

Roj: STS 13/2016 - ECLI:ES:TS:2016:13
Id Cendoj: 28079120012016100003
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 10455/2015
Nº de Resolución: 11/2016
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 11/2016

RECURSO CASACION (P) Nº : 10455/2015 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Baleares

Fecha Sentencia : 21/01/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Joaquín Giménez García

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por : MEM

-Tribunal del Jurado

-Delito de asesinato con agravante de parentesco al ser el autor hijo de la víctima

-El art. 69 del Cpenal carece de aplicación al haberse dejado sin efecto la posibilidad de desviar a la justicia de menores los hechos cometidos por mayores de 18 años y menores de 21 años. L.O. 8/2006 de 4 de Diciembre

-No hay estadio intermedio entre la mayor edad y menor edad

-Daño moral. Doctrina de la Sala sobre su existencia y cuantificación

-Debida justificación del mismo en el presente caso

-Delito de maltrato habitual - art. 173-2º Cpenal - cometido por el marido de la fallecida con anterioridad a los hechos cometidos por su hijo

-Fracaso de la familia como primera y fundamental escuela de convivencia

-Nadie nace odiando o con instintos homicidas y menos a los progenitores, hace falta un aprendizaje que en este caso existió

Nº: 10455/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Fallo: 14/01/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 11/2016

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón**D. Julián Sánchez Melgar****D. José Ramón Soriano Soriano****D. Antonio del Moral García****D. Joaquín Giménez García**

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Enero de dos mil dieciséis.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden interpuestos por las representaciones de **Ceferino y Eusebio**, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares con fecha 20 de Abril de 2015, contra la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 24 de Octubre de 2014, por delito de asesinato y maltrato habitual, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sr. Cereceda Fernández-Oruña y Sr. Caballero Aguado; siendo parte recurrida la **Comunidad Autónoma de Las Illes Balears, Violeta, Azucena, Esmeralda y Herederos de Macarena**, representados por el Procurador Sr. García García.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Palma de Mallorca, en la Causa nº 3/2014, contra Eusebio y contra Ceferino, seguida por delito de asesinato y maltrato habitual, una vez concluida la remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección I, que por el Procedimiento del Tribunal del Jurado y con fecha 24 de Octubre de 2014 dictó sentencia; apelada dicha resolución por los antes citados, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares dictó sentencia con fecha 20 de Abril de 2015, que contiene, entre otros, los siguientes **Antecedentes de Hecho**:

"Se declaran HECHOS PROBADOS, de conformidad con el veredicto emitido por el Jurado, los hechos siguientes: 1. En la madrugada del día 28 de febrero de 2013 Ceferino en el vestíbulo de la vivienda sita en la CALLE000 se abalanzó sobre su madre Blanca, empujándola bruscamente y haciéndola caer al suelo, quedando la mujer bocabajo, aturdida y herida. 2. A continuación Ceferino se desplazó a otra habitación de la casa y se hizo con una mancuerna de tres kilos de peso, regresando hacia donde se hallaba tendida Blanca y golpeándola en la cabeza con la mancuerna, ocasionándole un traumatismo craneo-encefálico. 3. Cuando Blanca se arrastraba por el suelo, Ceferino se hizo con un cable eléctrico que enrolló alrededor del cuello de la mujer, apretándolo hasta provocar la asfixia mecánica por estrangulación. 4. Ceferino actuó con plena consciencia de la situación de inferioridad de su madre. 5. Debido al aturdimiento provocado por el primer golpe, Blanca no tuvo oportunidad razonable de defenderse de la agresión de Ceferino, quien actuó consciente de la inferioridad de la mujer. 6. En los cinco años anteriores al 1 de junio de 2012, Eusebio presenció como su hijo Ceferino agredió, lanzando un bote de leche condensada contra Blanca, que impactó en su cabeza y causó una herida que precisó de varios puntos de sutura; humilló y despreció en numerosas ocasiones a su mujer Teodora, sin impedirlo, reprenderlo ni denunciarlo. 7. En todas estas ocasiones Eusebio le decía a Blanca que si su hijo la golpeaba era "porque tú habrás dado pie" o "algo habrás hecho". 8. En los cinco años anteriores al 1 de junio de 2012 Eusebio humillaba a su mujer delante de los vecinos, tratándola despectivamente y le negaba dinero para ropa diciéndole "que pasa, ¿vas desnuda? pues no lo necesitas, la abofeteaba y cogía del cuello en numerosas ocasiones cuando discutían e impedía a Blanca relacionarse con su familia y amistades, reprendiéndoles cuando intentaban acercarse y obligando a Blanca a visitar a escondidas a su nieta. 9. Eusebio era el marido de Blanca. 10. Ceferino era hijo de Blanca. 11. Blanca

ha dejado en vida a su madre, Violeta , a sus hermanas Azucena y Esmeralda y dejó en vida a su hermana Macarena , hoy fallecida y con dos hijos menores de edad. 12. En el mes de octubre de 2013

Ceferino reconoció parte de los hechos que han sido objeto de acusación, sin que dicha información hiciera progresar de forma evidente la investigación. 13. No consta probado que en la madrugada del día 28 de febrero de 2013 Eusebio estuviera presente durante la agresión de Ceferino a Blanca , estando en el recibidor, en actitud estática, sin demandar auxilio y sin interponerse en momento alguno, presenciando como su hijo daba muerte a su mujer. IV.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en el Rollo nº 1/2015 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, establece literalmente: "Absuelvo a Eusebio del delito de asesinato por el que fue acusado, declarando de oficio un tercio de las costas causadas. Condeno a Eusebio como autor de un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, ya definido, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de tres años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena; privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cinco años y le prohíbo que se aproxime, a menos de 50 kilómetros de distancia, a Violeta , Esmeralda y Azucena en cualquier lugar y situación en la que estas se encuentren y que comunique con ellas por cualquier medio por un periodo de ocho años, así como a satisfacer un tercio de las costas causadas incluidas las devengadas por las acusaciones personadas. Condeno a Ceferino como autor de un delito de asesinato, ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de veinte años de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y le prohíbo aproximarse, a menos de 50 kilómetros de distancia, a Violeta y a Azucena y Esmeralda y comunicar con ellas por cualquier medio, por tiempo de treinta años y a satisfacer un tercio de las costas procesales causadas incluidas las devengadas por las acusaciones personadas. Ceferino deberá indemnizar a Violeta en la suma de

80.000 euros y a Azucena y Esmeralda y a los herederos legales de Macarena en la suma de 60.000 euros, para cada una de las hermanas y para los herederos de Macarena , por los perjuicios morales ocasionados. Declaro de abono el tiempo que Ceferino permanezca privado de libertad por esta causa. Declaro de abono, en su caso, el tiempo que Eusebio estuvo privado de libertad por esta causa. (sic)

Segundo.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, dictó el siguiente pronunciamiento:

"PARTE DISPOSITIVA: En atención a todo lo expuesto la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, HA DECIDIDO 1º DESESTIMAR INTEGRAMENTE los recursos de apelación interpuestos por el Procurador Don Luís Enríquez de Navarra en nombre y representación de Don Eusebio y de Don Ceferino contra la sentencia de fecha 24 de octubre de 2014 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal de Jurado D. Juan Pedro Yllanes Suárez y CONFIRMARLA INTEGRAMENTE.- 2º Declarar de oficio las costas causadas". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de **Ceferino y Eusebio** , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Ceferino formalizó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.1 LECriminal . SEGUNDO: Al amparo del art. 852 LECriminal .

TERCERO: Por igual vía denuncia vulneración del art. 120.3 C.E .

La representación de **Eusebio** , basó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por Infracción del art. 852 LECriminal .

SEGUNDO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.1º LECriminal . TERCERO: Por vía del art. 852 LECriminal .

Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 14 de Enero de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia del Tribunal del Jurado de las Islas Baleares de fecha 24 de Octubre de 2014 condenó a Eusebio , como autor de un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar a las penas de tres años de prisión e inhabilitación especial, con el resto de los pronunciamientos del fallo.

Asimismo condenó a su hijo Ceferino como autor de un delito de asesinato con la concurrencia de la agravante de parentesco a las penas de 20 años prisión con los demás pronunciamientos del fallo, tanto penales como civiles.

Contra la citada sentencia se formalizó recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, tanto por parte de Eusebio , como por su hijo Ceferino . Dicho Tribunal en sentencia de 20 de Abril de 2015 rechazó ambos recursos confirmando en su integridad la sentencia apelada.

Es contra esta sentencia que se ha formalizado recurso de casación por parte de ambos condenados, formalizando *cada uno de ellos* un recurso de casación a cuyo estudio pasamos seguidamente.

Segundo.- Antes de entrar en el estudio del recurso formalizado, debemos efectuar una *reflexión previa* sobre la naturaleza del recurso de casación en relación a los juicios competencia del Tribunal del Jurado.

Con las SSTS nº 660/2000 de 12 de Diciembre , 1126/2003 de 19 de Septiembre , la nº 1211/2003 y las más recientes 41/2009 de 20 de Enero , 168/2009 de 12 de Febrero y 717/2009 de 17 de Junio y más recientemente SSTS 85/2012 , 136/2012 , 903/2012 de 21 de Noviembre , 1027/2012 de 18 de Diciembre , 302/2013 de 27 de Marzo , 721/2013 de 1 de Octubre , 127/2015 de 3 de Marzo y 272/2015 de 12 de Mayo , debemos recordar que en sus orígenes históricos, la casación no era sino un *control de legalidad* referido a la interpretación y aplicación de la Ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "*policía jurídica*" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en *garante y custodio del principio de seguridad jurídica*, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "*....la Constitución garantiza.... la seguridad jurídica....*" de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación *descansa sobre el recurso de apelación* , al contrario de lo que ocurre en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación, bien que esta supla y cumpla con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82 , 76/86 , 110/85 y 140/85 , se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Mas recientemente las SSTC 105/03 de 2 de Junio y 116/2006 de 24 de Abril , vuelven a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos, situación que ha quedado superada con la *efectiva* instauración de la doble instancia y casación en los términos fijados en el actual art. 846 ter y 847 LECriminal , en la relación dada por la Ley 41/2015 de 5 de Octubre en vigor a partir del 6 de Diciembre del pasado año, que ya fue anunciada en la L.O. 19/2003 de 23 de Diciembre que estableció en la Disposición Adicional Segunda de dicha Ley el plazo de un año para la efectiva instauración de la segunda sentencia, plazo que el Ejecutivo dejó transcurrir, con creces, de suerte que hasta la actualidad, tal instauración de la segunda instancia ha tenido un exclusivo valor virtual.

En acatamiento estricto al *principio de doble instancia* reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984 que finalmente fue ratificado por España el 15 de Octubre de 2009, *se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación* que en palabras de la Exposición de Motivos "*....aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior....*", lo que permite *resitu*ar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley --principio de legalidad y seguridad jurídica-- máxime en casos como el presente en el que los motivos son por Infracción de Ley.

De lo expuesto, se deriva con claridad que *la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad* correspondiente, y por ello, no

pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, *el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación*, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación.

Tercero.- Recurso de Ceferino .

Su recurso está desarrollado a través de **tres motivos** que coinciden -- como no podía ser de otro modo-- con las cuestiones que vertebraron el anterior recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal del Jurado que, como ya se ha dicho, fue rechazada.

El **primer motivo** de casación al amparo del cauce del error iuris del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebida la no aplicación de la *atenuante analógica de minoría de edad* del art. 21 Cpenal en relación con el art. 69 del Cpenal .

En síntesis, alega el recurrente que cuando cometió los hechos por los que ha sido condenado "*apenas*" tenía 18 años, y aunque expresamente reconoce que no está prevista la atenuante que postula, considera que tenida en cuenta su condición de "*joven*", y como tal comprendida entre los 18 y 21 años, debió aplicársele una atenuación por exigirle el principio de proporcionalidad y adecuación de la pena a ese concreto tramo de edad, que operaría como *fase intermedia* entre la minoría de edad --hasta los 18 años-- y la plena mayoría de edad --a partir de los 21 años--.

El Tribunal de apelación ya dio la *respuesta correcta* a esta cuestión en el f.jdco. quinto de su sentencia.

Retenemos por su claridad el siguiente párrafo de dicho f.jdco:

"...La reforma de 2006 --del Cpenal-- ha suprimido la posibilidad prevista en el art. 69 del Cpenal de aplicar la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores....".

Hay que recordar la precisión contenida en el art. 69 del Cpenal --que formalmente sigue en vigor, aunque sin efecto--, según la cual "*al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regula la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que esta disponga*", tal precisión hacía referencia a la facultad de sustituir la pena impuesta al autor del delito incluido en esa franja de edad en los términos previstos en la LORRP de los Menores, pero esa posibilidad ya fue, primero *suspendida por un plazo de dos años en la L.O. 9/2000 de 22 de Diciembre* .

Posteriormente, la L.O. 9/2002 de modificación del Cpenal dispuso en una disposición transitoria *una nueva suspensión de la vigencia* de tal posibilidad hasta el 1 de Enero de 2007.

Finalmente, la L.O. 8/2006 de 4 de Diciembre, suprimió, *definitivamente* la posibilidad de aplicar la LORRP de los Menores a los infractores comprendidos entre los 18 y los 21 años, pero, sin duda *por olvido* , tal posibilidad --teórica y vacía de contenido-- queda en el art. 69 Cpenal que carece de contenido práctico.

En definitiva está suspendida la aplicación de la L.O. 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores en lo referente a los infractores con edades comprendidas entre los 18 y 21 años con la consecuencia de que la posibilidad contemplada en el art. 69 del Cpenal no es de aplicación, como viene a reconocer el propio recurrente en su motivo. Por otra parte, *la jurisprudencia de esta Sala así lo tiene declarado* . En la STS 1363/2004 se declara que el sometimiento de los infractores con edad superior a 18 años al Cpenal hasta los 21 años, a la justicia de menores, (posibilidad, *no obligación*), obedecía solo a consideraciones preventivo- especiales y no a suponer una menor culpabilidad por el delito cometido.

En el mismo sentido, la STS de 4 de Diciembre de 2012 declara que la edad del autor del delito, una vez superado el límite de la jurisdicción de menores --hasta los 18 años-- *no puede operar influyendo en la culpabilidad* del autor del delito en clave atenuatoria.

Dicho más claramente, *se es o no mayor de edad desde la perspectivapenal y no cabe una mayoría de edad incompleta* , con independencia de que puedan serle aplicados a la persona concernida los expedientes de atenuación recogidos en el art. 21 Cpenal como atenuante o eximente incompleta pero *nofundadas* en la edad mayor de 18 años, pero inferior a 21 años.

Procede el rechazo del motivo .

Cuarto. - El *motivo segundo*, por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales alega quiebra del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto apartado de la motivación referente a la *individualización de la pena que se le impuso, de 20 años de prisión*.

Se dice en el motivo que se le impuso en el máximo legal posible, dentro del abanico imponible que iba desde los 17 años, 6 meses y 1 día hasta los 20 años de prisión --f.jdco. sexto de la sentencia de apelación--.

El motivo carece de toda consistencia y como bien razona el Tribunal de apelación en el f.jdco. sexto, la concurrencia de la agravante de parentesco, sitúa la pena imponible, en la *mitad superior* de la pena indicada en el art. 139

Cpenal en vigor en el momento de los hechos, pena en abstracto situada entre los 15 hasta los 20 años, *mitad superior* desde los 17 años, 6 meses y un día hasta los 20 años y dentro de ese abanico le impuso el máximo legal de 20 años de prisión.

Solo decir que verificamos en este control casacional la corrección del tribunal de apelación al considerar que la individualización judicial de la pena impuesta *satisface las exigencias de la imprescindible motivación*.

Retenemos el siguiente párrafo de la sentencia de apelación:

"El Magistrado-Presidente, en contra de lo que se sostiene en el recurso, motivó suficientemente la imposición de la pena máxima y no tuvo en cuenta únicamente la "gravedad del hecho" sino también las "circunstancias personales del delincuente" como lo demuestra, para cualquier lector imparcial, el mismo texto en el que se dice: "Las características de la agresión sitúan la conducta de Eusebio en los límites del ensañamiento, el detalle de la localización de marcas digitales en el mentón de Teodora *demonstrativas de que su hijo lo levantó antes de estrangularla hablan de una desmedida crueldad en la ejecución, y la muerte violenta de su madre no es más que el episodio final de una continuada actitud de desprecio y maltrato - con algún episodio de desmedida violencia-* no reprochable de manera autónoma al ser el hoy acusado menor de edad. Si se añade la comprobada ausencia de cualquier sentimiento de culpa o arrepentimiento en el autor -su declaración al final de las sesiones del plenario sonó impostada- todos los factores a considerar para la concreción de la pena a imponer remiten al máximo reproche legal".

Como ya tiene declarado esta Sala, el grado de la pena debe de satisfacer y ser *proporcional* tanto a la *gravedad* de los hechos como especialmente al *grado de culpabilidad*, esta última es especialmente llamativa por la *falta de humanidad apreciada en el recurrente para con su madre*, así como una reiteración de su actividad hasta que acabó con la vida de aquella, acreditado en las tres *secuencias consecutivas* que finalmente acabaron con su vida ya que como se recoge en los hechos probados primero la arrojó al suelo con violencia, dejándole boca abajo, herida y aturdida, para seguidamente tras desplazarse a otra habitación de la casa, coger una mancuerna de tres kilos, y golpearla con ella en la cabeza, ocasionándole un traumatismo craneoencefálico, para a continuación rematar su acción --y aquí el término tiene su propio sentido literal-- tras hacerse con un cable eléctrico enrollándolo al y cuello y apretarlo hasta estrangularla por asfixia mecánica.

Procede la desestimación del motivo.

Quinto.- El *tercer motivo* se refiere a la falta de motivación en relación a la *indemnización por daño moral* acordada en favor de las hermanas y madre de la fallecida que fijó en 80.000 euros para la madre y 60.000 euros para cada hermana.

Retenemos la argumentación del tribunal de apelación al dar respuesta a esta cuestión en el recurso de apelación.

Se denuncia por el recurrente que la sentencia no ha realizado "*actividad alguna con respecto a la cuantificación del daño moral*". El mismo defecto adolecería el petitum del recurso en el que, sin más precisión, se solicita "*una nueva cuantificación del daño moral por la Sala, adecuándola o eliminándola conforme a los parámetros expuestos*".

Consideró el Tribunal de Apelación dando respuesta a la denuncia efectuada que:

"....Sin embargo la realidad de la sentencia es otra pues el Magistrado-Presidente concede lo solicitado por el Ministerio Fiscal que, sin duda, habrá usado las cantidades que normalmente se manejan por la Fiscalía en casos semejantes y aquel ha ponderado especialmente que "*las tres hermanas de Teodora y su madre estaban avisadas de la situación por la que atravesaba su hermana e hija, que intentaron que la víctima reclamara ayuda o pusiera final a su padecimiento sin conseguirlo y que conocer los detalles de la forma en que su pariente directa fue asesinada por su sobrino aumenta exponencialmente el dolor....*" .

En relación al daño moral, esta Sala de Casación tiene declarado que su existencia y cuantificación *corresponden al tribunal de instancia*, cuyo criterio y decisión, como tribunal ante el que se practicó toda la prueba, debe ser, en principio aceptado por las instancias superiores, *siempre que se fundamente su existencia y cuantía*, es decir, que tenga la necesaria motivación exigible a *todos* los pronunciamientos que integran el fallo, y por lo tanto, que se sitúe extramuros de toda arbitrariedad tanto por ausencia de motivación como por fijar cantidades desmesuradas y/o desproporcionadas, o cuando rebasen las solicitudes de las partes concernidas.

El daño moral, por su propia naturaleza carece de una determinación precisa, y por ello, la existencia y cuantificación del daño moral solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de la reparación del daño producido en la esfera moral por la ofensa delictiva, atendiendo especialmente a la naturaleza y gravedad del hecho y al dolor moral producido en las personas. SSTS 915/2010 ; 562/2013 ; 684/2013 ó 799/2013 .

Desde esta doctrina *verificamos en este control casacional* que el tribunal de apelación razonó de forma cumplida que el tribunal del jurado justificó --incluso con su cita en el hecho probado nº 11 de la sentencia-- la existencia de un daño moral para la madre y las tres hermanas de la fallecida es real y cuantificable, con independencia de que no existiera ninguna asistencia económica; la madre y las tres hermanas *estaban* al tanto de la situación de dominación, temor y agresión en que se encontraba la fallecida y del *cruel* escenario en el que se desarrollaba su vida, y en esta situación, fluye de forma natural, lógica y espontánea, la necesidad de que el *dolor producido* por la muerte de la hija y hermana a manos de su propio hijo, en la forma relatada por el jurado, *sea compensada con una indemnización pecuniaria*, --la única posible-- cuya cuantía sobre estar justificada no es desproporcionada ni arbitraria.

Procede la desestimación del motivo .

Sexto.- Recurso de Eusebio .

Se trata del padre del anterior. Su recurso está desarrollado a través de **tres motivos** a cuyo estudio pasamos seguidamente.

El **primer motivo** denuncia violación del derecho a la *presunción de inocencia* por inexistencia de prueba de cargo capaz de sostener la condena por el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173-2º, es decir el tipo agravado del maltrato que remite a que dicho maltrato se haya ejecutado --en lo que aquí interesa-- en presencia de menores, o utilizando armas, o en el domicilio de la víctima o en el común.

Se dice por el recurrente que el hecho descrito en los párrafos 6, 7, 8 y 9 del *factum* de la sentencia de instancia está fundado en declaraciones testimoniales de referencia que no vieron las agresiones y malos tratos que se dicen causados ex-ante por el recurrente a su mujer.

Al igual que en el resto de las denuncias efectuadas, las mismas dieron vida al recurso de apelación instado ante el Tribunal Superior de las Islas Baleares y en dicha sentencia. El tribunal efectuó un acabado estudio de la sentencia de instancia, verificando la existencia de prueba de cargo capaz de soportar la condena; a tal efecto basta con la lectura del extenso f.jdco. segundo de la sentencia de apelación donde tras exponer en términos correctos la doctrina sobre la validez de los testigos de referencia, únicos posibles cuando en casos como el presente, la víctima los sufrió *en la intimidad del hogar*, no los denunció en su momento, y finalmente resultó fallecida por la agresión de su hijo, el tribunal se refiere al *diario que llevaba la fallecida* y que solo era conocida por su hermana Macarena, que lo localizó en el domicilio y diario que accedió al conocimiento del jurado, donde se reflejaban insultos, agresiones y manifestaciones tanto del recurrente como de su hijo en relación al papel que desempeñaba la fallecida en el domicilio familiar.

Retenemos el estudio individualizado que se contiene en la sentencia de apelación en relación a los diversos testimonios relativos al maltrato sufrido por la fallecida.

1º La testigo Berta es testigo directo del "terror que verbalizaba su amiga" y de haber visto en tres ocasiones "señales de violencia en la anatomía de su vecina". Fue, además, quien recomendó a la víctima que denunciara los hechos y quien oyó como ésta respondió que no lo haría pues "temía por su vida por la reacción de padre e hijo", respuesta totalmente coherente con lo apreciado por ella misma en su calidad de "vecina", "amiga" y "persona de confianza de la víctima" lo que, a su vez, explica que esta se sincerara con ella.

2º También es testigo directo la "vecina" Jacinta del "trato despectivo que Eusebio padre dispensaba a su mujer en las reuniones de comunidad" en las que "le mandaba callar en un tono que resultaba llamativo a los presentes" y de las "órdenes dirigidas a Teodora por el hueco de la escalera".

3º El Diario intervenido es indubitadamente de puño y letra de Teodora , hasta el punto de que su estricta literalidad es invocada en su favor por la defensa del recurrente, y en su tenor es apto para dar credibilidad a la testifical de referencia de Marí Juana en la medida en que, por ejemplo, hace consta que "su amiga se quejaba de su condición de criada o sirvienta de padre e hijo", extremo detallado en aquel y tenido en cuenta por el jurado y por el Magistrado-Presidente quien, además, añade que era amiga de la infancia de Teodora y que coincidían cada verano momento en que le contaba lo anterior y "los continuos desplantes en público que su marido le dispensaba".

4º El testimonio de Macarena , no pudo ser sometido a la contradicción de la defensa, al haber fallecido al tiempo del juicio oral, por lo que sus declaraciones policiales, luego ratificadas en el Juzgado, no revisten el grado de prueba anticipada precisamente por no estar presentes en la misma las defensas, que no consta si fueron citadas a dicho acto, y ello en atención a la jurisprudencia expuesta que, en realidad, únicamente está encaminada a evitar que en estas circunstancias un testimonio semejante pueda ocasionar una condena fundada "exclusiva o de forma determinante" en él.

No hay duda de lo que dijo en policía, en Zaragoza y en Palma, y en el Juzgado. La declaración en Zaragoza fue efectuada el día siguiente de la muerte de su hermana y el funcionario que la recogió reconoció, como expresa el Magistrado-Presidente, "desconocer los detalles de los hechos por los que se había de tomar declaración" lo que refuerza la idea, expresada por dicho funcionario, de la "espontaneidad" del testimonio.

Sabemos que el Magistrado-Presidente escribe que Macarena conocía la existencia del diario de su hermana y el lugar en el que se encontraba, lo que fue determinante para su localización, y ello es signo, sin necesidad de mayor razonamiento, de la gran calidad de sus conocimientos sobre el mundo de su hermana .

Macarena refirió, en sus declaraciones, que el hijo propinaba "patadas y puñetazos" a su madre en todas las partes del cuerpo (f.642) y esto viene confirmado en el diario (fs. 178 vto y 179) en el que se atribuye al hijo "puñetazos constantes en el brazo, con moratones negros que duran cuatro semanas"; "golpes sin parar en el pecho con moratones"; "manotazo en la mano con dedos morados"; "31 de diciembre de 2010". Ultimo día del año estando yo sentada y con la mano derecha me dio un fuerte puñetazo en las cervicales y en el centro de la columna"; "Miércoles 19 de enero de 2011, al irse al colegio en la puerta de casa un bofetón en la cara, Resultado la mejilla roja y luego me salió un morado"; "Viernes 21, 4 de la tarde, puñetazo en la parte izquierda de la boca. Resultado: labio superior hinchado y sangrando"; "Martes 25 de enero, 4 de la tarde 20, bofetón en la mejilla izquierda; resultado: cara roja con dolor en la mandíbula"; sábado 5 de febrero 5 h. 15 de la tarde, patada en la pierna izquierda. Resultado moratón con dolor".

El jurado escribe que "También su hermana Macarena relata el consentimiento absoluto del padre en todas las acciones del hijo" y esto ya se deduce de las declaraciones, efectuadas con contradicción, de las testigos Marí Juana , Berta y Jacinta y corroboradas por el apunte del Diario referido a que "me dijo papá que solo te necesitamos para hacer de criada tu eres solo eso, tu obligación es servirme, gracias que tienes una casa y comes gratis".

Esta anotación es extraordinariamente clarificadora pues demuestra el clima de profundo desprecio y maltrato a su mujer que el marido había instaurado en la casa, que acabó en funesta tragedia, y que es expuesto por el Magistrado-Presidente al escribir que la situación "era tolerada y consentida por el padre del menor y marido de la víctima, que fácilmente hubiera podido acabar con la situación por la que pasaba la mujer y que no hizo ni un solo esfuerzo para controlar".

Por todo ello las referidas diligencias policiales y sumariales introducidas en el plenario mediante su lectura no son totalmente desaprovechables y pueden ser utilizadas, y así se hizo, como elementos corroboradores de los otros medios de prueba practicados con todas las garantías precisamente porque fueron, a su vez, confirmadas por estos, lo que está muy lejos de la utilización prohibida por la jurisprudencia analizada.

5º La "versión de la propia víctima" a la que se refiere el recurrente al escribir en el Diario, en relación al episodio del bote de leche condensada, que "Cuando volví a casa, su padre me vio con el vendaje no me dijo ni una palabra y su hijo por la noche me dijo si me dices una palabra te voy a hacer otros 16 puntos" no excluye, per se, que hubiera estado en el momento en que el hecho acaeció.

En cualquier caso ello es intrascendente pues aún suprimiendo del HP

6 que el recurrente presenciara la agresión de su hijo a la madre en este episodio concreto, subsistiría el resto de su contenido referente a que presenció como su hijo "humilló y despreció en numerosas ocasiones a su mujer ...sin impedirlo, reprenderlo ni denunciarlo" e igualmente permanecerían incólumes los HP 7 y 8.

6º La testigo Isabel , que tuvo una hija con Ceferino , vio directamente "estigmas de agresiones en el cuerpo de Teodora , hasta el punto de hacerle renunciar a acudir a una cita para una mamografía" y le oyó decir a esta que al quejarse de la conducta violenta del hijo ante el marido este siempre respondía que "algo habría hecho la mujer para ser golpeada". Tal queja es totalmente congruente con lo visto por Isabel y con la actitud del marido que se deduce de lo declarado por la testigo Berta y con la observada por la testigo Jacinta y con las anotaciones en el Diario....".

En este y definitivo control casacional , verificamos que la denuncia de vacío probatorio de cargo que se efectúa por el recurrente, carece de consistencia ante la contundente prueba de cargo analizada en la instancia y comprobada en la sentencia de apelación, por lo que en este control casacional debemos concluir con la declaración del rechazo de la denuncia .

El recurrente fue condenado en virtud de prueba de cargo legalmente obtenida con todas las garantías, la que fue ingresada en el plenario, donde fue sometida a la contradicción que fue posible, y por tanto en relación a las declaraciones de Macarena , dado su fallecimiento anterior al plenario, y que sus declaraciones en sede sumarial no fueron contradichas , fueron excluidas del acervo probatorio, pero ello no impidió verificar y valorar el resto de testimonios así como el diario de la fallecida de cuya autoría no existe duda, y todo ello en sintonía con lo declarado en la sentencia de apelación, acreditó una prueba de cargo capaz de provocar el derecho a la presunción de inocencia, prueba que fue razonada y razonablemente valorada, alcanzando el axiomático juicio de "....certeza más allá de toda duda razonable....", que constituye el estándar exigible para todo pronunciamiento condenatorio, como esta Sala, el Tribunal Constitucional y el TEDH tienen declarado con reiteración.

Es obvio, por lo demás, que ese maltrato y agresión continuado del recurrente a su esposa y del que existen datos suficientes para declararlo, constituyeron el perverso aprendizaje que fue recibiendo el hijo , y del que también hay testimonios estremecedores en el diario de la fallecida y del que como botón de muestra podemos citar las expresiones del diario recogidas en la sentencia de apelación y en la de primera instancia, dichas por el hijo a su madre:

"....Me dijo papá que solo te necesitamos para que nos sirvan....". "....Hija de puta, te voy a poner lejía en el agua cuando tenga 18 años, te irás de mi casa, me dijo papá que solo te necesitamos para hacer de criada, tú eres solo eso, tu obligación es servirme, gracias que tienes una casa y comida gratis....".

Por no hablar del lanzamiento de un bote de leche condensada por parte del hijo a su madre en presencia del recurrente, reflejado en el hecho probado y que solo tuvo por respuesta del padre una total pasividad "sin impedirlo, reprimirlo ni denunciarlo" --hecho 6 del factum --.

Los primeros sentimientos que todo ser humano recibe al nacer son los de amor, atención y cariño.

Nadie nace odiando, y por lo mismo, nadie nace maltratador o agresor y menos contra los progenitores. A odiar como a maltratar se aprende.

Los padres le dan al hijo el ser, el sustento y la condición de ser social. Cuando esa escuela inicial y fundamental que es la familia está definida por la dominación y el desprecio, el sometimiento, la vejación y la victimización, se está en el retrato del negativo de lo que debe ser la familia como escuela de convivencia y respeto .

Es evidente que el recurrente no solo convirtió su relación con su mujer en una situación de dominación y de miedo, sino que transmitió esos valores a su propio hijo quien libre y acríticamente los aceptó y los llevó a efecto de la forma trágica descrita.

Procede la desestimación del motivo .

Séptimo.- El **segundo motivo** , por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebida la aplicación del tipo agravado del maltrato del párrafo 2º del art. 173 Cpenal .

En síntesis, viene a decir que no consta acreditado que la situación de maltrato habitual por la que ha sido condenado el recurrente fue cometida en el domicilio en presencia de hijos menores.

Hay que recordar que el cauce casacional utilizado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado, pues bien, en los apartados 6, 7, 8 y 9 del factum se hace referencia al lanzamiento por el hijo de un bote de leche a su madre estando presente el recurrente, que éste en numerosas ocasiones por toda explicación a las agresiones del hijo a su madre, decía que su mujer algo habría hecho, que delante de los vecinos la trataba despectivamente, que la abofeteaba en repetidas veces y que como se dice en la

sentencia de primera instancia --f.jdco. sexto--: *"....convirtieron la vida conyugal y maternal de la víctima en un constante padecimiento y en este tuvo papel protagonista y principal su marido...."* habiéndose cometido tales actos "en el domicilio familiar escenario final de la progresión violenta de Eusebio hijo".

El recurrente alega que no se concreta el escenario donde tales actos pudieron ocurrir y *no* está acreditado que los mismos ocurrieran en el domicilio conyugal *ni* que estuviera el hijo menor presente.

La sentencia de apelación responde a tal alegación de forma clara en el f.jdco. tercero en la línea ya descrita en la sentencia del jurado.

Ciertamente en los hechos 6 a 9 del *factum* *no* se dice expresamente que ocurrieran en el domicilio conyugal, pero *está implícito* ese escenario en la medida que *todo el hecho probado se desarrolló en el domicilio conyugal*, tanto la muerte de Blanca a manos de su hija como el maltrato a que la sometía el recurrente y en este sentido, el tribunal de apelación recoge frases del diario de la fallecida, que ya fue analizado por el jurado donde se concretan lugares como "pasillo", "comedor", "salita", "habitación del padre", y otras expresiones semejantes que ubican con claridad el domicilio conyugal como el lugar donde se produjeron los maltratos del recurrente, el lanzamiento del bote de leche por parte del hijo a su madre, y finalmente, la muerte dada a ésta por el hijo. Es un *continuum* que se desarrolló en el domicilio con lo que la aplicación del subtipo agravado del párrafo 2º del art. 173 Cpenal es claro, como también lo es que Eusebio hijo no solo estaba presente en ocasiones sino que fue cuidadosamente instruido por su padre sobre la forma de tratar a su madre.

Basta recordar las frases del hijo *"....me dijo papá que solo te necesitamos para que nos sirvas...."* y otras semejantes que constan en el diario de la víctima.

Por lo demás, basta recordar que el subtipo agravado del art. 173-2º Cpenal *solo* exige o bien que el maltrato se produzca en el hogar común o el de la víctima, o que estén presentes menores, por lo que *basta una de las circunstancias*, y es claro que la de ocurrir el hecho en el domicilio conyugal es clara y patente.

Más aún, suponer la presencia del menor en los insultos y maltratos que el padre infringía a su esposa *no* es un salto en el vacío, sino conclusión razonable que se extrae del dato incontestado de que el hijo compartía tal situación y así lo relató la propia madre en su diario y se exteriorizó en las agresiones de éste.

Procede la desestimación del motivo .

Octavo.- El **motivo tercero** denuncia la infracción del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el apartado correspondiente a la *individualización judicial de la pena* que se le impuso al recurrente.

El art. 173-2º Cpenal impone la pena del delito de maltrato habitual -- por el que ha sido condenado el recurrente-- *en su mitad superior* cuando los actos de violencia se cometan, entre otros casos, *en presencia de menores o en el domicilio conyugal* .

Ya se ha declarado en el motivo anterior la corrección de la calificación jurídica de los hechos imputados al recurrente. Partiendo de esta premisa, la pena del delito de maltrato, subtipo agravado del maltrato habitual del art. 173-2º Cpenal tiene una pena en abstracto de *seis meses a tres años* que se impondrá en la mitad superior si los hechos se hubieran cometido en el domicilio conyugal o en presencia de menores se impondrá en la mitad superior, es decir, entre un año, nueve meses y un día, hasta los tres años.

Dentro de este abanico, el tribunal del jurado impuso *la máxima de tres años con una adecuada motivación* que fue considerada suficiente por el tribunal de apelación --f.jdco. cuarto--.

La pretensión del recurrente de reconducir el tipo al básico del art. 173-1º Cpenal no es posible porque el relato probado tiene *todos* los elementos propios del maltrato habitual del art. 173-2º Cpenal, *además* agravado por el escenario donde ocurrieron los mismos.

No hubo pues ni violación del non bis in idem ni del acusatorio . Todas las acusaciones efectuaron esta calificación y no se produjo exceso en la pena en relación a las peticiones como se reconoce en la sentencia de apelación donde se recuerda que el Ministerio Fiscal y las acusaciones solicitaron la máxima pena imponible que fue, la de los tres años de prisión.

Procede la desestimación del motivo .

Noveno.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede la imposición a ambos recurrentes de las costas de sus respectivos recursos.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones de **Ceferino y Eusebio** , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de fecha 20 de Abril de 2015 , con imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes y póngase en conocimiento de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, con devolución de la causa a este último e interesando acuse de recibo.

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

Cándido Conde Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano

Antonio del Moral García Joaquín Giménez García

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquín Giménez García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.