



Roj: **STSJ CAT 4/2012 - ECLI: ES:TSJCAT:2012:4**

Id Cendoj: **08019310012012100004**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **23/01/2012**

Nº de Recurso: **27/2011**

Nº de Resolución: **2/2012**

Procedimiento: **PENAL - JURADO**

Ponente: **MIGUEL ANGEL GIMENO JUBERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE CATALUÑA**

**Sala Civil y Penal**

**ROLLO DE APELACIÓN JURADO núm. 27/11**

**Procedimiento Jurado núm. 1/11 -Audiencia Provincial de Girona -(Sección Tercera ).**

**Causa Jurado núm. 1/10 -Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Girona**

**SENTENCIA N.º 2/12**

Excmo. Sr. Presidente:

D. Miguel Ángel Gimeno Jubero

Ilmos. Sres. Magistrados:

D<sup>a</sup>. Eugenia Alegret Burgués

D. Carlos Ramos Rubio

En Barcelona, a 23 de enero de 2012.

Visto por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados al margen expresados, el recurso de apelación interpuesto por D. **Arcadio** contra la sentencia dictada en fecha 5 de julio de 2011 por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Girona (Sección Tercera), recaída en el Procedimiento núm. 1/11 del indicado Tribunal del Jurado, derivado de la Causa de Jurado núm. 1/10 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Girona. El referido apelante ha sido defendido en el acto de la vista en este Tribunal por el letrado D. Samuel García Quintas y ha sido representado por el procurador D. Jordi Pich Martínez. Han sido partes apeladas el **MINISTERIO FISCAL** representado por la Fiscal D<sup>a</sup>. Assumpta Pujol y la **GENERALITAT DE CATALUNYA**, quien ha sido defendida en el acto de la vista en este Tribunal por el letrado D. Ricard Román Ruíz.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 5 de julio de 2011, en la causa antes referenciada, recayó Sentencia cuyos hechos probados son:

" **PRIMERO.-** Que el 31 de mayo de 2010 sobre las 9,30 horas, en la calle Doctor Castany, el acusado Arcadio se aproximó a su esposa Olga y con la intención de acabar con su vida, sacó un cuchillo que llevaba escondido en una bolsa asestándole tres puñaladas en el costado izquierdo y dos mas en el pecho, seccionando ambas el corazón y falleciendo instantes después la señora Olga .



**SEGUNDO.-** Que la víctima ante lo sorpresivo e inesperado del ataque con el cuchillo que llevaba oculto el acusado en una bolsa no pudo impedirlo ni defenderse.

**TERCERO.-** Que en fecha no concretada en que el acusado Arcadio tuvo conocimiento de que su esposa se había apuntado a un curso de catalán, llegó a colocarle un cuchillo en el cuello diciéndole que la mataría y persistiendo en su conducta a partir del 2010.

**CUARTO.-** Que el acusado Arcadio y Olga estaban casados hacía aproximadamente 25 años, y fruto de esta relación nacieron cuatro hijos.

**QUINTO.-** Que el acusado Arcadio tras apuñalar a su esposa se dirigió a la comisaría de policía de SALT, llegando unos cinco minutos después, donde personalmente reconoció ante las autoridades su autoría e indicó donde había lanzado el cuchillo que fue recuperado, lo que facilitó de manera efectiva la investigación.

Queda asimismo acreditado a efectos de responsabilidad civil:

**SEXTO.-** Fruto de la relación matrimonial entre Arcadio y Olga, nacieron cuatro hijos llamados Ramón, de 25 años, residente siempre en Marruecos; Azucena de 20 años; Carlos Alberto de 15 años y Alejo de 8 años."

La sentencia contiene la siguiente parte dispositiva:

"Que en virtud del veredicto de culpabilidad que el Jurado ha pronunciado **CONDENO** a Arcadio como autor de un delito de **ASESINATO** con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravante de parentesco y atenuante de confesión, a la pena de **DIECISEIS AÑOS DE PRISIÓN** y por el delito de **AMENAZAS CONTINUADAS** a la pena de **UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN**, así como a la de suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia respecto de los hijos menores Alejo y Carlos Alberto por tiempo superior en un año al de la duración de la pena de prisión impuesta. Y asimismo, a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que asimismo le **CONDENO** a que indemnice a cada uno de los hijos menores Alejo y Carlos Alberto en la cantidad de **CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000 euros)**; a la hija mayor Azucena en **CIENT MIL EUROS (100.000 euros)** y al hijo mayor Ramón, considerando que venía residiendo fuera del ámbito familiar, en **CINCUENTA MIL EUROS (50.000 euros)**. Todas incrementadas con los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que **ABSUELVO**, en virtud del veredicto del Jurado, al acusado Arcadio del delito de violencia psíquica habitual en el ámbito familiar del que fue acusado.

Y le condeno al pago de las dos terceras partes de las costas del juicio, declarando de oficio la otra tercera parte."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución, la representación procesal de **D. Arcadio** interpuso en tiempo y forma el presente recurso de apelación, que se ha sustanciado en este Tribunal de acuerdo con los preceptos legales, habiéndose señalado para la vista de la alzada el **día 3 de noviembre a las 10:00 horas de su mañana**, fecha en la que ha tenido lugar con el resultado que es de ver en la diligencia extendida al efecto unida a las presentes actuaciones.

Ha actuado como Ponente el Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Gimeno Jubero.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Al amparo de lo dispuesto en art. 846 bis c), apartados a) y b) el apelante denuncia infracción del art. 52 de LOTJ e infracción de precepto legal, por aplicación indebida de la alevosia como circunstancia calificadora del asesinato, de art.139.1 del CP.

Con relación a la aplicación de esta circunstancia, que ahora se impugna, el recurso plantea dos cuestiones diferentes: una, referida a la supuesta redacción del objeto del veredicto, concretamente la posición segunda; otra, relativa a la concurrencia de los requisitos de la alevosía que se plantea desde la perspectiva de valoración de la prueba, aunque hay referencias a la entidad de la motivación.

Examinando la primera alegación no se advierte cuál es la trascendencia que tiene la redacción que se impugna.

El objeto de veredicto, en su posición segunda se formuló con el siguiente texto: *Que la víctima ante lo sorpresivo e inesperado del ataque con el cuchillo que llevaba oculto el acusado en una bolsa no pudo impedirlo ni defenderse.* La defensa apelante razona que la palabra defenderse debió ser sustituida por " *ni hacer*



acto alguno de defensa", expresión que a su juicio tiene un sentido más amplio que el atribuible al término defenderse.

El recurrente no se extiende en el desarrollo de este argumento, aunque parece que lo relaciona con la condición de legos de los miembros del jurado. Admitiendo que las expresiones pueden dar lugar a matices diferentes, no percibimos cómo afecta a la decisión tomada el que se pusiera una u otra. Ambas tiene un significado semejante y al margen de lo que se señala sobre la técnica narrativa, el hecho de que se use la propuesta como justificación de la primera es expresivo de que se le da idéntico contenido ideológico, valoración que compartimos pues en modo alguno de predeterminedó el sentido de la votación por el uso de una u otra expresión.

En lo atinente a la indebida apreciación de la circunstancia de alevosía en la acción de matar, nada debe objetarse a la doctrina jurisprudencial que se señala. Sin embargo, lo que realmente discute el apelante es si la acción desarrollada por el acusado fue sorpresiva.

Una profusa jurisprudencia ( SSTS 907/2008, de 18-12 ; 25/2009, de 22-1 ; 37/2009, de 22-1 ; 172/2009, de 24-2 ; 371/2009, de 18-3 ; y1180/2010, de 22-12) nos pone de relieve los elementos conformadores de la alevosía: el elemento normativo, ahora indiscutible en delito contra la vida; uso de medios, modos o formas que objetivamente conduzcan al aseguramiento del resultado, eliminando las posibilidades de defensa de la víctima, aspecto que habrá que valorar desde perspectiva objetiva; asimismo que el dolo del autor abarque los medios o modos y también el aseguramiento del resultado y el impedimento de la defensa, al igual que el plus de antijuricidad del *modus operandi* .

La modalidad alevosa que se atribuye es la sorpresiva, que se caracteriza por ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto. Se argumenta que no fue sorpresivo y que en todo caso no eliminó las posibilidades de defensa. Pero tal argumento contradice claramente el propio relato de hechos probados sustentado en el veredicto. Así, lo pretendido es una nueva valoración de la prueba que desvirtúe el aserto fáctico del veredicto que describe el ataque con el cuchillo como sorpresivo e inesperado. Al respecto debe objetarse que la valoración alternativa que propone el recurso se sustenta en pruebas de carácter personal que difícilmente pueden ser valoradas por esta segunda instancia, que no goza de intermediación respecto de ellas. Por otra parte, incluso los pasajes de declaraciones testimoniales que transcribe el apelante no pueden ser valorados si no se tiene en cuenta los datos muy objetivos de los informes forenses: la ausencia de heridas defensivas de la víctima, amén de la ausencia de cualquier signo en el propio acusado. Con tal acervo solo cabe concluir que la apreciación del jurado tiene toda la lógica y se ajusta a las reglas de experiencia.

Es más, en la hipótesis más próxima a la tesis ahora defendida, la acción debiera ser igualmente calificada como alevosía sorpresiva. Que hubiera una discusión verbal no permite presumir a la víctima que será objeto del mortal ataque. Nada se plantea sobre una previa exhibición del cuchillo o siquiera la amenaza verbal de sacarlo. Por tanto, como ya recoge una abundante jurisprudencia ( SSTS 178/2001, de 13-2 ; 1214/2003, de 24-9 ; 949/2008, de 27-11 ; 965/2008, de 26-12 ; 25/2009, de 22-1 ; 93/2009, de 29-1 ; y282/2009, de 10-2) nada impide que iniciada una agresión no alevosa, el cambio sustancial en la potencia agresiva, en la utilización de instrumentos, etc, que no podía ser esperada por la víctima, deba ser calificado igualmente como alevoso.

Cabe concluir que la víctima no tuvo ninguna posibilidad de defensa, o si se prefiere de actos defensivos. El dato de que tuviese una herida en una extremidad superior, que por su ubicación los médicos forenses descartaron que fuese defensiva, solo puede significar en la interpretación más favorable a la pretensión de la defensa que fue un acto reflejo, que ha sido rechazado por una constante jurisprudencia como excluyente de la alevosía.

**SEGUNDO.**- Al amparo del art. 846 bis c) de Lecrim , se denuncia la infracción del art. 45 de LOTJ , en lo atinente al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, vinculándolo a la violación del derecho a la presunción de inocencia.

Compartimos con el apelante que el art. 45 de LOTJ habilita a las partes para proponer pruebas al inicio del juicio y que puedan ser practicadas en el acto. Así que cualquier argumentación sobre la inoportunidad del momento sólo podrá sustentarse en que la obtención de la prueba o su práctica exigieran la suspensión del juicio. Esta Sala se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre este particular y nada cabe añadir a lo que ya es doctrina pacífica, como se expresa claramente en STJC de 18 de diciembre de 2011 .

En nuestro caso se trataba de aportar al proceso el testimonio de un documento sanitario que obraba en las actuaciones de instrucción, cuyo origen era una actuación médica producida en determinado centro asistencial y relativa a la enfermedad del acusado, que su defensa vincula a la concurrencia de la atenuante de estado pasional del art. 21.3 del CP .



Cabe afirmar por tanto que sí era momento procesal para aportar prueba documental y que la manifestación de inoportunidad del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado no fue acertada. Por otra parte, ahora ya desde la perspectiva de pertinencia, el contenido ideológico del documento sí tiene relación con lo que es objeto del proceso. No olvidemos que al determinarse los hechos justiciables se incluyeron los que pretenden probarse con tal informe médico. En suma, admitimos que no había razones de oportunidad o de pertinencia del documento para rechazar esa prueba, sin perjuicio de su capacidad de convicción en ausencia de ratificación por parte de quién fue la facultativa que lo emitió.

Sin embargo no podemos desconocer que el motivo de recurso no se ha planteado con la claridad que sería exigible, toda vez que no contiene el pedimento que desde la perspectiva procesal debe ser la consecuencia de esa inadmisión. El recurrente vincula la lesión a su derecho a utilizar los medios de prueba que estime oportuno al derecho a la presunción de inocencia, extremo que es totalmente rechazable. Los hechos obstativos y todos aquellos que introduce la defensa en su presupuesto fáctico deben ser probados por ella sin que puedan ser incluidos en el derecho a la presunción de inocencia, que atribuye la carga probatoria incriminadora a quien ejerce la acción penal, pero carece de sentido respecto de la probanza de otros hechos.

El apelante aporta materialmente el documento que le fue inadmitido sin siquiera solicitar la práctica de esta prueba para la segunda instancia invocando lo dispuesto en art.790.3 de Lecrim . Esta omisión ha impedido que se diera traslado del documento a las demás partes y que, pese a lo dicho antes, el Tribunal haga un pronunciamiento sobre la práctica de esa prueba en la segunda instancia. Porque aunque hayamos admitido que el documento se presentó en momento procesal oportuno y que tiene relación con el caso, la necesidad de su práctica para evitar indefensión no es acogible. No es ponderable por las razones formales apuntadas, pero especialmente porque es documento que describe la situación del acusado cuarenta y dos días antes, amén que aunque aluda a un indeterminado "problema familiar" afirma que ha mejorado suministrando un fármaco.

El fondo de este motivo está, en definitiva, si concurre la atenuante descrita en el art. 21.3 del CP , en su vertiente de estado pasional de ofuscación por la separación conyugal.

La atenuante de arrebató, obcecación o estado pasional semejante, como señala la sentencia 5111/2011, de 18 de julio , sólo puede apreciarse si el estado de ánimo está alterado de modo que afecte a la capacidad de entender y de autodeterminarse libremente, pero va más allá de las reacciones coléricas de acaloramiento. Este primer requisito no se ha probado en modo alguno y tampoco está probado apreciando el documento inadmitido. Pero lo que realmente debe comprenderse y haría inútil cualquier invocación aunque se sustentara en prueba de más contundencia, es que nuestra sociedad no puede admitir en modo alguno la reacción de dar muerte, o de cualquier violencia física o psíquica, a una mujer porque haya separación conyugal, por su desafecto o incluso porque aquélla inicie otras relaciones. Nuestra sociedad y nuestro ordenamiento jurídico, el mismo aplicado en el caso, considera inaceptable la reacción de violencia suma del acusado y lo considera tan inaceptable que impone sanciones penales rigurosas. Pretender que a la vez pueda ser una reacción merecedora de alguna atenuación es una contradicción, sin que el hecho cultural del apelante pueda ser considerado. La diferente cultura puede ser un dato a considerar en muchas situaciones y en la aplicación de la norma, pero nuestra sociedad, en aras precisamente a la libertad individual, a la dignidad de la persona y el respeto a su vida, que son valores superiores, no puede admitir la justificación de otros valores culturales.

**TERCERO.**- Aduce el recurrente que la sentencia aplica indebidamente la atenuante de confesión, del art. 21.4 del CP , por estimar que la misma debía apreciarse como muy cualificada y por ello producir los efectos atenuadores correspondientes en la determinación de la pena. A su vez denuncia que los miembros del jurado *no se pronunciaron sobre la graduación de la atenuante de confesión* , reprochando al Magistrado-Presidente que no diera posibilidad de sendas opciones: simple y cualificada.

El motivo no debe prosperar.

Con relación al pronunciamiento sobre la graduación de la atenuante, el apelante pretende del Jurado un pronunciamiento que no es propio de su función. La simple lectura del punto 1) del art. 52 de LOTJ permite constatar que el Jurado sólo se pronuncia sobre hechos y que la proposición de objeto de veredicto que se recoge en ese apartado 1 del art. 52 de LOTJ sólo debe incluir hechos. Por tanto, al margen que debiera haberse impugnado el objeto del veredicto si se estimó que no respondía a los hechos propuestos por la parte, nada debe objetarse a ese objeto del veredicto.

Como ya se ha apuntado, el Jurado se pronuncia por los hechos y la calificación jurídica es propia del Magistrado Presidente, que dictará sentencia subsumiendo los hechos en la calificación jurídica que corresponda.

El debate, en suma, es si de los hechos declarados probados se deduce la concurrencia de la atenuante señalada en grado de muy cualificada.



La jurisprudencia ha estimado que esta atenuante de confesión no precisa de ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento. Está sujeta a una circunstancia temporal, que ahora concurre sin duda y que es suficiente con la confesión veraz del hecho, que no oculte elementos relevantes o introduzca otros distorsionadores ( TS 2ª 590/2004, de 6 de mayo , 6340/2011, de 11 de octubre , entre otras). Así la estimación de la atenuante es inobjetable.

Pero el debate es que la parte pretende una especial cualificación y tan excepcional efecto sólo podrá darse cuando concurren con gran intensidad las razones de la atenuación. Ésta de confesión tiene su fundamento en consideraciones de política criminal ( TS 2ª 7313/2010 ) y se orienta a impulsar la colaboración con la justicia, exigiéndose que sea significativa para esclarecer los hechos enjuiciados.

La jurisprudencia ha privado de valor atenuante a la confesión e evidencias ya descubiertas, reconociéndolo por contrario a las aportaciones relevantes que contribuyen decisivamente a la investigación y esclarecimiento de lo sucedido.

El acusado confesó un hecho que había realizado en espacio público y que fue percibido por diversas personas que incluso le vieron su rostro. Por ello, sin negar el valor de la inmediata confesión ante la policía y su voluntad de someterse a la justicia, la relevancia de ese acto para la investigación en modo alguno puede ser cualificada.

**CUARTO.-** Finalmente, se denuncia el error en la valoración de la prueba, que en su intitulación relaciona con infracción del art. 169 del CP , pero que en su desarrollo amplía a la agravante de alevosía, calificadora del asesinato.

Señala el apelante que las argumentaciones del jurado en lo que afecta a los hechos sustentadores del asesinato y amenazas carecen de fundamento y son contradictorias.

Aunque la valoración probatoria del jurado no puede ser sustituida por una nueva valoración de la sentencia, sí cabe que ésta ponga de relieve los puntos más trascendentes de la prueba en lo que sí es su función: apreciar la existencia de medios de prueba hábiles para desvirtuar la presunción de inocencia y también hacer un juicio sobre la racionalidad de aquellos.

El jurado dedujo lo sorprendente del ataque sobre dos bases razonables: informe forense que evidenció la ausencia de cualquier signo de defensa de la víctima y también el informe médico sobre el propio acusado poco después de su detención, que no tenía ninguna. Tal sustento probatorio cubre perfectamente el estándar probatorio para desvirtuar el derecho fundamental con relación a la agresión sorpresiva.

Por lo que atañe a las amenazas previas, la fuente de conocimiento son los propios hijos de la víctima y del acusado. Aunque algunas de las expresiones anunciando la muerte fueron referidas por la propia víctima a sus hijos, y son estos los que las transmiten después, hay alguna otra que es directa. Es clara y contundente la declaración de la hija del acusado Azucena que señaló que días antes de producirse la muerte el padre dijo "que si no volvía a casa la eliminaría de la faz de la tierra", expresión clara de anuncio de mal constitutivo de delito.

No es riguroso afirmar que los testimonios siempre fueron de referencia. Como se ha dicho uno de los episodios, el antes transcrito, es testimonio directo, así lo recoge la sentencia (FJ tercero). Ciertamente los demás episodios de expresiones amenazantes sí son referenciales, pero la doctrina jurisprudencial ( STS 26-6 - 01 , 20-10-99 , 17-2-96 , etc.) admite la utilización de testigos de referencia cuando el directo no puede comparecer ante el tribunal. Este es el caso pues desgraciadamente la testigo directa de las expresiones, al margen de la señalada antes, es la propia víctima.

Es por ello que se rechaza el motivo impugnatorio y se confirma la sentencia íntegramente.

**QUINTO.-** Se declaran de oficio las costas del recurso.

VISTOS, los preceptos legales citados y demás de aplicación.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, D I J O :

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de EL Arcadio , contra sentencia dictada en fecha 5 de julio de 2011 por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Girona , confirmamos dicha resolución en todos sus pronunciamientos, declarando de oficio las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución al acusado a las partes personadas y al acusado, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .



Así por esta, nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** . La anterior Sentencia fue leída firmada y publicada en el mismo día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ