

Roj: **STS 2944/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2944**Id Cendoj: **28079120012016100544**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/06/2016**Nº de Recurso: **10776/2015**Nº de Resolución: **535/2016**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 713/2015,**  
**STSJ CAT 8100/2015,**  
**STS 2944/2016**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley y vulneración de precepto constitucional interpuesto por la representación de Sergio y la acusación particular de Jose Ramón , Olga , Jesús Luis , Silvia , Luis Andrés E Ariadna , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 9 de febrero de 2015, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando Sergio representado por la Procuradora Sra. García-Perrote Latorre; y la acusación particular de Jose Ramón , Olga , Jesús Luis , Silvia , Luis Andrés e Ariadna representada por la Procuradora Sra. Munteanu Null; y como recurrido; Cornelio representado por la Procuradora Sra. Del Campos Fraguas.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de Granollers, instruyó Procedimiento de Jurado núm. 25/2013 contra **Sergio y Cornelio** , por delito de asesinato, y una vez concluso lo remitió al Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 9 de febrero del 2005 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "**PRIMERO.** - *Se declara probado, conforme al veredicto emitido por el Jurado que: En fecha 27 de enero de 2012, sobre las 11:30 horas de la mañana, la Sra. Teresa regresó a su domicilio, sito en la CALLE000 , n° NUM000 , NUM001 de Canovelles, tras realizar su compra en el supermercado, situado en la misma localidad, ubicado a escasos 300 metros de distancia.*

*Al regresar a su domicilio Teresa , se hallaban únicamente en el interior de la vivienda los acusados, Sr. Sergio , mayor de edad, sin antecedentes penales, esposo de la misma, y Cornelio , cuñado de aquélla, mayor de edad y carente de antecedentes penales.*

Teresa fue atacada en el interior de la vivienda, con un cuchillo de cocina de grandes dimensiones, siéndole asestadas múltiples puñaladas, infligiéndole un total de 21 heridas en zonas vitales de su cuerpo, en cabeza, herida cortante oblicua parietal de 8 cm y herida en scalp en cuero cabelludo de 7 cm., llegando ambas heridas al hueso con mella cortical, en cara, herida en la hemicara derecha, a nivel del maxilar inferior descendente de 5 cm, con lomo inferior y herida penetrante de arriba a abajo con ligero hematoma perimortem, en mama derecha, herida de 5 cm. inciso penetrante en la zona axilar submamaria, en tórax, herida penetrante de 4 cm. en dirección descendente, herida penetrante oblicua izquierda de 2 cm, herida a nivel de la mama izquierda



cortante de 3 cm, herida penetrante oblicua derecha a nivel de la mama izquierda de 5 cm., en brazo izquierdo herida cortante en hombro izquierdo en la zona deltoidea de 8 cms., herida penetrante ascendente de 4 cm. en la zona subdeltoidea, herida inciso penetrante en la zona bicipital de 6 cm., herida defensiva cortante superficial en el dorso de antebrazo de 9 cm., herida defensiva cortante en la muñeca izquierda latero-interna de 6 cm. En cara posterior, herida inciso penetrante en el dorso del brazo derecho de 4 cm. herida tipo scalp en el dorso del brazo derecho en 1/3 medio de 6 cm., herida cortante profunda con trayecto oblicuo derecho descendente perpendicular a la herida anterior en el tercio superior, herida cortante oblicuo descendente, encima de la fosa renal izquierda que penetra a cavidad torácica y abdominal por espacio intercostal de 11 cm. y herida a nivel de omoplato izquierdo inciso penetrante de trayecto ascendente.

La víctima, Teresa , falleció entre las 11:30 horas y las 12 horas del día 27 de enero de 2012, en el salón comedor de la vivienda, quedando recostada encima de un sofá, a causa de un shock hipovolémico por hemorragia.

La víctima, Teresa , no pudo oponer defensa eficaz alguna ante el violento y sorpresivo ataque sufrido en su propio domicilio, de forma súbita y repentina, estando desprevenida, situación que era conocida y aprovechó quien la agredió.

*Además de acabar con la vida de Teresa , se le ocasionó un gran sufrimiento innecesario a consecuencia del número de lesiones producidas y las zonas del cuerpo en las que se infligió su ataque, siendo innecesarias algunas de ellas para causarle la muerte, por lo que sufrió una agonía durante el desangrado.*

La víctima, Teresa , y sus hijos, Jose Ramón , Olga , Luis Andrés , Jesús Luis , Ariadna , Silvia y Marí Luz , todos ellos mayores de edad, venían padeciendo, de forma continuada y persistente, una situación de grave maltrato físico y psicológico, recibiendo golpes, insultos, vejaciones, humillaciones, desprecios y amenazas.

La víctima, Teresa , había decidido poner fin a la relación matrimonial, al hacérsele insostenible la situación, pero por miedo y temor a posibles represalias, no había llegado a interponer denuncia por maltrato continuado ni promovido demanda de separación o divorcio contra su esposo, el acusado, Sergio .

El acusado, Sergio , esposo de Teresa , con ánimo de acabar con la vida de Teresa o, cuando menos, asumiendo que su acción pudiera producirse, con elevadísima probabilidad, un resultado mortal, le asestó con un cuchillo de cocina de grandes dimensiones 21 puñaladas, las cuales le ocasionaron la muerte por un shock hipovolémico por hemorragia aguda.

El acusado, Sergio , esposo de Teresa , aprovechó que la víctima, Teresa , no esperaba ni preveía el ataque mortal descrito, y no pudo oponer defensa eficaz alguna.

El acusado, Sergio , además de acuchillar repetidamente a su esposa, Teresa , acabando con su vida, le ocasionó un gran sufrimiento innecesario a consecuencia de las 21 puñaladas asestadas, siendo todas las lesiones vitales, y algunas de ellas innecesarias para producirle la muerte.

El acusado, Cornelio , con conocimiento de lo que estaba haciendo su hermano Sergio , permaneció en el lugar de los hechos apoyando a su hermano con su presencia, y ,sin hacer nada para evitar el desenlace de lo ocurrido.

El acusado, Cornelio , se ausentó del lugar de los hechos, siendo detenido sobre las 01:40 horas del día 28 de enero de 2012, en una calle de Granollers.

El acusado, Sergio , abandonó el lugar de los hechos, sobre las 12 horas del mediodía, de forma precipitada al llegar al domicilio familiar su hijo Jose Ramón , siendo detenido sobre las 0:15 horas del día 29 de enero de 2012, en la localidad de Requena.

*La víctima, Teresa , en el momento de su fallecimiento, era madre de siete hijos, todos ellos mayores de edad, Olga , Luis Andrés , Jesús Luis , Ariadna , Jose Ramón , Silvia y Marí Luz .*

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "**FALLAMOS:** "Que, de acuerdo con el veredicto formulado por el Jurado, DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado, Sergio , ya circunstanciado, en concepto de autor, criminalmente responsable de un delito de ASESINATO con alevosía y ensañamiento, precedentemente definido, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de parentesco, a la pena de VEINTICINCO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de INHABILITACIÓN ABSOLUTA durante el tiempo de la condena, así como la pena accesoria de prohibición de aproximación respecto a los siete hijos de la víctima fallecida, debiendo mantenerse alejado a una distancia mínima de 1.000 metros de los mismos, de sus respectivos domicilios, lugar de trabajo y de donde se encuentre, y se le impone, asimismo, la pena accesoria de prohibición de comunicación con los hijos habidos del matrimonio con la finada, por cualquier medio, y por tiempo superior a DIEZ AÑOS, a la pena de prisión impuesta.



En cuanto a los SEIS DELITOS DE MALTRATO HABITUAL, tipificados en el art. 173.2 del C. Penal , se está en el caso de imponer al acusado, por cada uno de los delitos, la pena de DIECIOCHO MESES DE PRISIÓN, por cada delito, con la accesoria de privación a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años, y, asimismo, conforme a los arts. 57.1 y 2 y 48.2 y 3 del C. Penal , se le impone la pena accesoria de prohibición de comunicación, a una distancia no inferior de 1.000 metros, en relación a cada uno de los seis hijos, con prohibición de acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o donde se hallaren durante CINCO AÑOS, así como prohibición de comunicación, por cualquier medio con los mismos, durante dicho período, así como al pago de las costas procesales causadas en el presente procedimiento, con inclusión de las devengadas por la Acusación Particular, por mitad e iguales partes con el otro acusado devenido condenado.

Asimismo, y, en concepto de responsabilidad civil dicho acusado, devenido condenado, con carácter principal, deberá indemnizar a los siete hijos de la finada, Teresa , Jose Ramón , Olga , Silvia , Luis Andrés , Ariadna , Jesús Luis y Marí Luz , a cada uno de ellos, en la suma de 75.000 euros, con los intereses legales previstos en el art. 576 de la LECivil .

Abónese al condenado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa y dese a los efectos intervenidos el destino legal.

Ni que decir tiene que todo ello con el límite penológico contemplado en el art. 76 del C. Penal .

Que, de acuerdo con el veredicto formulado por el Jurado, DEBO CONDENAR CONDENO al acusado, Cornelio , ya circunstanciado, en concepto de cómplice, en la modalidad de complicidad omisiva, criminalmente responsable de un delito de HOMICIDIO consumado, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de INHABILITACIÓN ABSOLUTA durante el tiempo de la condena, así como la pena accesoria de prohibición de aproximación respecto a los siete hijos de la víctima fallecida, debiendo mantenerse alejado a una distancia mínima de 1.000 metros de los mismos, de sus respectivos domicilios, lugar de trabajo y de donde se encuentren, y se le impone, asimismo, la pena accesoria de prohibición de comunicación con los hijos habidos del matrimonio con la finada, por cualquier medio, y por tiempo superior a DIEZ AÑOS, a la pena de prisión impuesta.

En cuanto a los SEIS DELITOS DE MALTRATO HABITUAL, tipificados en el art. 173.2 del C. Penal , se está en el caso de imponer al acusado, por cada uno de los delitos, la pena de DIEZ MESES DE PRISIÓN, por cada delito, con la accesoria de privación a la tenencia y porte de armas por tiempo de DOS AÑOS, y, asimismo, conforme a los arts. 57.1 y 2 y 48.2 y 3 del C. Penal , se le impone la pena accesoria de prohibición de comunicación, a una distancia no inferior de 1.000 metros, en relación a cada uno de los seis hijos, con prohibición de acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o donde se hallaren durante CINCO AÑOS, así como prohibición de comunicación, por cualquier medio con los mismos, durante dicho período, así como al pago de las costas procesales causadas en el presente procedimiento, con inclusión de las devengadas por la Acusación Particular, por mitad e iguales partes con el otro acusado devenido condenado.

Asimismo, y, en concepto de responsabilidad civil dicho acusado, devenido condenado, con carácter subsidiario, deberá indemnizar a los siete hijos de la finada, Teresa , Jose Ramón , Olga , Silvia , Luis Andrés , Ariadna , Jesús Luis y Marí Luz , a cada uno de ellos, en la suma de 75.000 euros, con los intereses legales previstos en el art. 576 de la L. E. Civil .

Abónese al condenado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa y dese a los efectos intervenidos el destino legal.

Todo ello, en su caso, con la limitación penológica contemplada en el art. 76 del C. Penal .

Notifíquese esta resolución a todas las partes comparecidas en el proceso y a los perjudicados por el delito, con la expresa advertencia de que no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el plazo de diez días desde la última notificación."

Esta resolución fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurso que fue resuelto por sentencia de fecha 16 de julio de 2015 .

La Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal de Justicia de Cataluña, recurrida ante esta Sala, dictó el siguiente pronunciamiento:

1. DESESTIMAR íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. D<sup>a</sup> María Jesús Corcuera Labrado en representación del condenado por el Tribunal del Jurado Sergio contra la sentencia dictada en 9 de febrero de 2015 por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona (P. J. núm. 25/2013 );



2. *ESTIMAR* parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. D. Jordi Bassedas Ballús en representación del condenado por el Tribunal del Jurado D. Cornelio contra la indicada sentencia, que, por tanto, se modifica en el sentido de

3. *ABSOLVER* a D. **Cornelio** del delito de homicidio por el que fue condenado en concepto de cómplice por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, con todos los pronunciamientos favorables, lo que incluye dejar sin efecto, además de las penas, la condena a la responsabilidad civil directamente derivada del mismo y a la mitad de las costas de primera instancia; y de

4. *CONDENAR* a D. **Sergio** como autor responsable de seis delitos de malos tratos habituales descritos en la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado en 9 febrero 2015, con la concurrencia en cada uno de ellos de una circunstancia atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica (esquizofrenia paranoide crónica), a seis penas de **SEIS MESES de prisión**, con las accesorias correspondientes, que incluyen las prohibiciones de tenencia de armas, de acercamiento y de comunicación que se disponen en la sentencia recurrida, así como la responsabilidad civil consecuente en favor de cada uno de los perjudicados, en las cuantías que también dispone la sentencia recurrida. Procede declarar de oficio las costas de esta alzada, sin condena a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 LECrim .".

La Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal de Justicia de Cataluña, recurrida ante esta Sala, con fecha 20 de julio de 2015 dictó Auto de Aclaración, con la siguiente **PARTE DISPOSITIVA**: LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA, ha decidido: ACLARAR la Sentencia de 16 de julio de 2015 dictada por esta Sala, en el sentido de subsanar el error producido en su parte dispositiva, punto 4. que quedará redactado del modos siguiente: 4. **CONDENAR** a D. **Cornelio** como autor responsable de seis delitos de malos tratos habituales descritos en la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado en 9 de febrero de 2015, con la concurrencia en cada uno de ellos de una circunstancia atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica (esquizofrenia paranoide crónica), a seis penas de seis meses de prisión, con las accesorias correspondientes, que incluyen las prohibiciones de tenencia de armas, de acercamiento y de comunicación que se disponen en la sentencia recurrida, así como la responsabilidad civil consecuente a favor de cada uno de los perjudicados, en las cuantías que también dispone la sentencia recurrida".

**Tercero.**- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Sergio y la acusación particular de Jose Ramón, Olga, Jesús Luis, Silvia, Luis Andrés e Ariadna**, que se tuvo 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.

**Cuarto.**- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación de Sergio :

PRIMERO.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

SEGUNDO.- Por infracción de Ley, en la faceta de error facti del artículo 849.2 LECrim, denuncia que no se haya aplicado la eximente de alteración mental del artículo 20.1 o la incompleta del artículo 21.1 del CP.

TERCERO.- Por error iuris del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia aplicación indebida del artículo 139.1º CP.

CUARTO.- Por error iuris del artículo 849.1 LECrim, denuncia aplicación indebida del artículo 139.3ª CP.

La representación de la acusación particular de Jose Ramón, Olga, Jesús Luis, Silvia, Luis Andrés e Ariadna :

PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO.- El primero se interpone por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de indefensión del artículo 24.2 CE, en relación con el deber de motivación de la sentencia impuesto por el artículo 120.3 CE. El segundo y tercero se interponen por infracción de Ley del artículo 849 LECrim, por error iuris y error facti, respectivamente aduciendo inaplicación indebida de los artículos 29, 138, 11 y 63 del Código Penal.

**Quinto.**- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.**- Por Providencia de esta Sala de fecha 28 de abril de 2016 se señala el presente recurso para fallo para el día 2 de julio del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.





## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

**PRIMERO.-** Analizamos conjuntamente los tres motivos de la oposición pues su formalización expresa una coincidente impugnación en la que alza queja por la absolución en la sentencia de la apelación del acusado Cornelio de complicidad, de participación, en la conducta del condenado por la autoría del delito de asesinato. En el primer motivo denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva que relaciona con el derecho de defensa y la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales. En el segundo y tercer motivo se queja de los errores de hecho y de derecho por la inaplicación de los artículos 29 y 138 del Código penal, aduciendo que el tribunal de la apelación ha realizado una interpretación en contra de la acción penal al revalorar la posición de garante del acusado. Entiende que el acusado absuelto contribuyó a la generación de terror en la familia, lo que supuso la conformación de una posición de garante en la que su inacción, la omisión de un comportamiento dirigido a salvar el bien jurídico, hace que deba ser subsumido, como hizo el Tribunal de Jurado en la complicidad omisiva. Sostiene en el recurso la defectuosa motivación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia dictada en la apelación de la del Jurado, la cual debe ser reinstaurada.

Conviene realizar una primera precisión respecto a la impugnación articulada en este recurso de casación. En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 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 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 colocar a la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley –principio de legalidad y seguridad jurídica, función nomofiláctica típica del recurso de casación.

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 y no pueden ser objeto 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. De la misma manera no puede plantearse en casación una comparación entre lo declarado en la Sentencia del Jurado y lo declarado pro el Tribunal Superior de Justicia en la apelación, optando por una u otra, sino que el objeto de la casación es el de controlar la función jurisdiccional de la sentencia impugnada, esto es, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, teniendo en cuenta que la casación no es una tercera instancia, sino el control de legalidad de la sentencia dictada por este órgano jurisdiccional que ha dictado la sentencia de la apelación.

Sostiene la acusación recurrente que el acusado absuelto participó como cómplice en la muerte de la víctima y que estaba en posición de garante, derivada del hecho de su participación en un estado de terror al que contribuyó junto con el autor del delito y por el que ha sido condenado. La absolución de la complicidad que el Jurado declaró es, además de incongruente, pues el acusado ha sido condenado como autor de un delito de maltrato, e irracional, pues el acusado contribuyó a crear una situación de terror y no impidió la realización del acto que causó la muerte de la víctima. Su inacción es una complicidad por omisión en los términos que declaró el Jurado.

La acusación recurrente no pretende una modificación del relato fáctico su impugnación se refiere al relato fáctico. Éste declara, con respecto del acusado Cornelio, que "con conocimiento de lo que estaba haciendo su hermano Sergio permaneció en el lugar de los hechos apoyando a su hermano con su presencia y sin hacer nada para evitar el desenlace de lo ocurrido". Ese es su comportamiento, en este caso omisivo, no hacer nada mientras que su hermano realizaba una acción que la sentencia califica de asesinato de la mujer del autor, por lo tanto cuñada del acusado. La sentencia objeto de esta casación cuestiona que Cornelio no hubiera sido acusado por el delito de omisión del deber de socorro, y no realiza una revaloración de la prueba, ni la cuestiona, que no ha sido objeto de la impugnación, sino que desde el hecho probado, cuestiona la subsunción en la complicidad para negarlo.

La motivación de la decisión, aspecto al que debemos centrar nuestra decisión, es extensa y destaca, de una parte, que la sentencia objeto de la apelación, no transcriba el veredicto en su integridad. Así destaca aspectos que deben ser tenidos en cuenta en la decisión del Tribunal Superior de Justicia, como la declaración contenida en el veredicto sobre la ausencia de un concierto previo entre los dos acusados; y que la acción del autor de los hechos "se produjo de forma rápida, inesperada y repentina, hallándose la víctima desprevenida". Además,



que "el acusado Cornelio no ayudó ni se prestó a ayudar a su hermano para la realización de la acción", lo que entra en cierta contradicción con otro relato del veredicto al referir que este acusado ayudó de manera eficaz a la agresión mortal con su presencia, sin que fuera esencial ni necesario.

El tribunal de la apelación revisa el veredicto, constata que no ha sido llevado con fidelidad al hecho probado y que se ha producido cierta contradicción que no ha sido objeto de especial impugnación, ni por la acusación ni por la defensa, y, por último, cuestiona que no haya podido acusar al acusado por el delito de omisión del deber de impedir delitos o la omisión del deber de socorro, por lo que la solución que le es requerida se ajusta a la pretensión deducida en el recurso.

En la impugnación de la acusación particular incide en lo que considera una incongruencia en la argumentación de la sentencia, que incide en la falta de tutela judicial efectiva, al negar que estuviera en posición de garante y al tiempo condenar por el delito de maltrato habitual y afirmar en la argumentación que "hubiera sido posible reconocer al recurrente una posición de garante por injerencia".

La sentencia realiza un cuidado estudio de la posición de garante y analiza si ésta puede venir dada por los lazos de familiaridad, que excluye, y por la injerencia derivada de la situación de maltrato habitual a la que el acusado Cornelio había contribuido, que la plantea como posible, pero argumenta que la conducta del acusado Cornelio no pudo influir en el resultado: "no es posible atribuir la condición de garante a quien no consta suficientemente probado que hubiera podido influir en la concreta situación que desembocó en la muerte de Teresa ". Con esta frase el Tribunal Superior niega que el aporte de este acusado, que la sentencia declara consistió en estar presente, fuera relevante para incluirlo en la complicidad. En consecuencia, lo cuestionado no es la posición de garante, sino la naturaleza de la conducta y su consideración de aporte relevante para incluirlo en la complicidad, pues el relato fáctico, complementado con el veredicto, niega la existencia de un acuerdo en la acción y expresa que ésta fue repentina y rápida, consistiendo la conducta de este acusado en estar presente. Deducir de ahí que esa presencia fue causal al resultado es, ciertamente difícil de establecer, pues el relato no permite considerar que el aporte realizado, la presencia, fuera relevante a la ejecución del resultado, siquiera como aporte no necesario, pero aporte.

La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la complicidad omisiva pero ha insistido en la necesidad de determinar el contenido de la acción para no incurrir en arbitrariedad vulneradora del principio de legalidad y de equivalencia de la acción a la omisión. Así la STS 19/2013 de 9 de enero, al declarar que "La admisión de una complicidad omisiva no está exenta de dificultades dogmáticas. La idea de que la posición de garante, una vez afirmada, obliga a impedir la comisión del delito, complica de forma visible la aceptación de una participación omisiva que no imponga en toda su plenitud el deber de actuar. Precisamente por ello, las tesis doctrinales que degradan la autoría hacia formas de complicidad cuando el responsable se limita a no dificultar la comisión del delito, encuentran un obstáculo en el significado mismo de la posición de garante que, conforme al art. 11 del CP, impone un deber de actuar para la evitación del resultado. O se es garante y el incumplimiento del deber de evitar el resultado hace nacer la autoría por omisión o no se es garante y, por tanto, no puede proclamarse una autoría omisiva. Si a ello se añade que nuestro sistema jurídico conoce específicos tipos de omisión para quienes eluden el deber de impedir determinados delitos (cfr. art. 450 CP), las dificultades anunciadas para fundamentar una complicidad por omisión con la cobertura del art. 11 del CP se hacen más evidentes. Pese a todo, la jurisprudencia de esta Sala es unánime en la admisión de la complicidad por omisión, sin que falten resoluciones que advierten de la importancia de prevenir interpretaciones extensivas que erosionen la vigencia del principio de legalidad. Recuerda la STS 1480/1999, 13 de octubre que "la participación omisiva en un delito de resultado ha sido generalmente admitida por la doctrina, incluso con anterioridad a la promulgación del Código de 1995, cuyo art. 11 regula la comisión por omisión. La jurisprudencia a partir de la década de los ochenta (cfr. SSTS 18-3-1982 ; 26-1-1984 ; 31-1-1986 ; 13-12-1988 ; 22-11-1991 ; 24-10-1991 ; 6-4-1992 y 18-12-1996) también la ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias. Más discutible resulta determinar si esa omisión del deber jurídico de actuar ha de ser subsumida en la autoría o en la participación, necesaria o no (...). La participación omisiva encuadrable en la complicidad parte de unos presupuestos: a) favorecimiento de la ejecución, que se integra como presupuesto objetivo; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante". Y la STS 755/1999, 11 de mayo, se refiere a la evolución jurisprudencial sobre la materia, "...admitiendo esta forma de participación sólo en aquellos casos en que el omitente se hallaba en posición de garante. [...] La solución es por supuesto correcta, aunque no sean desdeñables sus eventuales incidencias negativas sobre el principio de legalidad si se adopta de manera indiscriminada".

En el caso de esta casación, el Tribunal Superior de Justicia absuelve de la complicidad a quien realiza una conducta que el relato fáctico describe como de mera presencia y que el veredicto afirma que la acción de



matar fue rápida e imprevista para la víctima. También tiene en cuenta que el acusado a quien se refiere el recurso no se había puesto de acuerdo para la acción con el autor principal.

Consecuentemente, la absolución es procedente al no resultar del hecho que el comportamiento tuviera relevancia penal en la causación del hecho.

El motivo, en consecuencia se desestima.

RECURSO DE Sergio

**SEGUNDO.-** Formaliza un primer motivo en el que denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. En el desarrollo argumental del motivo reproduce la jurisprudencia de esta Sala sobre el contenido esencial del derecho para concluir que no existió actividad probatoria y que la declaración fáctica en una mera opinión personal del magistrado presidente del Tribunal de jurado.

El motivo se desestima. El control casacional que corresponde a la casación respecto de las sentencias dictadas en apelación de la dictada pro el Jurado ha de realizarse a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. El tribunal de casación no es una tercera instancia revisora, sino una instancia de control del derecho objeto de la casación para comprobar, desde la argumentación vertida en la sentencia objeto del recurso la correcta función jurisdiccional realizada.

En el caso basta con una lectura del fundamento tercero de la sentencia recurrida para comprobar la correcta enervación del derecho en el que fundamenta la pretensión revisora. La referencia a las declaraciones de los hijos, a la existencia de huellas y pisadas correspondientes al acusado, evidencian su presencia en el momento de la agresión, huellas en la ropa que llevaba y en los zapatos y rastros de su presencia en las pisadas en la habitación en la que se suceden los hechos. El fundamento de derecho es categórico y desde la revisión se constata la correcta enervación del derecho invocado.

**TERCERO.-** Denuncia en el segundo de los motivos el error de hecho en la valoración de la prueba en el que designa dos informes médicos, obrante a los folios 1573 y 1574 de la causa, de los que resulta que el recurrente es diagnosticado de síndrome psicótico de larga evolución.

El motivo se desestima. Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que recuerda los requisitos que ha de tener un documento, a los efectos del art. 849.2 de la Ley procesal, es decir un documento con entidad para la acreditación de un error en la apreciación de la prueba. En este sentido, y como primer requisito, ha de tratarse de prueba documental, lo que excluye de su consideración otras modalidades de prueba, como confesión, testifical, incluso pericial -con las excepciones que en ésta prueba se ha señalado jurisprudencialmente y que permite su consideración de documento a los efectos del recurso de casación-. La razón de tal exclusión radica, precisamente, en que las pruebas personales, como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del tribunal que con inmediación la percibe. En segundo término, el documento ha de acreditar el error en la apreciación de la prueba. Del documento designado debe resultar, bien un dato fáctico contrario al reflejado por el Juzgador en el hecho probado, bien un hecho no incluido en la declaración fáctica. Del documento ha de resultar un dato fáctico con relevancia penal en la subsunción del hecho objeto de la acusación. Las periciales pueden ser consideradas documentos acreditativos de un error cuando se trata de una única prueba de esa naturaleza, y aparece como prueba única en la acreditación de un hecho, pero no lo son cuando esa pericial designada entra en colisión probatoria con otras periciales o con otros instrumentos de acreditación de un hecho. En esos supuestos, las periciales no son documento pues sus conclusiones entran en valoración con los otros instrumentos de acreditación del hecho y esa función pertenece al órgano encargado de su valoración.

El tribunal ha valorado la pericial y la transcribe en la fundamentación de la sentencia destacando la pericial de los médicos forenses y las realizadas al tiempo de la detención, elementos probatorios que han sido valorados por el Jurado para negar la concurrencia de la atenuación solicitada en el juicio y confirmada en la apelación con un razonamiento que apoya en las distintas pruebas periciales realizadas.

**CUARTO.-** Denuncia en este motivo que analizamos el error de derecho por la indebida aplicación de la circunstancia cualificadora del asesinato de alevosía. Argumenta el recurrente que la existencia de lesiones defensivas, según resulta del informe de autopsia, en el cuerpo de la víctima sugiere que en la realización de la acción la víctima no fue sorprendida y se defendió.

El motivo carece de base atendible. La impugnación formalizada ya fue planteada ante el tribunal de la apelación y a lo que allí se dijo nos remitimos para la desestimación del motivo, añadiendo que desde el relato



fáctico, que debe ser respetado en la impugnación, la concurrencia de la causa cualificadora del asesinato concurre al expresarse que la agresión fue repentina y sin posibilidad de defensa, extremos que el tribunal de jurado declaró a partir de la prueba practicada y no discutida en esta casación.

Por otra parte el que se designe la etiología de unas lesiones superficiales como defensivas no obsta para la declaración fáctica al identificar los presupuestos fácticos de la alevosía referidos a la utilización de medios seleccionados para asegurar el resultado sin riesgo para el actuar que pudiera provenir de la víctima.

**QUINTO.-** En el cuarto de los motivos de la casación denuncia el error de derecho por la indebida aplicación de la agravación específica de ensañamiento. Argumenta que la relación fáctica revela brutalidad en la acción pero no resulta la existencia de ensañamiento el hecho probado ni en la autopsia, ni de la prueba resulta el ánimo de causar un mal innecesario.

La vía impugnatoria elegida parte del respeto al relato fáctico discutiendo, desde ese respeto la indebida aplicación de la norma que indica al hecho probado.

De acuerdo a nuestros precedentes jurisprudenciales el ensañamiento es un concepto jurídico precisado de interpretación cuyo contenido no coincide necesariamente con una conceptualización coloquial o, incluso gramatical, de la propia expresión, de modo que -decíamos en la STS. 775/2005 de 12.4 - los Tribunales hemos de sujetarnos a los términos en los que el Legislador lo ha definido, para determinar si, en el caso concreto sometido a enjuiciamiento, concurre o no la referida circunstancia de agravación, bien entendido que el derecho penal español está sujeto al principio de legalidad, de forma que nadie puede ser condenado sino por una conducta tipificada por ley, previa y cierta, norma jurídica que no podrá ser objeto de interpretación extensiva o aplicación analógica, en contra del reo. Es por ello que el ensañamiento no sólo es ejecutar el hecho causal a la muerte con saña, sino que se requiere una disposición en la ejecución que pretenda aumentar deliberadamente e intencionadamente el dolor del ofendido. En otros términos, no sólo es el número de puñaladas sino que para su configuración ha de expresarse en el hecho que el autor pretende causar un dolor innecesario al hecho de la muerte. Como hemos dicho en nuestra jurisprudencia ( STS 15.6.2012 que recoge esta expresión como clásica) el ensañamiento supone que la conducta dirigida a matar a una persona se realice con un "lujo de males", lo que comporta una selección de medios y una dinámica de actuación dirigida a procurar ese padecimiento innecesario.

El art. 139 CP . se refiere al ensañamiento como agravante específica del asesinato con la expresión "aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido", y por su parte, el art. 22.5ª, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica "aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito". En ambos casos la norma hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, y a una intención en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el caso la muerte de la víctima, debe perseguir, de forma deliberada, otros males que exceden a los necesariamente unidos a la acción típica, por lo tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado buscando la provocación de un sufrimiento añadido a la víctima, "la maldad brutal sin finalidad". La doctrina penalista ha aludido a males innecesarios causados por el simple placer de hacer daño, lo que supone una mayor gravedad del injusto típico.

En nuestra jurisprudencia, en una interpretación del ensañamiento apegada al principio de taxatividad, hemos declarado que requiere, (por todas las SSTs. 357/2005 de 20.4 ; 713/2008 de 13.11 ) dos elementos: uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima ( STS. 1553/2003 de 19.11 , 775/2005 de 12.4 ). Este último, elemento ha de ser inferido racionalmente de los propios elementos objetivos que han concurrido en el caso, toda vez que esa intención no se exterioriza normalmente ( STS. 147/2007 de 19.2 ).

Analizada la cuestión desde nuestros antecedentes jurisprudenciales nos adentramos en el caso objeto de la casación. Desde el punto de vista objetivo, el hecho probado es claro en la expresión de una causación de la muerte teñida de especial gravedad, reiteración y duración con una combinación de cuchilladas que revela una gravedad inusitada. Así lo expresa el relato fáctico y se refiere que la causa de la muerte es a causa de la hemorragia derivada de la pluralidad de cuchilladas sufridas, lo que revela el grado de sufrimiento causado por el autor y sufrido por la víctima. El relato fáctico lo refiere con la expresión "además de acabar con la vida de Teresa se le ocasionó un gran sufrimiento innecesario..sufriendo una agonía durante el sangrado", añadiendo que esa agonía se produce tanto por falta de sangre como por ausencia de aire porque el pulmón no se pudo expandir. En la fundamentación se apoya esa argumentación motivadora del jurado en los informes periciales médico forenses que oyeron en el juicio oral.

El motivo se desestima.





### III. FALLO

**F A L L A M O S:** QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y vulneración de precepto constitucional interpuesto por las representaciones de **Sergio representado por la Procuradora Sra. García-Perrote Latorre; y la acusación particular de Jose Ramón , Olga , Jesús Luis , Silvia , Luis Andrés e Ariadna** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 9 de febrero de 2015 , en la causa seguida contra **Sergio y otro**, por delito asesinato. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas causadas correspondientes a sus recursos . Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Larca Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez

**PUBLICACION** .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andres Martinez Arrieta , 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.