el quantum de la responsabilidad civil.

Motivo Segundo.- Por Infracción de Ley del artículo 849. 1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en concreto, por inaplicación indebida de los artículos 21.4. del Código Penal (cooperación o confesión), y de los artículos 21.1ª y 7ª del Código Penal en relación con el artículo 20.1. del Código Penal (alteración psíquica).

Motivo Tercero.- Por Infracción de Ley del art. 849.1 y 2 y 855 LECr. Infracción de Ley por inaplicación indebida de circunstancias agravantes, art. 139.1 CP (alevosía), art. 139.3 CP (ensañamiento), y art. 23 CP (parentesco).

Recurso interpuesto por D.^a María Inmaculada y D. Genaro

Motivo Único.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849 LECr., por inaplicación del artículo 22.4 CP, la agravante de desprecio de **género**.

Recurso de Gustavo

Motivo Único.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849 LECr., por inaplicación del artículo 22.4 CP, la agravante de desprecio de **género**.



Recurso Gobierno de Aragón

Motivo Primero.- Por infracción de ley, conforme a lo previsto en el art. 847.1 a) y 849 1º LECr., por infracción del artículo 22.4 CP-

Motivo Segundo.- Por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, al amparo del art. 24.2 CE conforme a lo previsto en el art. 852 LECr.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el condenado impugnó los recursos interpuestos por las acusaciones; la representación procesal de D.^a María Inmaculada y D. Genaro solicitó la inadmisión del recurso interpuesto por el condenado, interesando subsidiariamente su inadmisión y mostrando su adhesión a los recursos interpuestos por D. Gustavo y por el Letrado de la Comunidad Autónoma; la representación de D. Gustavo, igualmente interesó la inadmisión del recurso interpuesto por D. Feliciano, solicitando subsidiariamente la inadmisión del mismo, mostrando su adhesión a los recursos interpuestos por la acusación particular y popular; el letrado de la Comunidad Autónoma, solicitó la desestimación del recurso interpuesto por el condenado, adhiriéndose a los recursos interpuestos por ambas acusaciones particulares; el Ministerio Fiscal interesó la admisión de los motivos de la acusación particular y popular, y la inadmisión de todos los motivos de la defensa, solicitando subsidiariamente la desestimación de los mismos con arreglo a las consideraciones manifestadas en su informe de fecha 11 de septiembre 2018; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de diciembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Feliciano

PRIMERO.- El recurrente, condenado por delito de asesinato, cualificado por alevosía y ensañamiento, con la concurrencia de las circunstancias agravante de parentesco y atenuante de reparación del daño, recurre en casación la sentencia dictada en apelación contra la dictada por la Audiencia Provincial en su formación de Tribunal de Jurado.

1. Por ende, satisfechas las exigencias de la doble instancia, conviene recordar con la doctrina de esta Sala, por todas la STS 476/2017, de 26 de junio, que frente a la sentencia resolutoria del recurso de apelación contra la que se plantea el recurso de casación, el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del **control** casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, o la tutela judicial efectiva, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECr, sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones, que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación. Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECr.

Pese a ello el primer motivo que se formula en su primer apartado, es por vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 y 120 CE), por indebida aplicación del art. 139.1º y 3º CP (delito de asesinato) y correlativa falta de aplicación del art.138 CP (delito de homicidio).



2. Argumenta respecto de la alevosía que la víctima se defendió y opuso fuerte resistencia; lo que infiere del relato fáctico cuando expresa que "... al notar las cuchilladas intentó defenderse... pero no pudo impedir que fuera apuñalada..."; y los informes periciales que explican las catorce heridas en las manos consideradas de defensa; y que tras las primeras heridas en la cama, la víctima se movió, se sentó en la cama ó se levantó apoyándose hacia las cortinas como lo demuestra el hecho de las manchas de sangre de apoyo, en el borde de la cama; unido a que los gritos de socorro, indican los vecinos duraron varios minutos.

Tales asertos, no enervan la concurrencia de los presupuestos fácticos determinantes de la alevosía; como literalmente indica el Ministerio Fiscal, estamos ante un caso prototípico de la agravante. La víctima está descansando, dormida o al menos desprevenida; el acusado se acerca a la cama con un cuchillo y la apuñala sorpresivamente en varias ocasiones. Hasta 42 veces llegó a hacerlo. ¿Qué defensa cabe contra ese ataque? Puede haber resistencia a recibir alguna puñalada, pero defensa no la hay. La víctima recibió cortes en las manos porqué intentaba parar los golpes, pero no podía ejercer ni defensa ni huir del escenario: estaba perdida, y el acusado había buscado deliberadamente esa situación.

En la aplicación de la alevosía, la indefensión no se aprecia solo cuando el ataque ha sido súbito e inesperado, sino también siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia mínimamente eficaz de la que pudiera surgir algún riesgo para el agresor; así la STS 124/2018, de 15 de marzo, con cita de la 626/2015, de 18 de octubre:

(...) se hace preciso recordar que en la sentencia 856/2014, de 26 de diciembre, se señaló que la indefensión no es de apreciar solo cuando el ataque ha sido súbito e inesperado, sino también siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia mínimamente eficaz de la que pudiera surgir algún riesgo para el agresor. Por eso, la defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido no es la meramente pasiva, como huir o esconderse del atacante, sino la activa que procede de los medios defensivos con los que cuente (SSTS 316/2012, de 30 de abril, y 25/2009, de 22 de enero); de suerte que la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible la alevosía con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

Y en la misma sentencia 856/2014, citando la 25/2009, de 22 de enero, se afirma que la defensa de la víctima no puede ser medida bajo parámetros de la posibilidad de ocultamiento, o de la utilización de cualquier clase de parapeto en donde refugiarse. La defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido no es la meramente pasiva (correr u ocultarse de la línea de fuego), sino la activa, procedente de los medios defensivos con los que cuente. Y matiza después que una cosa es la defensa del ofendido, y otra la actividad de mera protección del mismo. Dicha protección no puede ser considerada, en el sentido legal dispuesto, como defensa del ofendido, pues no compromete en modo alguno la integridad física de aquél, ni le pone en ninguna clase de riesgo. La indefensión no es de apreciar sólo cuando el ataque ha sido súbito e inopinado, sino siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia eficaz al ataque. Esto ocurre por regla cuando los atacantes superan claramente en número a la víctima o cuando el atacante está armado y el sujeto pasivo está desarmado. La simple posibilidad abstracta de huida de la víctima no aumenta su capacidad de defensa.

En autos, incluso en consideración al propio alegato del recurrente, ninguna posibilidad real de defensa media por parte de quien se encuentra tumbada en la cama dormida o semidormida, ante el ataque armado de quien desde un plano superior, de pie, le propina sucesivas cuchilladas; por más que intentara protegerse con las manos de las arremetidas con el cuchillo de 17 por 3 centímetros e incluso lograra, ya herida, incorporarse para restar sentada o con auxilio de las cortinas alguna verticalidad; ninguna eficacia defensiva relevante devenía contra el agresor y la acción homicida.

3. Respecto del ensañamiento, niega que se causaren heridas gratuitas, dirigidas exclusivamente a aumentar el dolor de la víctima; sino que todas ellas, en general, causaron la muerte; el hecho de que la víctima recibiera 42 puñaladas, afirma, no acredita el ánimo de causar dolor acompañando al de matar, sin que se haya acreditado este elemento subjetivo.

Efectivamente, a veces el número de las puñaladas no evidencian el "lujo de males" que implica el ensañamiento; pero en autos, aún descontando las 14 heridas defensivas, restan aún 28, que como bien expresa el Ministerio Fiscal, evidencian un propósito de causar sufrimiento; no son golpes lanzados cuando la víctima ha fallecido ya, al contrario, el acusado golpeaba sin propósito de que el siguiente fuera el definitivo; golpes al cuello cabelludo, golpes en zona lumbar y abdomen con evisceración incluida; auténtica saña que culmina con una cuchillada final al cuello que aloja el cuchillo en la columna vertebral.



4. Sin enunciación previa, también alude a la indebida aplicación de la agravante mixta de parentesco, pues la relación matrimonial se encontraba deteriorada, pues existía una supuesta infidelidad conyugal y discusiones sobre temas económicos.

Resulta incomprensible que se fundamente en vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuando expresamente se reconoce que en la declaración de hechos probados se recoge que la relación matrimonial estaba rota y que no existía interés económico.

En todo caso, el motivo necesariamente es estéril; desde la reforma del artículo 23 CP, operada por la LO 11/2003, integra la circunstancia mixta de parentesco, entre otras concreciones, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad. Consecuentemente, la afectividad ya no es exigida, basta la circunstancia objetiva de que esa relación exista o haya existido en el pasado. De forma que es reiterada jurisprudencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo que el afecto no forma parte de los elementos o circunstancias exigidas para la aplicación de esta agravante; el texto legal ni siquiera exige la presencia actual de la relación, sino que se expresa como "ser o haber sido" (SSTS 565/2018, de 19 de noviembre, con abundante cita de resoluciones previas).

SEGUNDO.- En incorrecta técnica casacional, también dentro del primer motivo, alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación al art. 9 CE (interdicción de la arbitrariedad) y 120 CE (derecho a obtener resoluciones judiciales debidamente motivadas), por falta de motivación o fundamentación a la hora de fijar el quantum de la responsabilidad civil.

Pero además, incurre en otra irregularidad, cual es cuestionar *per saltum*, un motivo no formulado ante el Tribunal Superior de Justicia. El recurso es contra la sentencia de apelación dictada por TSJ; y éste no pudo pronunciarse sobre un motivo no alegado. El recurrente en apelación, sólo aludió y en sede de presunción de inocencia, a la falta de prueba de los elementos que determinan la responsabilidad civil; y tal cuestión recibió adecuada respuesta: *el ejercicio de la acción civil juntamente con la penal en el proceso de esta clase, no afecta a los requisitos y exigencias de acreditación de los elementos configuradores de la acción civil, que se rige por los principios de rogación, congruencia y aportación de parte, sin que la presunción de inocencia tenga virtualidad al respecto.*

Efectivamente, la presunción de inocencia no es aplicable al ámbito de las responsabilidades civiles (al menos cuando, como ahora es el caso, es atinente a contenido patrimonial). No alcanza a los hechos que dan lugar a responsabilidad civil (STS núm. 302/2017, de 27 de abril); es hoy doctrina uniforme el considerar aplicable la presunción de inocencia exclusivamente en el ámbito del proceso penal (con su natural extensión al derecho sancionador), en la formulación del juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente (STC 30/1992, de 18 de marzo).

Doctrina congruente, con todos los convenios internacionales que la reconocen; y así en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), cuyo artículo 11.1 establece que *"toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad"*; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), cuyo artículo 14.2 dispone que: *"toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"*; o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), cuyo artículo 6.2 proclama que *"toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida"*.

El motivo se desestima.

TERCERO.- El segundo motivo lo formula por infracción de Ley del artículo 849. 1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en concreto, por inaplicación indebida de los artículos 21.4. del Código Penal (cooperación o confesión), y de los artículos 21.1ª y 7ª del Código Penal en relación con el artículo 20.1ª del Código Penal (alteración psíquica).

1. Respecto a la concurrencia de la *alteración psíquica*, invoca el del informe psiquiátrico forense, ratificado en el Juicio oral que "se intuye que tal vez el Sr. Feliciano hubiera podido tener un estado afectivo-emocional descompensado, debido al agotamiento psicofísico secundario a las diversas circunstancias previas al día de autos, deterioro de la relación de pareja, supuesta infidelidad conyugal, discusiones sobre temas económicos, déficit de sueño etc. Que pudieran haber influido en su comportamiento final. La presente afirmación no supone en absoluto el reconocimiento de una abolición de sus facultades mentales en el momento de los hechos, pero sí tal vez la existencia de una ligera disminución de su capacidad volitiva."; que el propio acusado manifestó a su hermano que se le había ido la olla y los Policías que declararon en la segunda sesión del juicio que dijeron que habían acudido al lugar de los hechos y vieron al acusado en estado de shock, como "ido".

2. Es reiterada jurisprudencia que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación



ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al **control** de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECr se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECr han de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

3. En autos, el relato de hechos probados indica que *en el momento en que el encausado causó la muerte de la víctima, tenía plenamente conservadas sus facultades intelectuales y volitivas, para saber lo que hacía*; consecuentemente la causa de inadmisión del art. 884.3 LECr, por no respetarse los hechos probados, deviene ahora en causa de desestimación.

4. También invoca el amparo del art. 849.2º LECr, pero este motivo reside en prueba que no sea tributaria de la indemnización; mientras que el recurrente, no argumenta ni designa documento del que resulte el error que invoca. Tampoco tiene esta naturaleza un dictamen pericial que ha sido objeto contradicción en la vista oral; y en todo caso, en los términos de mera hipótesis, "pudiera", "tal vez", que se recogen sus conclusiones, en modo alguno goza de la literosuficiencia que el motivo exige del documento que lo fundamente. En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico; y tampoco autoriza una revisión genérica de la valoración de la prueba, como pretende el recurrente.

CUARTO.- 1. En relación a la atenuante de confesión o la analógica de cooperación, alega el recurrente que la Policía acudió al domicilio, según manifestaron los patrulleros que acudieron en primer lugar al piso, en virtud de una llamada de la Central que les alertaba de una "disputa familiar". Pudo no haber abierto la puerta y hubiera sido necesario obtener un Auto judicial, ya que no había pruebas de flagrante delito; pudo huir, pudo ocultar pruebas, pudo modificar el escenario del crimen; lo cual no hizo, en absoluto. El Policía NUM003 declaró que el acusado les abrió la puerta "nos dijo que pasáramos, que acababa de matar a su mujer" y nos condujo al dormitorio principal, y nos explicó que lo había hecho por temas personales y económicos. El Policía NUM004, a continuación del anterior, declaró "que había matado a su mujer, que el motivo era partir el dinero y que había conocido a otro", a continuación declaró el Policía NUM005 "nos dijo que habían discutido durante todo el día, y otra vez a las 4 de la mañana". El Policía NUM006 manifestó que "primero les habló del tema económico y también les habló del tema de la separación. El Inspector Jefe nº NUM007 manifestó que el acusado le dijo "la he matado yo porque se iba a ir con otro y dejarme sin dinero". El Policía NUM008 (todos declararon en la 2ª sesión) escuchó la llamada personal del acusado a su hermano, oída por el policía que se encontraba, según dijo, a medio metro del acusado, en la que le manifestó a su hermano "se me ha ido la olla, he matado a mi mujer". El acusado no declaró ante la policía ni en fase de instrucción, porque su abogado en Comisaría le recomendó guardar silencio, y lo mismo su abogada en fase de instrucción, según las propias manifestaciones de mi representado, pero a los policías les reconoció desde el primer momento los hechos, les facilitó la entrada y cooperó en lo posible, y se confesó culpable al ser reconocido por los médicos forenses, que recogieron en su informe lo que el acusado les va relatando, y también lo hace en el Acto del juicio oral.

2. Efectivamente, en la declaración de hechos probados se recoge que *cuando el inculpado abre la puerta a la policía, estaba vestido con una camiseta que se acaba de poner y con el pantalón del pijama, estando este con las perneras empapadas de sangre, especialmente la pernera izquierda y manifestó que había matado a su mujer; pero también e igualmente que el encausado, tras cometer el crimen, tuvo tiempo de lavarse y de cambiar de camiseta, y no procedió a llamar a la policía ni a pedir auxilio sanitario. Posteriormente no prestó formalmente declaración ni en Comisaría ni en el Juzgado, por lo que tuvieron que realizarse todas las averiguaciones*



policiales necesarias para el esclarecimiento de los hechos. No consta que su conducta produjera algún efecto beneficioso en el procedimiento penal que se inició a raíz de los hechos de autos.

3. Desde la intangibilidad del relato a que obliga el motivo elegido, necesariamente debe desestimarse.

Conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 650/2009, de 18 de junio y 31/2010, de 21 de enero; reiteradas entre otras en la 723/2017, de 7 de noviembre o 69/2018, de 7 de febrero)) los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, son los siguientes:

1º Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción.

2º El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable.

3º La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial.

4º La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial.

5º La confesión habrá de hacerse ante la autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificado para recibirla.

Resoluciones que añaden, que como el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia (finalidad utilitarista ajena por tanto a fundamentos de atrición, alegados por el recurrente), esta atenuante de confesión, se ha apreciado la analógica en los casos en los que el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración, más o menos relevante para la Justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico perturbado.

De modo, que cabe la estimación de la analógica incluso cuando falta algún requisito de cierta accidentalidad (como el cronológico), siempre que concurra el requisito esencial desde la perspectiva del fundamento político criminal de la atenuación: facilitar la persecución, que sin aquella confesión se trocaría en ardua de incierto resultado (cifr. STS 642/2017, de 2 de octubre).

En autos, existe una manifestación espontánea, pero no una declaración formal sobre lo acontecido, no integraba carácter recipiendario para constancia documentada; que nunca llega a acontecer, pues tanto en sede policial como judicial, se niega a declarar; y aquella manifestación no se produce antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él; sino cuando la Policía alertada por los vecinos, que oyeron las peticiones de auxilio de la víctima, llaman a la puerta del domicilio, donde no había ya otro morador vivo que el recurrente, pues su mujer yacía muerta al pie de la cama. La manifestación de haber matado a su mujer, devenía simple obviedad.

4. Tampoco puede estimarse como analógica; pues no estamos como exige la jurisprudencia ante la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos con el acusado.

La atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo, el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración, más o menos relevante para la Justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico perturbado. Así, esta Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4ª del Código Penal, pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito.

No existe razón de política criminal que justifique que, siempre y en todo caso, cuando el imputado por un delito confiesa su participación en los hechos, deba ver atenuada su responsabilidad criminal, referido todo ello a los supuestos en que nada aporte a la investigación, por tratarse de un caso de singulares características, absolutamente diáfanos.

El motivo se desestima.

QUINTO.- El tercer motivo lo formula por infracción de Ley del art. 849.1 y 2 y 855 LECr. Infracción de Ley por inaplicación indebida de circunstancias agravantes, art. 139.1 CP (alevosía), art. 139.3 CP (ensañamiento), y art. 23 CP (parentesco).

1. Como en motivos precedentes, aunque invoca tanto el número primero como el segundo del art. 849 LECr, ningún documento invoca ni fundamenta error facti en base a documento literosuficiente. En cuanto al error iuris, alega, con reiteración del texto que sirvió de argumentario al motivo primero: a) respecto de la alevosía, que conforme a los propios hechos que se han declarado probados, puede desprenderse que la víctima se



defendió y opuso fuerte resistencia; b) respecto del ensañamiento, concluye que dado que el veredicto del jurado no ha interpretado correctamente la prueba pericial forense, no puede en este caso, ser apreciada la agravante; y c) respecto del parentesco, que como la relación matrimonial estaba rota y que no existía interés económico, su estimación no procede.

2. Para su desestimación, bastaría remitirnos al contenido de la sentencia de apelación, o a lo expuesto cuando desestimamos el primer motivo, en sede de presunción de inocencia.

Los hechos probados, cuya invariabilidad resulta obligada, con idéntica fundamentación, aunque amparado en diverso precepto. No obstante, valga recordar que los hechos probados, presupuesto intangible del que debemos partir, cuando de error iuris se trata, relatan:

Sobre las 5,15 horas del día 16-12-2015 el encausado y su esposa, estaban en la cama de matrimonio que compartían, acostados. La luz de la mesilla de noche estaba encendida. La víctima estaba descansando, en estado de relax, confiada y desprevenida, siendo el inculpado conocedor de la situación de desvalimiento en que se encontraba.

En la hora indicada, el encausado se levantó de la cama, se dirigió a la cocina, cogió un cuchillo de unos 17x3 centímetros y se dirigió con él en la mano a la cama, donde se encontraba su esposa dormida o semidormida o, simplemente desprevenida. Se encontraba tumbada en la cama y en esa posición el procesado le propinó, sin que pudiera la víctima percatarse de tal acometida diversas puñaladas, actuando de manera inesperada y sorpresiva lo que le impidió a Carmen reaccionar de manera eficiente. Carmen, al notar las cuchilladas intentó defenderse provocándose diversos cortes en las manos (en concreto, 14 heridas) pero lo cierto es que no pudo impedir que fuera apuñalada hasta 42 veces en diversas partes del cuerpo, localizadas en macizo craneo-facial, cuello y abdomen; heridas incisivas y penetrantes que causaron su muerte.

En el curso del acontecimiento, Carmen cayó o se tiró al suelo, en el estrecho espacio entre la cama y las cortinas, espacio en el que el inculpado siguió propinándole puñaladas hasta causarle la muerte; siendo la última puñalada la que le causó en la zona cervical inferior, en la que incrustó el cuchillo clavado: cuchillo que atravesó toda la cavidad torácica, llegando a empotrarse en la pared posterior, provocando a su paso lesión pulmonar y severa hemorragia y siendo la trayectoria del arma antero-posterior, de arriba abajo y ligeramente inclinada a la derecha. Tal herida aceleró definitivamente el momento de la muerte de Carmen, que se produjo por "shock" hemorrágico.

Las heridas producidas a la víctima superan, con mucho, las necesarias para causar la muerte, lo que incrementó de manera innecesaria el sufrimiento y el dolor de la víctima, hecho deliberadamente buscado de propósito por el acusado.

La subsunción tanto de la alevosía como del ensañamiento, resultan plenamente adecuadas. Las inferencias valorativas al margen del texto declarado probado, resultan extralimitaciones del ámbito del motivo.

Como ya indicáramos, la resistencia u oposición no enervan la indefensión; la alevosía se aprecia no solo cuando el ataque ha sido súbito e inesperado, sino también, como sucede en autos, siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia mínimamente eficaz de la que pudiera surgir algún riesgo para el agresor.

En cuanto al ensañamiento, tanto el elemento objetivo como subjetivo, resultan descritos en el relato probado: de manera deliberada el acusado causó a la víctima heridas notablemente superiores a las necesarias para causar la muerte, incrementaron innecesariamente el sufrimiento y el dolor de la víctima; lo que por otra parte, resulta del número y geografía corporal de las cuchilladas, dirigidas al cuello cabelludo, golpes en zona lumbar y abdomen con evisceración incluida; auténtica saña que culmina con una cuchillada final al cuello que aloja el cuchillo en la columna vertebral.

3. En cuanto a la agravante de parentesco, los hechos probados indican que *entre el acusado y la víctima, al tiempo de los hechos de autos, existía una relación de parentesco y relativo afecto, pese a solicitar la víctima la separación o divorcio, hasta el punto de seguir durmiendo juntos en la misma cama de matrimonio*; lo que bastaría para la desestimación; pero aunque, como alega el recurrente, la relación matrimonial estuviese rota, como ya indicamos, no evitaría la apreciación de la agravante.

Así una constante jurisprudencia (vd. por todas STS 610/2016, de 7 de julio) "Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 147/2004, de 6 de febrero, que la circunstancia mixta de parentesco está fundada en la existencia de una relación de matrimonio a la que se asimila una relación de análoga afectividad dentro de los grados descritos en el artículo. En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la



circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y *no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto* porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio pietatis causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación".

El motivo se desestima.

Recurso de María Inmaculada y Genaro (padres de la víctima); de Gustavo (hermano de la víctima); y del Gobierno de Aragón

SEXTO.- Las tres representaciones formulan un motivo por infracción de ley, al amparo del artículo 849 LECr., por inaplicación del artículo 22.4 CP, la agravante de desprecio de **género**.

1. Consideran que la agravante de desprecio de **género** ha de ser apreciada porque el Jurado determinó que "las acciones llevadas a cabo por el encausado están dentro de una relación de dominación", y que "entre los cónyuges existía una relación de dominación hasta el punto de aislar a la mujer paulatinamente de la familia y de su entorno y tomar por sí todas las decisiones importantes". Considera que la relación de dominación estimada acreditada por el Jurado es la que determina el contenido de la relación existente entre los cónyuges, constituyendo el elemento subjetivo que el Tribunal recurrido no apreció. Afirman que es el poder sobre la mujer lo que pretendía el acusado y que cuando percibió que perdía ese poder, acabó con la vida de la víctima; que mata a su mujer para impedirle que se pueda separar de él.

2. Esta Sala Segunda, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta agravante introducida por la LO 1/2015, en la sentencia núm. 420/2018, de 25 de septiembre o en la núm. 565/2018, de 19 de noviembre.

En la primera de ellas se decía: "En el Preámbulo de esa Ley se razonaba que la razón para incorporar el **género** como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22, "es que el **género**, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la **violencia** contra las mujeres y la **violencia** doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo".

"El artículo 1 de la Ley Orgánica, 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la **violencia de género**, señalaba en su artículo 1.1 que el objeto de la presente ley es "actuar contra la **violencia** que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia". Y en su apartado 3, este mismo artículo dispone que "La **violencia de género** a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de **violencia** física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad **sexual**, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad".

"En la STC 59/2008, el Tribunal Constitucional, examinó la constitucionalidad de las agravaciones penológicas contempladas en el artículo 153.1 CP, que entonces castigaba al que "por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia", derivadas, por lo tanto, del hecho de que la víctima mantuviera o hubiera mantenido con el agresor una relación conyugal o una análoga relación de afectividad. Señaló entonces el Tribunal, FJ 7, que "La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada". Recordó, FJ 8, que "La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la **violencia de género** tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto".

"Y continúa afirmando, FJ 9. c): "Como el término "**género**" que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones



vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de **violencia** y de desigualdad".

"La protección a la mujer respecto de determinadas conductas y en un ámbito determinado, como es el propio de las relaciones de pareja, aun sin convivencia, se introdujo en el Código Penal mediante la modificación, entre otros, de los artículos 153, 171 y 172, en los que se agrava de forma específica la pena imponible a las conductas que en ellos se describen ejecutadas por el autor cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Siempre que, como hemos señalado en la STS nº 856/2014, de 26 de diciembre, se aprecie una intención de dominación del hombre sobre la mujer, que está implícita en el delito. Pero las agravaciones previstas en esos casos solamente eran aplicables cuando se tratase de los delitos tipificados en esos preceptos".

"Con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de **género**, se amplía esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta".

"En este sentido, se decía en la STS nº 1177/2009, de 24 de noviembre, que "no toda acción de **violencia** física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la **violencia** de **género** que castiga el nuevo art. 153 C.P., modificado por la ya tantas veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la **Violencia** de **Género**, sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley- cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer...".

"Y añadía que no tienen cabida en el precepto los casos en los que "la acción agresiva" no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales".

"Consideraciones que pueden ahora aplicarse a la agravante aquí examinada."

"Por otro lado, importa destacar que los elementos fácticos de los que se desprenda la concurrencia de esas circunstancias que permiten la aplicación de la agravación, deben aparecer nítidamente en los hechos probados y, para ello, han de estar debidamente acreditados por prueba válida, suficiente y racional y expresamente valorada en la sentencia".

"La nueva agravante presenta puntos de contacto con otras dos preexistentes. La que hace referencia a los casos en los que el delito de cometa por motivo de discriminación referente al sexo, y la agravante de parentesco. Ninguna de las dos exige la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer. Y, en ambos casos, el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre".

"La agravante por razones de **género** se caracteriza, precisamente, por la concurrencia de ese elemento, y, además, porque el hecho debe ser cometido en el ámbito de las relaciones de pareja. lo que le atribuye una evidente especificidad".

"Sin embargo, podría plantearse si todos los posibles supuestos en que sería de aplicación la agravante por razones de **género** quedarían también cubiertos por la agravación por razón de sexo o de parentesco. Respecto del parentesco, se exige el carácter estable de la relación (*actual o pretérita*), lo que no es preceptivo en la agravante por razones de **género**. Estos son, pues, supuestos en los que no sería aplicable el parentesco pero sí la agravación por razones de **género**".

"En cuanto al sexo, es generalmente admitido que hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el **género** se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, art. 3.c). Es claro que la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja. Y, aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra".



3. En autos, se declara probado: *las acciones llevadas a cabo por el encausado están dentro de una relación de dominación. Tales acciones tienen su origen inmediato en la decisión de la víctima de solicitar el divorcio. Durante el matrimonio el encausado había impuesto sus condiciones, en el estilo de vida de la pareja, haciendo prevalecer sus decisiones en todos los temas importantes, alejándola y aislándola paulatinamente de su familia y su entorno.*

Justamente, las situaciones a cuyo desvalor retribuye la agravación. El referido Convenio de Estambul, origen explicitado de la agravante enumera entre sus obligaciones generales para los Estados, adoptar las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres; y define **género** como "los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres"; y **violencia contra la mujer por razones de género**, como "toda **violencia** contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada", que indica el informe explicativo del Convenio, hace referencia a todo daño sufrido por una mujer que a su vez, es causa y consecuencia de relaciones de fuerza desiguales, fundadas en las diferencias percibidas entre hombres y mujeres y que conducen a la subordinación de las mujeres.

Es decir, la diversa correlación de fuerzas y el actuar "por razones de impedir la separación", que sirve de argumentación al Tribunal de apelación para dejar sin efecto la agravante, integra precisamente el fundamento de su incorporación a nuestro Código Penal y la razón de su concurrencia. Como hemos descrito, esa motivación de subordinación a la propia voluntad que permite una desequilibrada relación de fuerzas, con negación de la libre autodeterminación de la víctima para separarse o divorciarse e incluso de su mera autonomía económica, es la que sanciona la agravante de discriminación por razones de **género**, en modo alguno identificable con la agravante de desprecio de sexo.

4. El motivo por tanto se estima, sin que a ello sea óbice que la consecuencia sea agravatoria para el acusado, pues no nos pronunciamos ni atendemos a elemento subjetivo propio del demandante, sino sobre la definición y alcance jurídico con carácter general de la agravante analizada; los aspectos que hemos analizado son de carácter estricta y puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en la resolución recurrida, hayan sido modificados de manera alguna, ni tampoco contradice la argumentación desplegada, cuestión factual alguna vertida en las fundamentaciones (vd STEDH de 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 49) a exclusivo ejercicio de subsunción jurídica atendemos (vd STEDH 22 de octubre de 2013, Naranjo Acevedo c. España, § 18; y STEDH 23 de febrero de 2016, Pérez Martínez c. España, § 37);

Abstracción hecha de la vagamente cuestionada, *relación de dominación* por el Tribunal superior, pues incluso prescindiendo de dicha circunstancia y atendiendo únicamente al admitido origen inmediato del ataque mortal, *la decisión de la víctima de impedir la separación, con los efectos personales y patrimoniales que pensó iban a producirse* conlleva la subsunción adoptada.

Tanto más, cuando el cuestionamiento del Tribunal Superior, fue por déficit de motivación del veredicto, prescindiendo indebidamente y por tanto excediendo de sus competencias, de la complementaria, racional y obvia explicación de la Magistrado-Presidente (pues no es dable prescindir del desarrollo que de la valoración probatoria contenida en el veredicto, realiza el Magistrado Presidente; el Tribunal del Jurado es un único órgano jurisdiccional; el Magistrado Presidente dicta la sentencia vinculado por el veredicto del Jurado - STS 1043/2010, de 11 de noviembre-), cuando expresa que *"tal relación de dominación se muestra en el hecho de que la mera decisión de querer divorciarse y tener el asesoramiento sobre sus derechos estuvo en el origen inmediato de los hechos ahora enjuiciados"*.

Además, con adicional argumento, como especificamos entre otras resoluciones en la STS 119/2018, de 13 de marzo, no empece a la estimación de los recursos de las acusaciones, la doctrina constitucional y jurisdiccional que con base en el derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa, impide las condenas o resoluciones peyorativas ex novo, como consecuencia de un recurso de las acusaciones sin práctica de prueba ni oír al acusado. La rehabilitación en casación en contra del reo de una previa condena luego suprimida o atenuada en apelación, no tropieza con obstáculo alguno derivado de la jurisprudencia constitucional y del TEDH a tenor de la cual la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias exigirá la audiencia del acusado en la fase de recurso, y en su caso, la reproducción de prueba. En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría ex novo esta Sala Segunda por vía de recurso. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo el Tribunal del Jurado que encontró al acusado culpable de asesinato, entre otras circunstancias con la de obrar por discriminación por razones de **género**. Esa inicial apreciación jurisdiccional ha emanado de un Tribunal que ha oído personalmente al acusado, escuchando su versión de los hechos, atendiendo a sus explicaciones.



Como dijimos, tampoco en esta sede casacional se "efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera" ni se "procede a una nueva valoración de los elementos de hecho" (expresión del asunto *Spînu c. Rumanía*, nº 32030/02, § 55, 29 de abril de 2008, luego muy reiterado). Ahora en casación, no se trata ya de verificar un nuevo juicio sobre la prueba, sino tras el examen de las razones dadas por el Tribunal de apelación para atenuar el pronunciamiento condenatorio, examinar si se ajustó a las facultades que el singular recurso de apelación en el ámbito del jurado le facultaba, que se limitaban a examinar si mediaba prueba de cargo con suficiencia para destruir la presunción de inocencia, restando fuera de los límites del recurso una nueva revalorización del marco probatorio. El Jurado ya oyó al acusado. Ahora las acusaciones meramente instan que en casación se reponga la valoración probatoria efectuada por el jurado (STS 299/2013 de 27 de febrero).

Ya anteriormente la STS 1385/2011, de 22 de diciembre, decía: "la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia de apelación, no es la resolución que, por primera vez y como fruto de la valoración de la prueba, impone la condena a los acusados que permanecían hasta ahora absueltos por razón de la apelación. La reposición a la condición de penados deriva de la inicial sentencia y de la consideración como incorrecta de su revocación en apelación. Por ello, tal hipótesis cae al margen del ámbito en el que la doctrina constitucional y la del TEDH exige la directa audiencia del así penado. Doctrina reiterada en las SSTS 615/2013, de 11 de julio y 555/2014 de 10 de julio ó 44/2018, de 25 de enero.

FALLO

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

1. Declarar NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **D. Feliciano** contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Aragón, de fecha 4 de mayo de 2018 por la que se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 350/2017 del Tribunal del Jurado dictada el 30 de noviembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, en procedimiento seguido contra el recurrente por delito de asesinato; ello, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

2. Declarar HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las acusaciones particulares de María Inmaculada y Genaro (padres de la víctima); y de Gustavo (hermano de la víctima); y del **Gobierno de Aragón**, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Aragón, de fecha 4 de mayo de 2018 por la que se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 350/2017 del Tribunal del Jurado dictada el 30 de noviembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, en procedimiento seguido por delito de asesinato; ello, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10353/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 15 de enero de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 10353/18 P interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 2018 dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el Rollo de Apelación del Tribunal del Jurado núm. 1/2018, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 30 de noviembre de 2017 dictada en el Rollo del Tribunal del Jurado núm. 1/2016 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, seguida por delito de asesinato contra D. Feliciano ; sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos de la sentencia casacional, procede apreciar la concurrencia de la agravante de cometer el delito por discriminación basada en razones de **género** del artículo 22.4º CP.

Concurriendo las agravantes de parentesco y de discriminación por razones de **género** y la atenuante de reparación del daño, de conformidad con los criterios de individualización establecidos en la Audiencia Provincial donde se le apreciaron las dos agravantes y otorgar eficacia a la atenuante apreciada en apelación, corresponde imponer la pena de prisión de veintidós años y tres meses.

FALLO

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

1º. Condenar al acusado Feliciano como autor responsable de un delito de asesinato del art. 139.1º y 3º CP, con la concurrencia de la atenuante de reparación parcial del daño (art. 21.5ª) y las agravantes de discriminación por razones de **género** (art. 22.4 CP) y mixta de parentesco (art. 23 CP) a la pena de VEINTIDÓS AÑOS y TRES MESES (22 años, 3 meses), con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de duración de la condena y al pago de las costas procesales causadas.

2º. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia dictada en apelación no afectados por el presente, como los referidos al abono del tiempo de privación de libertad pasado por esta causa, la medida de libertad vigilada, comiso, responsabilidad civil, instrucciones, comunicaciones y costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Antonio del Moral Garcia

Andres Palomo Del Arco Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina