



Roj: **STS 14/2022 - ECLI:ES:TS:2022:14**

Id Cendoj: **28079120012022100012**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/01/2022**

Nº de Recurso: **10303/2021**

Nº de Resolución: **23/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Comunidad Valenciana, 15-04-2021 (rec. 102/2021),  
STS 14/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 23/2022**

Fecha de sentencia: 13/01/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10303/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/01/2022

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana

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

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10303/2021 P

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

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

TRIBUNAL SUPREMO

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 23/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 13 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación num. 10303/21 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por D. Pedro Enrique representado por la procuradora D<sup>a</sup> Susana Clemente Mármol bajo la dirección letrada de D. Juan Cortés i Minaya y por D<sup>a</sup> Margarita representada por la procuradora D<sup>a</sup> Rocío Arduan Rodríguez bajo la dirección letrada de D. José Rico Martínez, ejerciendo la acusación particular, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Rollo Apelac.102/21) de fecha 15 de abril de 2021 que estimó parcialmente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 14 de enero de 2021. Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Violencia sobre la Mujer num. 3 de Valencia incoó sumario num. 686/2019 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. 1<sup>a</sup> Sum. 50/2020-1), que con fecha 14 de enero de 2021, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOSPROBADOS:** " **PRIMERO.-** Sobre las 18.25 horas del 12 de julio de 2019 el procesado Pedro Enrique ( NUM000 ) mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, tras llegar a la casa que compartía con su pareja de hecho Margarita , sita en la C/ DIRECCION000 de la pedanía de El Perellonet, en Valencia, comenzó a gritarle, le insulta, le recrimina que no trabaja, que se va con los hombres de las casas donde trabaja y se sentó a su lado con un martillo en la mano recriminándola por no haber hecho a la comida y acusándola de tener relaciones con otros hombres, procediendo a continuación a con el martillo que portaba a descargarlo con todas sus fuerzas de manera sorpresiva sobre la cabeza de ella, que se encontraba sentada en el sofá, con intención de quitarle la vida. A continuación, y como quiera que ella gritaba de dolor, la agarró del cuello y le metió los dedos en la garganta" procediendo seguidamente a clavarle un destornillador en el pecho, llevado por el mismo propósito de acabar con su vida, propósito que hubiera logrado de no ser por la llegada de varios vecinos que, alertados por los gritos y porque no les abrían pese sus continuas llamadas, tiraron la puerta abajo y abortaron la agresión. Como consecuencia de estos hechos, Margarita resultó con lesiones que requirieron de tratamiento médico y quirúrgico, 'y que necesitaron de 209 días para alcanzar la sanidad, de los cuales 150 fueron de incapacidad para sus ocupaciones habituales, incluyendo los 38 de ingreso hospitalario, habiéndole quedado como Secuelas una cicatriz de 2 cm. en cuero cabelludo y otras 2 cicatrices no visibles, otra cicatriz de 1 cm. en región infraclavicular izquierda, 1 cicatriz de toracotomía de 19 cm. con molestias dolorosas para dormir, 2 cicatrices quirúrgicas de 1 cm. en el abdomen y síndrome de hombro izquierdo doloroso de grado moderado. La Generalitat Valenciana sufrió perjuicios en la suma de 38.232'19 euros, por los gastos consistentes en asistencia sanitaria a la víctima Margarita , hasta su alta hospitalaria".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "En atención a todo lo anteriormente expuesto, decidimos QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Pedro Enrique como autor de un delito de ASESINATO con alevosía en grado de tentativa, ya definido, concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal agravantes de parentesco y de razones de género, a la pena de 14 años de prisión con accesoria de inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, la prohibición de comunicación y. aproximación a menos de 500 metros de Margarita , de su domicilio, trabajo o cualquier lugar en que se encuentre por tiempo de 15 años computables desde el cumplimiento de la pena, así como al pago de ,las costas procesales causadas incluidas las de. la acusación particular.

Asimismo, procede la aplicación de la medida de libertad vigilada por tiempo de 5 años tras el cumplimiento de la condena de prisión cuyo contenido será determinado al comienzo de su vigencia.

Indemnizará a Margarita en la cantidad de 11.830 € por las lesiones, 12.000 € por las secuelas y 12.000 por el daño moral infligido, lo que hace un total de 35.830 euros, descontándose las sumas ingresadas en este concepto, devengando todas estas cantidades los intereses legales conforme al art. 576 de la LEC correspondientes, desde la fecha de la presente sentencia.

Indemnizará a la Generalitat Valenciana en la suma de 38.232'19 euros, por los gastos consistentes en asistencia sanitaria a la víctima Margarita , más los intereses legales conforme al art. 576 de la LEC correspondientes, desde la fecha de la presente sentencia.

Para el cumplimiento de la pena privativa, de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al procesado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa si no lo tuvieron absorbido por otras.



De existir, se acuerda el mantenimiento de las medidas de protección y seguridad adoptadas.

Reclámese del Instructor, debidamente terminada, la pieza de responsabilidades pecuniarias.

Notifíquese a las partes la presente resolución haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de CASACIÓN para ante el **TRIBUNAL SUPREMO** en el plazo de CINCO DIAS a partir de la última notificación.

Si el procedimiento se ha incoado a partir del 6 de Diciembre de 2.015 el recurso a interponer contra esta resolución es el de APELACIÓN ante la SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ESTA COMUNIDAD VALENCIANA a interponer en el plazo de DIEZ DIAS siguientes a aquel en que se hubiere notificado la sentencia.

De conformidad con lo previsto en el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal notifíquese la sentencia a los ofendidos y perjudicados.

Líbrese nota correspondiente al Registro de Violencia Doméstica y remítase testimonio de la presente sentencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que instruyó la causa, conforme a lo previsto en el artículo 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

**TERCERO.-** Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D. Pedro Enrique , dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha 15 de abril de 2021 y cuya parte dispositiva es la siguiente: "ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Pedro Enrique .

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia apelada en el sentido de apreciar una circunstancia atenuante analógica con la de grave adicción al consumo de alcohol y otra circunstancia atenuante de reparación del daño causado y, en consecuencia, sustituir la pena de 14 años de prisión por la de 12 años de prisión, manteniéndose inalterada la sentencia apelada en todo lo demás, sin hacer imposición a la parte recurrente del pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los trámites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (autos de 18/7/2017, Queja 20011/17, de 22/02/2018, Queja 20919/2017, de 23/05/2019, Queja 20090/2019, de 17/10/2019, Queja 20241/2019, de 11/04/2019, Queja 21145/2018, de 22/10/2020, Queja 20407/2020) no se requiere la notificación personal a sus representados".

**CUARTO.-** Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por las representaciones de D. Pedro Enrique y de D<sup>a</sup> Margarita , 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 el recurso.

**QUINTO.-** El recurso interpuesto por D. Pedro Enrique se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de Ley en relación con el artículo 139 CP.

2º.- Por infracción de Ley en relación con el artículo 22.4 CP.

3º.- Por infracción de precepto constitucional por inobservancia del artículo 24.1 CE, respecto al derecho a la tutela judicial efectiva.

El recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Margarita se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**ÚNICO.-** Por infracción de ley al amparo del nº 1 del artículo 849 de la LECRIM, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter.

**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes del recursos interpuestos, interesaron la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos, la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 12 de enero de 2022.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de abril de 2021, que estimó en parte el recurso de apelación que había sido interpuesto frente a la dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de enero del mismo año, han presentado recurso el condenado como autor de un delito intentado de asesinato, Pedro Enrique, y la acusación particular ejercitada en nombre de Margarita. Por razones de sistemática, comenzaremos por dar respuesta al formalizado por la representación del primero de ellos, para abordar a continuación el de quien ha intervenido en el proceso como perjudicada.

*Recurso de D. Pedro Enrique*

**SEGUNDO:** Plantea un primer motivo por infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM, en el que denuncia la indebida aplicación del artículo 139.1 CP en cuanto a la apreciación de la alevosía. Resalta que este elemento de agravación apareció sorpresivamente en la formulación de los escritos de acusación por mera exasperación punitiva. Denuncia la ausencia de motivación de la sentencia de instancia en relación a las circunstancias que sustentan esta agravante, y que el relato de hechos no incluyó ninguna referencia a que el ataque que se califica como sorpresivo, dejara a la víctima indefensa y sin capacidad alguna de reacción. Que en el caso la agresión vino precedida por una agria discusión, que incluso la víctima tuvo la oportunidad de grabar, y la alertó del sucesivo desenlace, en el que no vio mermadas sus posibilidades de defensa, ya que pudo sujetar las manos de su agresor.

1. No está de más recordar que la discrepancia que habilita el artículo 849.1 LECRIM nada tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Solo cabe cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia, a partir de la secuencia histórica que la Sala sentenciadora ha declarado probada.

La alevosía que cualifica el homicidio en asesinato del artículo 139.1 CP aparece descrita en el artículo 22.1 CP, según el cual concurre "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

A partir de esa definición legal, la jurisprudencia de esta Sala ha exigido para apreciar la alevosía, en primer lugar un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades ( SSTS 271/2018 de 6 de junio; 636/2019 de 19 de diciembre, y las que en ellas se citan) /2008, de 18 de diciembre; 25/2009, de 22 de enero; 37/2009, de 22 de enero; 172/2009, de 24 de febrero; 371/2009, de 18 de marzo; 854/2009, de 9 de julio; 1180/2010, de 22 de diciembre; 998/2012, de 10 de diciembre; 1035/2012, de 20 de diciembre; 838/2014, de 12 de diciembre; 110/2015, de 14 de abril; o 253/2016 de 32 de marzo; 658/2021, de 3 de septiembre).

Recordábamos en la STS 253/2016, de 31 de marzo, que en lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala ha distinguido tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha. La alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto. Y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente.

2. Lo que en este caso narra la secuencia histórica que recrea los hechos que tuvieron lugar el 12 de julio de 2019 en el domicilio que el recurrente y su pareja D<sup>a</sup> Margarita compartían, a partir del momento en el que aquel llegó al mismo, es que él comenzó a gritarla, insultarla y recriminarle que no trabajaba, que se iba con los hombres de las casas donde asistía, y "...se sentó a su lado con un martillo en la mano recriminándola por no haber hecho a la comida y acusándola de tener relaciones con otros hombres, procediendo a continuación con el martillo que portaba a descargarlo con todas sus fuerzas de manera sorpresiva sobre la cabeza de ella, que se encontraba sentada en el sofá, con intención de quitarle la vida. A continuación, y como quiera que ella gritaba de dolor, la agarró del cuello y le metió los dedos en la garganta, procediendo seguidamente a clavarle



un destornillador en el pecho, llevado por el mismo propósito de acabar con su vida, propósito que hubiera logrado de no ser por la llegada de varios vecinos que, alertados por los gritos y porque no les abrían pese sus continuas llamadas; tiraron -la puerta abajo y, abortaron la agresión".

Claramente la secuencia transcrita enfatiza que el golpe en la cabeza con el martillo fue sorpresivo, es decir inesperado, expresión que no ve devaluado su sentido por la previa sucesión de descalificaciones que el recurrente vertió contra ella, ni sugiere que la misma pudiera haber llegado a sospechar que iba a golpearla con tal instrumento, y de alguna manera pertrecharse frente al ataque. La contundencia del instrumento utilizado de manera inopinada es hábil para sustentar un juicio *ex ante* sobre la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima.

Dados los términos en que en este caso aparece descrito el incidente que precedió al violento martillazo, por las razones que hemos expuesto, el mismo careció de idoneidad para estimular las alertas defensivas de la víctima. Ni las circunstancias del lugar y tiempo (cuando se encontraba sentada en un sofá de su hogar familiar), ni el tenor de las expresiones proferidas sugieren el salto cualitativo que supone un acometimiento de tal carácter. Abunda en esa idea, como explica la sentencia recurrida y el recurso no rebate, qué si bien en ocasiones la pareja había discutido, nunca habían llegado a materializarse agresiones, lo que razonablemente pudo reforzar la confianza de la víctima de que tampoco en este caso iba a ser golpeada. Todo ello sin olvidar que no todo enfrentamiento previo aniquila la alevosía. Algunas resoluciones de esta Sala han reconocido viabilidad a la posibilidad de una alevosía sobrevenida cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada ( SSTS 147/2007 de 19 de febrero; 640/2008 de 8 de octubre ; 1053/2009 de 22 de octubre y 838/2014 de 12 de diciembre).

**3.** Por lo demás, en este caso, la inicial sorpresa fue reforzada por sucesivo desenlace de los acontecimientos. Después del martillazo en la cabeza, mientras ella gritaba de dolor, y aprovechando esa situación de indefensión generada, la agarró del cuello y le metió los dedos en la garganta para evitar que gritara y, a continuación, le clavó un destornillador en el pecho.

El acusado aprovechó la ventaja inicial que marcó una irrecuperable pérdida de capacidad de reacción de la víctima, y, tras no conseguir su propósito letal con ese primer golpe, consolidó la asimetría en los sucesivos acometimientos, sin dejar espacio a un movimiento defensivo de la agredida mínimamente eficaz. Así se desprende del relato de hechos probados al concretar la secuencia final, pues solo la intervención de los vecinos que, alertados por los gritos, tiraron la puerta y accedieron a la vivienda, y la inmediata asistencia médica recibida, evitaron que el acusado culminara su objetivo.

No cualquier supuesto en que se produce una reacción defensiva -ya inútil- de la víctima, porque se percata del ataque, quiebra la alevosía. Hemos dicho de manera reiterada (entre otras SSTS 626/2015 de 18 de octubre; 51/2016 de 3 de febrero; 118/2017, de 23 de febrero; 16/2018, de 16 de enero; 604/2019, de 5 de diciembre; o 682/2020, de 11 de diciembre), que la eliminación de toda posibilidad de defensa que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación, pero sin capacidad verdadera de surtir efecto contra el agresor y su acción.

El relato de hechos no incluye reacción defensiva alguna por parte de la víctima. La sentencia recurrida, que con su motivación subsana el déficit argumentativo de la de primera instancia, explica "el hecho de qué tras el segundo martillazo en la cabeza, al detectar que le había producido sangre, la agredida se levantase del sofá, tratase de coger al agresor de un brazo diciéndole que qué estaba haciendo, habiendo llegado incluso a coger el martillo y lanzarlo debajo del sofá, no impidió que el acusado la cogiese con rapidez y la arrojase al suelo y hallándose encima de ella realizase los demás actos violentos que cometió". Aun cuando en favor del acusado completamos el *factum* con tales asertos fácticos, las bases sobre las que se asienta la alevosía no se tambalean. Los descritos intentos defensivos fueron aniquilados por el acusado, haciendo un uso consciente de la ventaja que su inicial acción alevosa (el sorpresivo martillazo) le proporcionó, y que consolidó valiéndose de otra herramienta a su alcance, el destornillador con el que le asestó un pinchazo mortal en el pecho.

La decisiva superioridad inicialmente buscada, base de la alevosía, condicionó toda la secuencia agresora que se prolongó más allá de los primeros golpes, sin que se produjera un cambio sustancial de escenario que hubiera propiciado un reequilibrio de fuerzas capaz de quebrar aquella.

El motivo se desestima.



**TERCERO:** Por el mismo cauce de infracción ley del artículo 849.1 LECRIM, se plantea un segundo motivo que denuncia la indebida aplicación de la agravante de género. Entiende el recurso que no puede aplicarse la circunstancia del artículo 22.4 de discriminación por razón de sexo, aunque el desarrollo argumental del motivo y el contenido de la resolución recurrida, ponen de relieve que con ella se refiere a la agravante de discriminación por razón de género, que es la que en este caso se aplicó.

El motivo, en línea con la jurisprudencia de esta Sala, admite la concurrencia de agravante de discriminación por razón de género con la circunstancia de parentesco del artículo 23 CP, pero sostiene que en este caso no se dan elementos que justifiquen la aplicación de aquella. Se dice que el recurrente actuó contra la víctima por ser "su mujer", lo que entiende que da base a la circunstancia de parentesco como agravante, pero no por ser "una mujer", y niega que existiera un contexto de dominación que justifique la agravación.

1. La Ley Orgánica 1/2015 modificó el artículo 22.4 CP añadiendo a la agravante de cometer el delito por motivo de discriminación, la que cristaliza sobre razones de género. Los términos sexo y género aluden a diferentes realidades. Ambos han sido definidos por la OMS: "El sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y a las mujeres. El género se refiere a los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres". No es el sexo de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios cuando de discriminación por razones de género se trata, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y/o del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. Desigualdad no sustentada en la condición biológica de la mujer, sino ensamblada en una concepción social sobre los roles de relegación y subordinación al varón que tradicionalmente se le han atribuido.

Con la incorporación de esta agravación se pretendió cumplir el compromiso internacional asumido por España como signataria del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Explica el Preámbulo de la Ley 1/2015 que la razón de tal incorporación es que el género, entendido de conformidad con el Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

El mismo texto internacional, ratificado por España el 18 de marzo de 2014, señala en su art. 2º que "el presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada"; y, en su artículo 3.d), que se entenderá por violencia contra la mujer por razones de género "toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada".

La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de discriminación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. No requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, (así lo hemos dicho en la STS 99/2019 o en la 444/2020, de 14 de septiembre) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón, que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias fácticas concurrentes y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, no lo impone así el precepto ( artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad.

2. La entrada en escena de la agravante de discriminación por razón del género, como una de las variantes incorporadas al artículo 22.4 CP, ha exigido por parte de la jurisprudencia una delimitación clara de su alcance y de las zonas de confluencia con otras agravantes, especialmente con la de discriminación por motivos de sexo, a la que ya hemos hecho referencia, y el parentesco.



La primera, ya lo hemos dicho y repetimos en palabras que ahora tomamos de la STS 420/2018, de 25 de septiembre, hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian a los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres ( Convenio de Estambul, art. 3.c).

El artículo 23 CP recoge el parentesco como circunstancia mixta, a la que tradicionalmente se le ha asignado la consideración de agravante cuando opera sobre delitos contra bienes personales. La tendencia jurisprudencial imperante le reconoce un fundamento objetivo, que opera su efecto agravatorio siempre que medien entre autor y víctima las relaciones previstas en el texto legal (entre otras SSTS 610/2016, de 7 de julio; 565/2018, de 19 de noviembre; o 257/2020, de 28 de mayo), completando su elemento subjetivo el conocimiento por parte del autor de la existencia de tales lazos. Tal y como la sentencia recurrida expone, y el recurso no cuestiona, la compatibilidad entre la agravante de género y la de parentesco se encuentra respaldada por una reiterada línea jurisprudencial que arranca de la STS 565/2018, y que se ha consolidado en otras posteriores (entre las más recientes SSTS 257/2020, de 28 de mayo; o 351/2021, de 28 de abril) sobre la base precisamente de su distinto fundamento y configuración.

Sin embargo, la agravante de discriminación por motivos de género, por imperativo del principio inherencia que proscribe la doble incriminación, no puede concurrir en aquellas figuras penales que incluyen en su tipificación factores de género, como las contempladas en los artículos 148.4, 153.1, 171.4, 172.2, CP. Y, en todo caso, su aplicación requiere que los elementos fácticos de los que se desprenda la concurrencia de las circunstancias que permiten la aplicación de la agravación, aparezcan nítidamente en los hechos probados y, para ello, han de estar debidamente acreditados por prueba válida, suficiente y racional y expresamente valorada en la sentencia.

3. Desde la perspectiva de análisis que el motivo de infracción de ley nos impone, con vinculación al relato de hechos declarados probados, este concita los elementos que justifican la apreciación de la mencionada agravación. El de la pareja es uno de esos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que atribuyen a la mujer un papel de subordinación y dependencia respecto del varón, relegándola a tareas esencialmente domésticas, que resultan infravaloradas. Las expresiones que el acusado profirió a su compañera como prolegómeno de la agresión, menospreciando su trabajo, imputándole el mantener relaciones sexuales con terceros o reprochándole la desatención de las tareas que tradicionalmente se han atribuido a la mujer en las relaciones de pareja, como el hacer la comida, reproducen claramente esos tradicionales roles de dominación. Patrones que el agresor conscientemente asume como propios, en su expresión más extrema, cuando acto seguido intenta disponer de su vida, lo que otorga a esta acción la consideración de un acto de subyugación machista, que confiere un plus respecto a los elementos de tipificación del asesinato, distintos de los que sustentan la agravación de parentesco, y que prestan soporte sobrado a la agravante discutida.

El motivo se desestima.

**CUARTO:** El tercero y último motivo de recurso se plantea por infracción de precepto constitucional. En concreto se considera vulnerada la garantía de tutela judicial efectiva al haberse condenado al recurrente al pago de los gastos que la asistencia médica que requirió D<sup>a</sup> Margarita generó a cargo de la Conselleria de Sanitat de la Generalitat Valenciana, sin haberse practicado prueba en la vista oral que lo justifique.

El recurrente no discute la responsabilidad civil que ha sido fijada en la sentencia en favor de la víctima. Se opone, sin embargo, al pago de la suma indicada, que asciende a 38.232'19 euros. Entiende que convertida aquella en actora civil, no compareció a la Vista Oral y "no solicitó ningún medio de prueba más que los informes de valoración económica de fecha 16.12.2019 del Subdirector Económico del Departamento de Salud Valencia La Fe, que no fue propuesto por el Ministerio Fiscal como documental y que, además, fue impugnado por la Defensa".

La queja fue planteada en idénticos términos en el recurso de apelación que precedió al que ahora nos ocupa, y resuelta con argumentos de los que el recurrente discrepa porque, a su parecer, "es difícil de entender que una actuación que hubiese sido rechazada de plano en un Juicio Civil sea aceptada en uno Penal dónde las garantías procesales del acusado/demandado deben ser aún más fuertes".

1. Sobre este particular señaló la sentencia recurrida "Ciertamente, la Abogada de la Generalitat no compareció al acto del juicio pese a haber formulado escrito de conclusiones provisionales en su condición de actora civil. Pero durante el acto del juicio oral, en fase de formulación de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal asumió e hizo propia la petición indemnizatoria realizada provisionalmente por la Generalitat. Bien es verdad que no efectuó una petición formal de que entre la prueba documental que dio por reproducida se incluyese el informe de valoración obrante al folio 305 del sumario, ni entre la prueba documental relacionada en el escrito



de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, que fue dada por reproducida, aparece tal informe. Pero también es verdad que en el escrito de conclusiones provisionales de la acusación particular (folio 49 del rollo de sala), luego elevadas a definitivas, aparecen relacionados los documentos de asistencia sanitaria (folios 197 a 204 del sumario) de que la víctima fue objeto, lo cual constituye el soporte probatorio básico sobre el que se asienta la reclamación formulada, que el Ministerio Fiscal cifró en la cantidad concedida de 38.232,19 euros. En último extremo, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular habían hecho suyas las demás pruebas aportadas por, el resto de las partes, incluso aun en caso de renuncia, con lo que por esta vía habría accedido el informe impugnado a la valoración del tribunal sentenciador".

2. Con apoyo en tal argumentación, el motivo debe decaer. El que la defensa letrada de las Generalitat no compareciera al acto del juicio oral, en ningún caso implica renuncia a las acciones civiles, cuya reivindicación fue asumida por el Fiscal de acuerdo con las competencias que le son propias. Lo que resulta incuestionable, y viene avalado por diferentes elementos de prueba, es que la agredida D<sup>a</sup> Margarita hubo de ser asistida de sus lesiones, y que lo fue a cargo de la sanidad pública sostenida en este caso por la Generalitat Valenciana, lo que hace surgir un derecho de reparación a favor de esta. El único extremo susceptible de controversia, acreditada la realidad y necesidad de la asistencia, es el concerniente al importe de la misma, que queda reflejado en el documento obrante en el folio 305 de las actuaciones. Respecto a las posibilidades de debate en torno a este, el que las acusaciones pública y particular no hicieran mención expresa de él a la hora de concretar la prueba documental de la que pretendieron valerse, no lo expulsa del acervo probatorio documental, vista su adhesión a las pruebas propuestas por las restantes partes, y la actora civil lo propuso en su escrito de conclusiones. Lo relevante es que la defensa del acusado, conocedora de ese documento en cuanto incorporado a autos, y de la pretensión que sobre el mismo se había formalizado ya desde las conclusiones provisionales, pudo contradecirlo en su contenido, lo que desvanece cualquier atisbo de indefensión. No es admisible a tales efectos la referencia a una mera impugnación genérica del documento, sin concretar alguna razón que permita poner en duda la realidad de los datos que el mismo recoge, que justificara, en su caso, diferir la determinación de esa cuantía al trámite de ejecución de sentencia. Pues este sería el alcance al que, como mucho, podría aspirar la queja del recurrente, en el caso de que el mismo hubiera aportado elementos que de manera mínimamente fundada justificaran poner en duda la cuantificación debatida, lo que ni siquiera se ha intentado.

Por todo ello, el motivo se desestima y, con él, la totalidad del recurso.

Recurso de D<sup>a</sup> Margarita .

**QUINTO:** Por cauce de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM, D<sup>a</sup> Margarita , personada en el proceso como acusación particular, plantea un único motivo que realmente integra dos quejas.

1. En primer lugar se denuncia la indebida aplicación del artículo 21.7 en relación con el 21.1 CP, porque, sostiene, no puede entender probado que la ingesta de alcohol hubiera ocasionado en el acusado una anulación o severa merma de sus facultades.

El cauce de infracción de ley por el que opta el recurso, ya lo hemos señalado, nos vincula al relato de hechos, vetando reconsideraciones relativas a la prueba que sustenta el mismo. Y en este caso, la sentencia recurrida, a consecuencia de la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado Pedro Enrique , adicionó aquel con el siguiente fragmento " Pedro Enrique es persona que tiene una adicción al consumo de bebidas alcohólicas desde hace varios años, hallándose bajo su parcial influencia al tiempo de ocurrir los hechos descritos, pero sin afectar más que ligeramente a sus capacidades volitiva e intelectual (...)". Sobre esa basa fáctica, introducida a consecuencia de la revisión de la valoración probatoria realizada en la instancia, extramuros ahora de nuestro examen, la subsunción que desencadenó la aplicación de una atenuante analógica encuentra pleno acomodo.

Como dijimos en la STS 725/2016, de 28 de septiembre, la actual regulación del Código Penal contempla como eximente la intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, junto a la producida por drogas u otras sustancias que causen efectos análogos, siempre que impida al sujeto comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, exigiendo además como requisitos que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción penal y que no se hubiese previsto o debido prever su comisión. Cuando la intoxicación no es plena, pero la perturbación es muy importante, sin llegar a anular la mencionada capacidad de comprensión o de actuación conforme a ella, la embriaguez dará lugar a una eximente incompleta del artículo 21.1º en relación con el 20. 2º CP. Los casos en los que pueda constatarse una afectación de la capacidad del sujeto debida al consumo de alcohol de menor intensidad, deberán reconducirse a la atenuante del artículo 21.2, en supuestos de grave adicción al alcohol de relevancia motivacional en relación al delito, o a una analógica del artículo 21.7ª pues no es imaginable que la voluntad legislativa de 1995 haya sido negar todo efecto atenuatorio de la responsabilidad penal a una situación que supone un mayor o menor aminoramiento de la imputabilidad.





2. En el mismo motivo de recurso, también a través de la vía que habilita el artículo 849.1 LECRIM, denuncia la indebida aplicación del artículo 21.5 CP, atenuante de reparación del daño. Como todo desarrollo argumental se dice "la circunstancia atenuante de reparación del daño no hace derivar la disminución de la responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del Legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización de delito".

La circunstancia combatida fue también apreciada por el Tribunal de apelación, que adicionó el relato de hechos probados señalando "con anterioridad a la celebración del juicio oral consignó la cantidad de 2.000 euros en pago parcial de la cantidad reclamada por las acusaciones en concepto de resarcimiento por las lesiones causadas". En este caso la apreciación de tal atenuante, apoyada en la jurisprudencia de esta Sala que cita y que ha dado viabilidad a la estimación de tal circunstancia en el caso de reparación parcial, incluso muy por debajo del importe total del perjuicio (SST 54/2021, de 27 de enero), la consideró aplicable, si bien "con una limitada eficacia en orden a la individualización de la pena" al entender relevante el esfuerzo reparador realizado por el acusado pese a sus exiguos ingresos, y las escasas posibilidades de que, en atención a los mismos, pudiera hacer efectiva la indemnización que se le impuso.

La actual configuración de la atenuante de reparación del daño se ha objetivado, sin exigir que se evidencie reconocimiento de culpa, aflicción o arrepentimiento.

Se trata de una atenuante *ex post facto*, cuyo fundamento no deriva de una menor culpabilidad del autor, sino de razones de política criminal orientadas a dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral se puede integrar en las previsiones de la atenuante. Pero lo que resulta inequívoco es que el legislador requiere para minorar la pena el dato objetivo de que el penado haya procedido a reparar el daño o a disminuir los efectos del delito. El tiempo verbal que emplea el texto legal excluye toda promesa o garantía de hacerlo en el futuro. Tanto más cuanto que exige que, en todo caso, ello debe haber ocurrido con anterioridad a la celebración del juicio.

En este caso, en atención a los datos que el Tribunal de apelación tomó en consideración, y que el recurso no contradice, con unas dimensiones cuantitativas parangonables a las que concurrían en el precedente jurisprudencial contemplado en al STS 54/2021 en el que la recurrida se apoyó, no dan méritos que justifiquen la apreciación de un error de subsunción, sustentado sobre la significación del esfuerzo reparador realizado por el acusado.

El motivo se desestima.

#### **Costas.**

**SEXTO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, cada uno de los recurrentes sufragará las costas causadas a su instancia. La recurrente D<sup>a</sup> Margarita, perderá el depósito para recurrir, si lo hubiera efectuado.

#### **FALLO**

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

**Desestimar** los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de D. Pedro Enrique y de D<sup>a</sup> Margarita, que ejerce la acusación particular, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Rollo Apelac.102/21) de fecha 15 de abril de 2021.

Comuníquese a dicho Tribunal Superior de Justicia esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.



Imponer a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. La recurrente D<sup>a</sup> Margarita , perderá el depósito para recurrir, si lo hubiera efectuado.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ