



Roj: **STS 241/2021 - ECLI:ES:TS:2021:241**

Id Cendoj: **28079120012021100067**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2021**

Nº de Recurso: **3238/2019**

Nº de Resolución: **81/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 241/2021,**
SAP L 250/2021,
STSJ M 14953/2019

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal Sentencia núm. 81/2021

Recurso Nº : 3238/2019

Fecha de sentencia: 02/02/2021 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3238/2019

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha de Votación y Fallo: 12/01/2021

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL MADRID

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3238/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal Sentencia núm. 81/2021

Excmos. Sres. D. Julián Sánchez Melgar D. Antonio del Moral García D. Pablo Llarena Conde D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina D. Javier Hernández García

Recurso Nº : 3238/2019

En Madrid, a 2 de febrero de 2021. Esta sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº 3238/2019, interpuestos por **Carlos Antonio**, representado por la procuradora Sra. D^a. Beatriz Palacios González y bajo la dirección letrada de D. Efraín Iglesias Álvarez y el **AYUNTAMIENTO DE RIVAS-VACIAMADRID** representado por el procurador Sr. D. Jacobo Gandarillas Martos y bajo la dirección letrada de D.^a Rosa María Remesal Bárcena, contra Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 16 de mayo de 2019 que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26^a) en el Procedimiento del Tribunal del Jurado nº 992/18, procedente del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de la localidad de Arganda del Rey en causa



seguida por delitos de asesinato y quebrantamiento de medidas cautelares. Ha sido parte recurrida Vidal ., Marcelina . y Aurelio . representados por la procuradora Sra. D.^a Marta Dolores Martínez Tripiana y bajo la dirección letrada de D.^a Angela Alemán y Rojo. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26^a) procedimiento del Tribunal del Jurado con el número 992/2018 instruido por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Arganda del Rey, se dictó Sentencia, con fecha 16 de octubre de 2018 que recoge los siguientes **Hechos Probados**: «PRIMERO: Que el acusado, Carlos Antonio , de 19 años de edad, nacido el día.... de.... de... en Colombia con NIE número....., en situación administrativa regular en España y sin antecedentes penales en el momento de los hechos, mantuvo una relación sentimental durante nueve meses con doña Olga ., de 40 años de edad, española y mayor de edad. Doña Olga . tenía su domicilio hasta el día de su muerte en la calle, número..., portal..., piso.... de Rivas Vaciamadrid. Era soltera y no tenía descendencia, pero le sobreviven en la actualidad sus padres, don Vidal . y doña Marcelina ., y sus hermanos mayores de edad, doña Teodora . y don Aurelio ., que no convivían con ella. Sobre las 15 horas del día 31 de diciembre de 2016, el acusado se personó en el domicilio de Olga . a fin de celebrar juntos el día de fin de año, dirigiéndose ambos en el vehículo propiedad de ella a realizar unas compras, para seguidamente reunirse con unos amigos en el bar "La Corrala" con la intención de celebrar la Nochevieja, permanecieron en el mismo hasta las 20,40 horas, aproximadamente, en que abandonaron el local y se dirigieron de nuevo al domicilio de Olga . Una vez en el interior de la vivienda, el acusado, con la intención de causar la muerte de Olga ., se abalanzó sobre ella, portando un cuchillo de cocina de filo liso y hoja de acero de 15 cm de longitud y 2,5 cm de ancho, asestándole siete puñaladas en diferentes partes del cuerpo, ocasionándole las siguientes lesiones: herida corto-punzante en hemitórax izquierdo, 7º espacio intercostal, con ojal de 2 cm y trayecto de 6 cm; herida corto-punzante en costado izquierdo, 100 espacio intercostal, con ojal de 1,5 cm y trayecto de 4 cm; herida corto-punzante en hipocondrio izquierdo, con ojal de 2,5 cm y trayecto de 20 cm, penetrante en abdomen, interesando el lóbulo izquierdo del hígado; herida corto-punzante en flanco izquierdo, con ojal de 2,5 cm y trayecto de 20 cm, interesando espacio peritoneal (celda renal), vasos retro-hepáticos y duodeno, con hemorragia retro-peritoneal contralateral (derecha); herida en cara anterior del brazo izquierdo, con ojal de 1,5 cm y trayecto de 5 cm; herida en cara anterior del brazo izquierdo, con ojal de 2,5 cm y trayecto de 5 cm; herida en región lumbar alta, sobre vértebra de 1,5 cm; equimosis en cara anterior de muñeca derecha de 2 cm de diámetro y erosión de 0,5 cm en cara interna de muñeca derecha. Posteriormente, el acusado efectuó varias llamadas al SUMMA 112, manifestando que su mujer se había pinchado y se estaba desangrando, personándose en el domicilio funcionarios de la policía local y de la guardia civil, así como los servicios sanitarios, que prestaron asistencia urgente a la víctima, que tuvo que ser trasladada, ante la gravedad de sus lesiones, al hospital Gregorio Marañón de Madrid, donde falleció a las 00,40 horas del día 1 de enero de 2017, como consecuencia de las heridas penetrantes en el abdomen, una de las cuales le atravesó el diafragma, alcanzándole el corazón, originándole una hemorragia aguda masiva con shock hipovolémico secundario a heridas corto-punzantes por arma blanca. Los agentes policiales procedieron a la detención de Carlos Antonio , interviniendo en el domicilio el cuchillo ensangrentado utilizado en la agresión y una camiseta de la víctima, ensangrentada y con cinco agujeros. El ataque protagonizado por el acusado contra Olga . se produjo aprovechando el acusado su corpulencia física y la delgadez de ella, su diferencia de edad y el hecho de que se encontraban solos en el domicilio, sin que Olga . pudiera esperarlo. Asimismo, el ataque protagonizado por el acusado contra Olga . se produjo de forma que conscientemente aumentara de manera significativa el dolor de la misma, procurando causarle un dolor importante y gratuito. El acusado padecía en el momento de ocurrir los hechos un trastorno por déficit de atención y de hiperactividad y un trastorno mixto de la personalidad, que afectaron moderadamente a sus facultades volitivas. SEGUNDO: Por estos hechos Carlos Antonio se encuentra en prisión preventiva desde el día 3 de enero de 2017».

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia es la siguiente: «Que debo condenar y condeno a Carlos Antonio , sobre la base del veredicto emitido por el Tribunal del Jurado, como autor de un delito de asesinato y de un delito de quebrantamiento de medida cautelar ya definidos, concurriendo en el primer delito la circunstancia agravante de parentesco, y concurriendo la circunstancia atenuante de trastorno por déficit de atención y de hiperactividad y trastorno mixto de la personalidad, a las siguientes penas: por el delito de asesinato, la pena de veintidós años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la medida de libertad vigilada consistente en la prohibición de aproximación, a una distancia inferior a 1000 metros, y de comunicación con Marcelina ., Vidal ., Teodora . y Aurelio ., una vez cumplida la pena privativa de libertad, por un periodo de diez años; y por el delito de quebrantamiento de medida cautelar, la pena de siete meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo



durante el tiempo de la condena, así como privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante cinco años, siendo de abono al condenado el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa. La pena de prisión impuesta será sustituida por la expulsión del acusado del territorio nacional, cuando se le conceda la libertad condicional, con prohibición de regresar a España durante un plazo de ocho años, contados desde la fecha de su expulsión. Asimismo, el condenado deberá indemnizar a Marcelina . y a Vidal . en la cantidad de 100.000 € para cada uno de ellos y a Teodora . y a Aurelio . en la cantidad de 40.000 € para cada uno de ellos, cantidades que se incrementarán conforme establece el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo abonar, asimismo, las dos terceras partes de las costas causadas en esta instancia, incluidas la de la Acusación Particular y con exclusión de las causadas por la Acusación Popular, declarándose de oficio el tercio restante. Debo absolver y absuelvo al acusado del delito de malos tratos habituales que se le imputaba. Se decreta el comiso del cuchillo, la camiseta y los demás efectos intervenidos".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de Apelación por Carlos Antonio , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó Sentencia, con fecha 16 de mayo de 2019 con la siguiente Parte Dispositiva: «ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de Carlos Antonio y desestimamos íntegramente el recurso de apelación supeditado interpuesto por la acusación particular, ambos contra la sentencia dictada por la Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado, perteneciente a la Sección 26a de la Audiencia Provincial de Madrid, Ilma. Sra. Da . Lucía María Torroja Ribera, sentencia no 706/2018, de 16 de octubre, en el procedimiento del Tribunal del Jurado no 992/2018, causa procedente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer no 1 de Arganda del Rey (Madrid), y en consecuencia la REVOCAMOS DE FORMA PARCIAL únicamente en los dos siguientes extremos: 1.- Se condena al acusado, Carlos Antonio , como autor de un delito de asesinato (alevosía), sin ensañamiento, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco y la atenuante analógica de alteración o anomalía psíquica, a la pena de DIECISIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, manteniéndose la pena accesoria de inhabilitación absoluta, la medida de libertad vigilada y los pronunciamientos en materia de responsabilidad civil que se establecen en la sentencia recurrida. 2.- Se mantiene también la condena al acusado, como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar, en los términos contenidos en la sentencia recurrida, pero dejando sin efecto la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante cinco años que se le impuso.

Todo ello, declarándose de oficio las costas devengadas como consecuencia del recurso de apelación principal y del interpuesto con carácter supeditado. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser anunciado ante esta Sala, dentro del plazo de cinco días, mediante escrito autorizado por un Abogado y suscrito por un Procurador ».

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon por Carlos Antonio y la acusación popular, Ayuntamiento de Rivas Vacia-Madrid, recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional. Los recursos 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Carlos Antonio .Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación como agravante de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim, por aplicación indebida del art. 139.1.1º CP. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim, por indebida inaplicación del art. 21.1 CP en relación con el art. 20.1º del mismo texto legal.

Motivos alegados por el Ayuntamiento de Rivas Vacia-Madrid.Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por inaplicación del art. 139.1. 3º en relación con el art. 22. 5º CP.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos solicitando su inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación. A su vez cada una de las partes recurrentes impugnó el recurso interpuesto de contrario. La acusación particular D. Vidal . y D.ª Marcelina ., ambos padres de D.ª Olga . así como su hermano Aurelio . impugnaron el recurso del procesado y se unieron al recurso del Ayuntamiento de Rivas Vacia-Madrid.La Sala los admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 12 de enero de 2021.

SÉPTIMO.- Formula voto particular el Excmo. Sr. Magistrado y Presidente de la Sala D. Julián Sánchez Melgar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

A.- Recurso del Ayuntamiento de Rivas-VaciaMadrid (acusación popular).

PRIMERO.- El único motivo de este recurso, apoyándose en el art. 849.1º LECrim, aspira a recuperar el **ensañamiento** que, apreciado en la sentencia de instancia, fue suprimido por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación.

El jurado declaró probado que el *ataque ... se produjo de forma que conscientemente aumentara de manera significativa el dolor de la misma, procurando causarle un dolor importante y gratuito.*

La Sentencia de apelación expulsa del hecho probado tal aseveración. Con ello se esfuma buena parte de la base fáctica que sustentaba la agravación. Dos eventuales perchas para colgar esa pretensión subsisten todavía tras ese correctivo:

a) De un lado, la pluralidad de cuchilladas -hasta siete-. Por su ubicación corporal resultan manifiestamente insuficientes para inferir de ahí el elemento intencional que requiere el ensañamiento: un plus, respecto del dolo de matar, consistente en hacerlo con crueldad; es decir, recreándose e incrementando de forma deliberadamente innecesaria el dolor y sufrimiento de la víctima. La sentencia de apelación se entretiene en explicarlo en relación al caso concreto con tanto detalle como rigor: "Es cierto, indudablemente, que el acusado propinó a Olga . hasta siete cuchilladas. Dos de ellas, conforme quedó acreditado pericialmente, resultaban mortales, en atención a la zona a la que afectaron, a la trayectoria y a la profundidad de las heridas. Las otras carecen de ese grado de lesividad. Así, en la propia sentencia impugnada se explica que solo dos de las heridas tuvieron "riesgo vital" y son las que, efectivamente, produjeron la muerte de Olga .. En cuanto a las otras, tal y como los médicos forenses explicaron en el juicio, "hay dos heridas, la del brazo y otra, que son propias de una dinámica defensiva. En cuanto a la herida de la espalda, una persona agredida con arma blanca tiende a defenderse y uno de los movimientos habituales es darse la vuelta para intentar zafarse, al igual que interponer los miembros superiores. La herida en la región lumbar alta puede interpretarse, siempre según el dictamen pericial referido, como propia de un movimiento defensivo, incluso podría ser de huida, pero no lo puede asegurar. Las heridas en el brazo izquierdo son todavía más características de la interposición del miembro superior". Así las cosas, el número de heridas que la víctima presentaba (siete) no resultan consecuencia de que el acusado, además de perseguir causar la muerte a su víctima, pretendiera también producirle otros males, innecesarios para aquel primer fin, orientados en lo esencial a hacerla sufrir. Al contrario, tal y como las heridas se describen en el pasaje de la sentencia que acaba de referirse, tomando naturalmente como referencia el correspondiente informe pericial, lo que ponen de manifiesto es que el acusado atacó con el cuchillo del que se servía a su víctima hasta lograr provocarle las lesiones precisas para causarle la muerte, siendo que en parte de los casos, falló en su objetivo, al tratar obviamente la víctima de eludir los ataques".

No se detectan, así pues, con la precisión que reclamaría la base de una agravación, heridas ocasionadas con el objetivo específico de incrementar el sufrimiento. No puede basarse ahí el ensañamiento.

La STS 516/2020, de 15 de octubre -en un caso que se dieron ¡37 puñaladas! repartidas por diversas partes del cuerpo- se expresa así sobre esta agravación: "El art. 22.5 del CP identifica la agravante de ensañamiento con el hecho de "... *aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito*". De acuerdo con reiterada doctrina, su naturaleza no se identifica con la simple repetición de golpes, sino con lo que un comentarista clásico, en gráfica expresión llamó la maldad de lujo, esto es, la maldad brutal, sin finalidad, por el simple placer de hacer daño. Se trata, pues, de una maldad reflexiva, que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira el momento de acabar con la vida de cualquier persona (STS 600/2010, 16 de junio). Esta idea aparece claramente reflejada en la STS 589/2004, 6 de mayo, cuando proclama la aplicación de esta agravante para situaciones en las que la víctima se encuentra totalmente a merced de su agresor y éste, por decirlo de alguna manera "... *saborea su poder ante ella alargando innecesariamente su sufrimiento*". También en la STS 1232/2006, 5 de diciembre, en la que se afirma que la agravante de ensañamiento exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de la comisión de los hechos. Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio, de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que sea un prolegómeno agónico del desenlace final. Se caracteriza por una cierta frialdad en la ejecución ya que se calcula hasta el milímetro la fase previa de aumento injustificado del dolor y sólo movido por el placer personal o por el odio a la persona agredida a la que se agrava su situación, anunciándole, antes de su muerte, que debe sufrir o haciéndole sufrir o experimentar un dolor añadido deliberadamente escogido. En definitiva, se trata de una modalidad de tortura realizada por un particular y por tanto atípica, innecesaria para causar la muerte y que produce sufrimientos físicos e incluso mentales ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, sometiéndola sin dolores físicos a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico".



La narración del hecho probado -es claro- dista mucho de esas exigencias de la agravante.

b) Por otro lado, se señala la actitud pasiva del acusado tras avisar a los servicios de urgencia. Pero ese "no socorrer" activamente forma parte del propio dolo homicida; no le añade nada. El ensañamiento puede ciertamente hacer en algunos casos de conductas omisivas (deliberada causación de heridas dolorosas no inmediatamente letales y que solo producirán la muerte tras una lenta agonía que se busca de propósito). Pero la simple no prestación de un auxilio personal, tras avisar a un servicio de emergencia que, hipotéticamente, incluso podría evitar la muerte, no incrementa la gravedad de la conducta (lo contrario sí disminuiría su gravedad). Otro entendimiento nos llevaría a la absurda paradoja de considerar más grave y por tanto merecedor de pena superior el hecho aquí enjuiciado, frente al consistente en huir dejando morir a la víctima sin recabar auxilio alguno; o propinarle una nueva puñalada para conseguir una muerte segura e inmediata.

La decisión de la Sala de apelación ha sido correcta y ha de ser refrendada en casación con desestimación del recurso de la acusación popular que habrá de correr con las costas derivadas del mismo.

B.- Recurso de Carlos Antonio .

SEGUNDO.- Una cuestión previa hay que abordar antes de adentrarnos en el examen de este segundo recurso. La parte impugnante reclamó la **celebración de vista**. Se rechazó la petición pese a esa solicitud explícita en el trámite de formalización.

No se ha considerado ni necesaria ni conveniente la celebración de vista. Están bien delimitados y cumplidamente expuestos los términos de la presente impugnación. Los argumentos tanto del Ministerio Público como de las recurridas han podido ser rebatidos en el traslado conferido (art. 882.2º LECrim).

La entidad de la pena no determina por sí sola la obligatoriedad de vista. El tenor del art. 893 bis a) LECrim no hace imperativa su celebración en este supuesto según interpretación tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional: la petición solo es vinculante cuando es compartida por todas las partes (entre otras resoluciones, ATC 588/1995, de 27 de marzo y SSTS 429/2015, de 9 de julio, 734/2015, de 3 de noviembre, 80/2017, de 10 de febrero o 16/2020, de 28 de enero).

Necesario es explicarlo en este momento por no existir otro trámite previo habilitado para ofrecer respuesta razonada a esa petición (vid art. 893 LECrim) y atender al deber constitucional de dar respuesta razonada a toda petición.

TERCERO.- Trastocamos el orden de análisis de los motivos en tanto el segundo tiene mayor trascendencia sustantiva por comportar un cambio de tipo penal. Los otros dos que le acompañan versan sobre circunstancias (agravante impugnada y atenuante postulada).

Combate el recurrente, utilizando como arma procesal el art. 849.1º LECrim, para expulsar de la condena la alevosía (motivo segundo).

En la sentencia del Tribunal del Jurado venía apoyada fundamentalmente en la fragilidad del físico de la víctima que contrastaría con la corpulencia del agresor, mucho más joven. Se añadía para reforzar la conclusión, el supuesto carácter sorpresivo del ataque. Se invoca, por fin, en la sentencia la conocida como "alevosía doméstica".

En apelación se prescinde del primer elemento (diferencia de complexión física), que, en efecto, resulta marcadamente insuficiente para colmar las exigencias de la alevosía. Se hace pivotar la agravación sobre lo inesperado de la agresión.

En este punto (sucede igual en el primer motivo, según veremos) se entremezclan dos vertientes: la estrictamente jurídica (¿describe con precisión el hecho probado una alevosía?); y otra más probatoria (¿hay elementos probatorios suficientes para alcanzar la certeza, más allá de toda duda razonable, de que el ataque fue sorpresivo y totalmente inesperado?).

El hecho probado en un primer momento indica que el acusado se abalanzó sobre la víctima con el cuchillo. No describe la situación ni las circunstancias de los instantes inmediatamente precedentes a la agresión.

Uno de sus párrafos finales es el destinado a dotar de contenido a la alevosía: se habla de la corpulencia física del acusado y la delgadez de la víctima (datos que ya hemos orillado) y se añade que se aprovechó el hecho de que se encontraban solos en el domicilio, *sin que Olga pudiera esperar ese ataque*.

Según el art. 22.1 del CP, « *hay alevosía 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*».



Entre las modalidades de la alevosía, ciertamente, esta Sala ha incluido la sorpresiva: el ataque se produce de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante, repentino. En estos casos, «... es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso» (SSTS 5 mayo 2020; 1214/2003, de 24 de septiembre; 1469/2003, 11 de noviembre y 223/2005, 24 de febrero).

La STS 765/2017, de 27 de noviembre, considera que esta clásica modalidad alevosa es compatible con gestos defensivos siempre que estén inexorablemente abocados al fracaso precisamente porque la sorpresa impide una reacción con alguna mínima potencialidad defensiva.

En ese precedente encontramos también algunas referencias a la conocida como alevosía doméstica, derivada del quebranto de la atmósfera de confianza que rige en el propio hogar, clima de confianza. Ese escenario ha sido bautizado con esa plástica expresión "alevosía convivencial", "alevosía doméstica".

La apreciación de la agravante de alevosía exige un esfuerzo ponderativo cuya necesidad se acentúa -como derivación interpretativa del principio de proporcionalidad- desde la reforma de 2015 de los delitos contra la vida.

Ciertamente (STS 129/2020, 5 de mayo) la prueba de señales de defensa no es incompatible con la agravante de alevosía. Una cosa es la defensa y otra la mera autoprotección que para nada compromete la integridad física del agresor, ni le supone riesgo alguno (cfr. SSTS 25/2009, 22 de enero y 37/2010, 22 de enero). La alevosía, en verdad, no se excluye por un mínimo intento de defensa, cuando es funcionalmente imposible, y obedece a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro (STS 895/2011, de 15 de julio).

Con otras palabras, la alevosía «... no desaparece por la posible existencia de hematomas o rasgos defensivos, pues una cosa es la defensa activa que se realice o pueda realizarse y otra cosa es la que podríamos llamar defensa pasiva o simple autoprotección equiparable a lo que comúnmente suele llamarse instinto de autoprotección» (SSTS 472/2002, 14 de febrero y 417/2008, 30 de junio, entre otras muchas).

Pero en el esfuerzo por ubicar la aplicación de la agravante con tanta potencialidad agravatoria en sus justos términos, debemos recordar que para la apreciación de la alevosía, que convierte en asesinato el homicidio, hay que atender, no tanto al mecanismo concreto homicida, como al marco total de la acción. Si fuese de otra forma convertiríamos casi en un supuesto residual un homicidio consumado que no pudiese ser, a la vez, calificado de asesinato. Si se ha alcanzado el objetivo buscado es que finalmente se han superado los eventuales mecanismos de defensa que, al haber sido superados, habrían hecho de la defensa un empeño inútil e ineficaz. El fallecimiento constituirá la prueba de que se han laminado las posibilidades defensivas. Si pudieron existir, han sido abolidas. Pero eso no es sinónimo de alevosía. Defensa ineficaz no equivale a anulación de las posibilidades de defensa en un juicio *ex ante*.

Tropezamos en nuestro análisis con un relato extremadamente pobre. No se sabe si la indicación de lo inesperado del ataque se refiere a los instantes inmediatamente anteriores (en cuyo caso sí habría alevosía) o a momentos menos cercanos (al llegar a la casa, al concertar la cita con el acusado...). Desaparece la alevosía si el ataque se hubiese producido en el curso de una discusión fuerte que deriva en forcejeo físico, o si hubiesen mediado advertencias o amenazas previas. A falta de testimonios directos solo cabe operar con inferencias deducciones o especulación. Muchas hipótesis llevan a la alevosía en tanto, en efecto, ésta es compatible con una discusión previa o con alguna mínima defensa. Pero no basta con afirmar, que es lo que hace la sentencia de apelación, que nada de lo que invoca la defensa conduce a descartar terminantemente la alevosía. Es necesario un razonamiento en positivo: explicar por qué se estima probado que en los momentos inmediatamente anteriores al ataque éste resultaba totalmente sorpresivo e inesperado. No se puede descartar de forma rotunda otra hipótesis desde el momento en que hay signos de una previa discusión (más o menos fuerte); y además también confluyen evidencias de reacción defensiva por parte de la víctima. Siendo probable que el ataque fuese alevoso, no es seguro. Eso debe llevar a eliminar esta agravación que reconduce los hechos al homicidio.

Es una deducción demasiado abierta concluir que existió alevosía ante la falta de elementos que permitan esclarecer las circunstancias concretas del acometimiento mortal. Con seguridad hubo prevalimiento de una situación de superioridad pero no existe prueba inequívoca de que alcanzase la intensidad necesaria para colmar las exigencias normativas de la alevosía. Hubo reacción defensiva. Eso consta. Se abren paso así las dudas sobre la alevosía (vid STS 618/2020, de 18 de noviembre ó 451/2020, de 15 de septiembre).

CUARTO.- Expulsada la alevosía deberemos apreciar, sin embargo, la agravación por abuso de superioridad (art. 22.2 CP). Es homogénea. Así lo declaran numerosos precedentes. Para su apreciación sobrevenida no



existe obstáculo derivado del derecho a ser informado de la acusación. Decía al respecto la STS 555/2015, 28 de septiembre, que «... *ningún riesgo existe de quiebra del principio acusatorio. La homogeneidad entre las agravantes de alevosía (art. 22.1 CP) y abuso de superioridad (art. 22.2 CP) ha sido reiteradamente proclamada por esta Sala. En efecto, como ya hemos apuntado en la STS 850/2007, 18 de octubre , con cita de la STS 600/2005, 10 de mayo , la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la homogeneidad, desde la perspectiva del principio acusatorio, entre las agravantes de alevosía y abuso de superioridad. La STS 1458/2004, 10 de diciembre , afirmó que no se había vulnerado el principio acusatorio, al tratarse la agravante finalmente apreciada por el Tribunal de una circunstancia claramente homogénea con la alevosía, pues, en realidad, se trata de una alevosía imperfecta o alevosía menor ya que participa de la misma estructura que la agravante 1ª del art. 22 CP , pero sin llegar en sus consecuencias al mismo grado de indefensión y desamparo en que se sitúa a la víctima. De este modo ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala en multitud de sentencias, alguna de las cuales cita la recurrida, por ejemplo, la STS 357/2002, 4 de marzo , cuando declara que "aplicar tal agravante, cuando no ha sido pedida por las acusaciones que sí solicitaron la apreciación de la alevosía, no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos, como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino tiende a eliminarla". Igualmente la STS 1340/2000, 25 de julio , que excluye la alevosía pero aprecia el abuso de superioridad subrayando que "esta apreciación no produce indefensión alguna para el acusado, pues la imputación de alevosía recoge todos los elementos de hecho constitutivos de esta otra agravante de abuso de superioridad"».*

El empleo de un cuchillo, amén de la diferencia de complejión física dan contenido sobrado al abuso de superioridad.

QUINTO.- Cuestiona el recurso en su primer motivo la apreciación de la circunstancia de **parentesco** del art. 23 CP con sentido agravatorio. Pasamos a revisar esta cuestión, que descartada la alevosía y, convertida en la agravante de abuso de superioridad, pierde toda trascendencia punitiva. A los efectos del art. 66 CP que concurra una agravante (abuso de superioridad) o dos (además, parentesco) es indiferente. En todo caso hay que conjugarlas con la atenuante.

Aunque muy cercanas en su morfología y fundamento, la circunstancia genérica del art. 23 CP no coincide exactamente, al menos en su literalidad, con las relaciones aludidas en la Ley Orgánica 1/2004 que sirven de referente a varios tipos penales (significada y paradigmáticamente, art. 153 CP). El art. 23 CP habla de *estabilidad* y omite la apostilla de que no es necesaria convivencia (vid STS 34/2016, de 2 de febrero): esas dos diferencias suponen que la simetría no es total.

En lo que respeta a esta cuestión el *factum* es de un laconismo poco afortunado. Se limita a decir que entre víctima y acusado había existido una *relación sentimental* con convivencia parcial. No aclara más. Esa base factual sugiere la posibilidad de la agravante, pero no acaba de perfilarla de forma consistente y concluyente.

Con esos meros retazos la base fáctica de la agravación aparece desvaída.

La sentencia de instancia habla en el hecho probado de *una relación sentimental con una duración de nueve meses*.

La sentencia de apelación completa en ese punto el hecho probado, aunque se proclame que no lo hace por virtud de una nueva valoración probatoria -lo que estaría vedado en un recurso devolutivo- sino por un tema procesal: era preciso llevar al hecho probado exactamente lo que había declarado probado del jurado. Habla así de una *relación sentimental durante nueve meses con convivencia parcial*...haciéndose eco de una mención contenida en la fundamentación jurídica de la sentencia.

Esa adición fáctica (*convivencia parcial*) *contra reo* en sede de apelación no resulta del todo ortodoxa procesalmente, tanto por razones ligadas a la doctrina sobre la revisión de la prueba en perjuicio del acusado en un recurso devolutivo, sin presenciar la prueba; como por otras derivadas del tipo de procedimiento (jurado: hay que estar a lo que ha declarado probado el colegio de legos); o de principio acusatorio (solo se pueden declarar probados hechos objeto de acusación). Examinadas a estos efectos las actuaciones (art. 899 LECrim) extraemos el siguiente panorama:

A) Ninguna de las acusaciones incluía en los hechos de sus escritos de calificación referencia alguna a la *convivencia parcial*. El Fiscal hablaba de *una relación sentimental desde hacía nueve meses* (folio 299 del rollo de Sala) .La acusación particular, sin más, de una *relación sentimental* (folio 304). Y, por fin, la acusación popular, en términos similares, se refería a que eran *pareja sentimental* (folio 308). No figuraba ningún otro dato adicional descriptivo de la relación.

B) En congruencia con ello en el objeto de veredicto tampoco se proponía al colegio de jurados algo distinto a esa genérica referencia: *relación sentimental iniciada nueve meses antes* (punto primero: folio 319). La proposición fue aprobada por unanimidad pasando de esa forma a los hechos probados de la sentencia.



C) En la justificación del objeto de veredicto (lo que ya no son hechos propiamente probados: debe regir respecto de esas eventuales consideraciones la prohibición de integrar el hecho probado *en perjuicio del reo* con declaraciones fácticas contenidas en la fundamentación jurídica) solo se alude a que el acusado tenía llaves de la vivienda de la víctima (folio 331), lo que es ciertamente un indicio que avala la existencia de la relación, pero del que no se puede deducir, sin dar un salto acrobático, que existiese convivencia parcial, como hace el Tribunal de apelación yendo más lejos que las acusaciones y que el jurado. No olvidemos que en algún momento se habla en la causa de que las llaves habían sido sustraídas a la víctima por el acusado (declaración de un testigo).

Por tanto difícilmente podríamos tomar como punto de partida del debate jurídico el añadido fáctico producido en la apelación, amén de su ambigüedad. No se sabe qué quiere decir *convivencia parcial*. Si ese concepto queda colmado por el hecho de haber dormido esporádicamente o con alguna regularidad en el domicilio de la víctima; o por haber pasado juntos algunos días de vacaciones (lo que haría más apropiado hablar de *convivencia esporádica*); o si supone que se trata de un domicilio compartido, aunque uno de los titulares no lo ocupe de forma permanente (lo que parece venir contradicho por el dato de que en tal vivienda no se encontraron enseres personales del acusado, sino solo de la víctima). Desaparecido ese dato (*convivencia parcial*) el propio Tribunal de apelación, según se deduce de sus razonamientos, hubiese rechazado la agravación.

Pero es que, aun respetando el añadido efectuado de forma poco canónica en apelación, faltaría fundamento para la agravación que exige un esfuerzo descriptivo mucho mayor. No toda relación afectiva o sentimental es asimilable al matrimonio a los efectos del art. 23 CP.

Cita el recurso la STS 79/2016, de 10 de febrero que contempla una relación de noviazgo, también de nueve meses, con relaciones sexuales pero sin convivencia. Se trata, en efecto, de un precedente de referencia obligada para abordar esta temática. Eso justifica la extensa transcripción que sigue: "La argumentación del Ministerio Fiscal para aplicar la agravante de parentesco en el caso actual sostiene, en el fondo, la aplicación analógica a la circunstancia mixta de parentesco del concepto de relaciones de análoga afectividad utilizado para la agravación de género prevenida en el art 153 y concordantes (148.4, 171.4, 172.2 y 173.2 CP) del Código Penal. En estos supuestos, se aplica una penalidad reforzada a las agresiones que tengan como víctima a la mujer, en el ámbito o como consecuencia de una relación afectiva, por estimar el Legislador, justificadamente, que estas conductas comportan un mayor desvalor por incorporar un componente atávico de dominación del hombre sobre la mujer. Pero la circunstancia genérica de parentesco, sin perjuicio de que en ocasiones pueda aplicarse también en delitos de género como las agresiones sexuales, tiene un sentido diferente y un ámbito más amplio, aplicándose con carácter general tanto a los delitos que tengan a las mujeres como víctimas como a los que cometan éstas, y tanto en su condición de agravante como en su condición de atenuante, en función de la naturaleza de los delitos. Esta amplitud, y doble bilateralidad, hacen improcedente extender con carácter general a las relaciones ordinarias de noviazgo, de escasa duración y sin convivencia, la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, que además permanecería vigente incluso después de que la relación se hubiese extinguido. Prueba de ello es que el propio Legislador diferencia el ámbito de la agravación para las personas ligadas por una relación análoga de afectividad a la matrimonial, entre el art 23 (circunstancia mixta de parentesco) y el art 153 y concordantes (violencia de género), extendiendo expresamente la agravación a supuestos de ausencia de convivencia en el art 153 y concordantes, y omitiendo esta extensión en el art 23, mientras que en la circunstancia mixta del art. 23 se exige una estabilidad de la relación, que se omite en el art. 153 y concordantes, para la violencia de género. En definitiva, no cabe extender por analogía el concepto de relaciones de análoga afectividad del art 153, y concordantes, al art 23, porque constituiría una aplicación analógica de la norma, en contra del reo, prohibida por el principio de legalidad. No tendría sentido que el Legislador ampliase expresamente la aplicación de la agravación de género a las relaciones "sin convivencia" en el art 153, y por vía jurisprudencial extendiésemos esta amplitud, en perjuicio del reo, a la circunstancia mixta de parentesco en los supuestos de relaciones análogas a la matrimonial, cuando el Legislador, pudiendo hacerlo, no ha incluido expresamente la ausencia de convivencia en el art 23 que regula esta circunstancia. Tampoco debemos desconocer que el Legislador ha prescindido de la exigencia de "estabilidad" de la relación análoga a la matrimonial en el art 153, y en sus concordantes, pero la mantiene en el art 23, al establecer los requisitos de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco. En consecuencia, una relación de noviazgo de unos cuantos meses, sin convivencia, puede justificar la aplicación del art 153, pero no es suficiente, legalmente, para aplicar con carácter genérico la agravante de parentesco. Ello no excluye que esta circunstancia de la concurrencia de un noviazgo anterior pueda ser considerada en supuestos de agresión sexual como circunstancia personal de agravación de la conducta a efectos de individualización de la pena, como ya hemos apreciado en el caso actual. Y ha de tomarse en consideración también que el Legislador ha incluido en la reforma de 2015 las "razones de género" en la agravante de discriminación definida en el art 22 4º CP. Agravante que puede abarcar, de un modo más específico, supuestos no incluidos en la circunstancia



mixta de parentesco". En consecuencia una relación común de noviazgo, ya finalizada, que se prolongó durante nueve meses sin convivencia en ningún momento, no determina la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, en su condición de agravante, aun cuando los jóvenes hayan llegado a mantener durante la misma relaciones sexuales, sin perjuicio del efecto que pueda producir en el ámbito de los comportamientos descritos en el art 153 CP, y concordantes. Este es el criterio sostenido con anterioridad por esta Sala, por ejemplo en la STS 421/2006, de 4 de abril, en la que se establece expresamente que *" un vínculo de noviazgo que cuenta tan solo con unos diez meses de antigüedad cuando los hechos delictivos se producen, sin convivencia entre el recurrente y su víctima, que tan solo salían juntos con cierta frecuencia, aun cuando existan relaciones sexuales entre ambos, no puede llegar a considerarse agravante de parentesco, salvo que se quiera incluir con inaceptable carácter extensivo lo que no pasa de ser una relación de noviazgo"*. Añadiendo esta resolución que la analogía está expresamente permitida por la norma positiva para las atenuantes, pero esta circunstancia mixta **" al ser utilizada en su vertiente agravatoria debe ser entendida de manera estricta, evitando interpretaciones extensivas contra reo, que pudieran suponer una vulneración del principio de legalidad"**. En conclusión, a los efectos de la apreciación de la agravante de parentesco, en la redacción actual del precepto, en el concepto de **" personas ligadas de un modo estable por análoga relación de afectividad a la del matrimonio"** no cabe incluir de modo automático todo tipo de relaciones de noviazgo, sino únicamente aquellas relaciones sentimentales en las que concurra o haya concurrido un componente de compromiso de vida en común dotado de cierta estabilidad, que suele manifestarse por un inicio de convivencia, al menos parcial, y un grado de afectividad semejante y generador de una vinculación familiar, mostrando la realidad social que muchas relaciones de noviazgo, más o menos fugaces, carecen de las características necesarias para que puedan ser consideradas como relaciones de afectividad análogas a la marital a los efectos de la aplicación de la agravante de parentesco, como señala la sentencia de instancia. Y ello porque la circunstancia mixta tiene un ámbito y finalidad diferente de la agravación de género prevenida para supuestos específicos en el art 153 y concordantes, sin que puedan extenderse analógicamente a la agravante genérica las tipologías incluidas en este precepto. En la jurisprudencia más reciente de esta Sala puede apreciarse que se aplica la circunstancia mixta de parentesco en su condición de agravante a las relaciones de análoga efectividad, en supuestos de relaciones dotadas de cierta estabilidad y con convivencia "more uxorio", al menos parcial. Por ejemplo STS 547/2015, de 6 de octubre (convivencia los fines de semana, y delito cometido en la vivienda común), STS 838/2014, de 12 de diciembre, (convivencia como pareja de hecho, durante varios meses, cometiéndose el delito en la intimidad del domicilio de la pareja), STS 59/2013, de 1 de febrero, (relación de pareja estable, de una duración superior a tres años), STS 972/2012, de 3 de diciembre, (relación afectiva consolidada, con convivencia durante varios años), STS 792/2011, de 8 de julio, (utilización de un domicilio común durante aproximadamente seis meses), STS 436/2011, de 13 de mayo, (relación sentimental estable durante años, con convivencia los últimos cinco meses), STS 1053/2009, de 22 de octubre (convivencia "more uxorio", durante varios años, que la víctima quería finalizar), etc."

La cuestión suscitada, desde luego, es espinosa y presenta muchas aristas. Cuando existe matrimonio es fácil marcar el final del noviazgo y el comienzo de la relación conyugal. Aunque ni siquiera en esos casos se puede excluir -es situación nada infrecuente- que antes de ese momento pueda hablarse de relación afectiva análoga a la matrimonial.

También sin matrimonio hay supuestos de meridiana claridad en que se puede hablar de unión semejante a la matrimonial al concurrir inequívocamente un proyecto compartido de vida común. Normalmente ello tendrá como consecuencia la convivencia (vid arts. 68 y 69 del Código Civil). Pero, siendo ese elemento indicador muy significativo, no es ni indispensable, ni suficiente.

En todo caso hay que reiterar que el art. 23 CP exige algo más que los arts. 153 y concomitantes, **(i)** en cuanto introduce como nota la estabilidad que parece comportar cierto componente de compromiso de futuro, una vocación de permanencia; y **(ii)** no se preocupa de precisar que la falta de convivencia no excluye la agravación, como sí se cuidan de indicar los preceptos modificados en 2004 con la ley de protección integral contra la violencia de género. Es más reducido el círculo de sujetos comprendidos en el art. 23.

Nos movemos en este caso en un territorio de penumbra, aunque la neblina desaparece si suprimimos la referencia a la convivencia parcial, conforme a las consideraciones procesales antes efectuadas. Pero aún con esa adición, no acabaría de perfilarse la base fáctica precisa para la aplicación del art. 23 CP. Una relación sentimental iniciada nueve meses atrás, en la que cada uno de los miembros de la pareja mantiene su domicilio, por más que de forma episódica puedan pasar juntos fines de semana o algún periodo vacacional, no puede decirse, sin más datos, que pueda asimilarse a la relación conyugal a los efectos del art. 23 CP.

Podemos bucear en las actuaciones buscando otros elementos que ilustren o enriquezcan la pobreza descriptiva del hecho probado, pero ello solo es posible en favor del reo; nunca para adornar en sentido agravatorio el relato fáctico. En esa dirección, las manifestaciones de los padres y amigos que evidencian



que no se trataba de una relación publicitada como tal a las personas más cercanas, dificulta aún más la equiparación con la relación conyugal, y nos aproxima a más relaciones previas que, con todos los matices derivados de los fuertes cambios sociales en esta materia, pueden encuadrarse dentro del genérico y equívoco término *noviazgo* que, si en algunos casos puede servir de base relacional para construir sobre él los delitos de los arts. 153 CP y otros, no basta para integrar la agravación del art. 23.

Hemos, así pues, de excluirla al no estar definidos con la suficiente nitidez los contornos de la relación ni en el *factum*, ni, probablemente tampoco, en el escenario probatorio obtenido.

El motivo ha de ser estimado.

SEXTO.- El siguiente motivo quiere convertir la atenuante analógica por trastorno psíquico en eximente incompleta (art. 849.1º LECrim). Lo impide el hecho probado (art. 884.3º LECrim) que habla de afectación moderada de las facultades volitivas. Esa caracterización solo alcanza para una atenuación analógica que es lo apreciado.

Son asumibles los convincentes y bien desarrollados argumentos del Tribunal de apelación: "La reciente sentencia del Tribunal Supremo nº 566/2018, de 20 de noviembre, determina que habida cuenta el acreditado trastorno adaptativo, que no es más - según pusieron de manifiesto los forenses- que una reacción del individuo ante el estrés que le genera angustia, ansiedad y nerviosismo, y teniendo en cuenta el probable trastorno de la personalidad que los mismos mencionan en su informe, la sala entiende que en el presente caso concurre la atenuante analógica de alteración psíquica prevista en el artículo 21.7º en relación con el 21.1º y 20.1º del Código Penal, ello por cuanto la jurisprudencia del TS tiene dicho que los "trastornos de la personalidad" -que no son trastornos psicóticos carecen por su sola naturaleza de la eficacia psicológica anulatoria que el acusado postula, siendo una anomalía psíquica que afecta a la organización y cohesión de la personalidad y a su equilibrio emocional y volitivo, determinando una desviación anormal del carácter. En definitiva, dicho trastorno implica una desviación del patrón cultural de conducta que se manifiesta en el área de la cognición, en el de la de afectividad, en el del funcionamiento interpersonal y en el del control de los impulsos (STS 18 de abril de 2006, 17 de julio de 2008; 3 de febrero de 2009); y en su presencia no cabe hablar de exención completa pues no se anula el conocimiento ni la voluntad, valorándose como atenuante analógica, y solo excepcionalmente como eximente incompleta en supuestos especialmente graves, generalmente asociados a otras patologías, lo que no concurre en el caso que nos ocupa (por todas las STS 17 de julio de 2004; 18 de abril de 2006; 29 de mayo de 2007)" En el supuesto que ahora se presenta a la consideración de la Sala, el hecho cierto es que en el objeto del veredicto que se sometió, sin objeción de las partes, a la deliberación del colegio de jurados, se contenían dos preguntas o proposiciones acerca del extremo que ahora se estudia. Se trata de las proposiciones décima y undécima. Ambas se califican como hechos favorables para el acusado, con la relevancia que ello presenta a fin de que puedan ser declarados probados los hechos que contienen y se articulan de manera subsidiaria, de modo tal que la undécima solo debería ser respondida por los jurados en el caso de haber considerado no probado el hecho que se describe en la proposición décima. Si ello es así, resulta evidente que tener por acreditado el primero de los hechos sometidos a consideración, necesariamente habría de resultar más beneficioso para el acusado, habida cuenta de que en ambos casos se trataba de hechos favorables. En efecto, por más que el argumento no resulte por sí mismo suficiente, parece claro que si, como parece pretender el recurrente, el adverbio "significativamente" (pregunta décima) comportara una reducción menor de la capacidad volitiva del acusado que el empleado en la pregunta undécima ("moderadamente"), de ningún modo debiera haber aceptado su defensa que se sometiera primero a la consideración del jurado lo menos (beneficioso) y solo en el caso de que aquellos respondieran negativamente a la cuestión, pudieran pasar al examen de los más (la proposición undécima). Y es que, efectivamente, las proposiciones décima y undécima resultan coincidentes en la consideración de que el acusado "padecía en el momento de ocurrir los hechos un trastorno por déficit de atención y de hiperactividad y un trastorno mixto de la personalidad". Se diferencian, sin embargo, cada una de dichas proposiciones en que en el primer caso se afirma que el mencionado cuadro afectaba "significativamente" a sus facultades volitivas, lo que el colegio de jurados no consideró acreditado; mientras que en el segundo se señala que los referidos trastornos afectaban "moderadamente" a sus facultades volitivas. Esto último es lo que tuvo por acreditado el jurado, después de considerar no probada la primera proposición. Y, por eso, en la sentencia impugnada se aplica al acusado la circunstancia atenuante analógica y no la eximente incompleta que el ahora apelante demanda. Pero es que, más allá del argumento sistemático que acaba de emplearse, lo cierto es que en el acta de la deliberación explican los jurados que "el trastorno por déficit de atención de hiperactividad que el acusado padece viene acreditado por los informes médicos de la prueba documental. ...Además sufre un trastorno mixto de la personalidad que provoca un déficit en el control de impulsos descrito como moderado por la Dra. Edurne en su declaración del acta de 4 de octubre". Igualmente, la sentencia impugnada, complementando la Magistrada Presidente la motivación ofrecida por los jueces legos, pone de manifiesto, al discurrir acerca de este particular, que "en el acto del plenario los peritos Edurne , Herminia , Leticia , Carmelo , Luz y Celso ratificaron



sus respectivos informes, concluyendo que el acusado tenía un trastorno de hiperactividad y un trastorno de la personalidad con rasgos mixtos, que comprometía de alguna manera su capacidad volitiva, teniendo conservada la cognitiva, que sabe distinguir perfectamente entre el bien y el mal y que la amnesia que alegó haber sufrido desde que empezó a tomar cervezas y cubatas hasta que se encontró en los calabozos, no era creíble". En estas circunstancias, considera el Tribunal que a partir de la prueba practicada en el acto del juicio oral y de la valoración que de la misma efectuaron los miembros del jurado, resulta obligado, en efecto, tener por acreditado que el acusado padece los mencionados trastornos. Pero no se ha acreditado que los mismos comporten una "significativa" disminución de su capacidad volitiva, en el sentido de importante o notable, que pudiera justificar la aplicación de la eximente incompleta que el apelante reclama; sino tan solo una limitación moderada, ligera, de su capacidad para, comprendiendo la ilicitud de los hechos que realizó, acomodar su conducta a dicha comprensión, consideración que justifica la decisión adoptada por la Magistrada Presidente de aplicar la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7 del Código Penal, en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del mismo texto legal, debiendo también, por eso, desestimarse este último motivo de impugnación".

Nada podemos añadir.

SÉPTIMO.- La estimación de este recurso lleva a declarar de oficio las costas derivadas del mismo (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por interpuestos por **Carlos Antonio** contra Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 16 de mayo de 2019 que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26ª) en el Procedimiento del Tribunal del Jurado nº 992/18 en causa procedente del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de la localidad Arganda del Rey y seguida por un delito de asesinato y quebrantamiento de medida cautelares; **por estimación de los motivos primero y segundo de su recurso; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid** con declaración de las costas de este recurso de oficio.

2.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **el AYUNTAMIENTO DE RIVAS-VACIAMADRID** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas con imposición de las costas de este recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid y al Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Arganda del Rey (Madrid) a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 3238/2019 Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. D. Julián Sánchez Melgar D. Antonio del Moral García D. Pablo Llarena Conde D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina D. Javier Hernández García

En Madrid, a 2 de febrero de 2021. Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de Arganda del Rey (Madrid), fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26ª), y que fue seguida por delitos de asesinato y quebrantamiento de medidas cautelares contra Carlos Antonio y apelada posteriormente ante la Sala de lo Civil y Penal del



Tribunal superior de Justicia de Madrid, en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Según se desprende de los razonamientos consignados en la sentencia de casación los hechos son constitutivos de un delito de homicidio consumado con la agravante de abuso de superioridad y la atenuante analógica de alteración psíquica. La concurrencia de una atenuante y una agravante obliga a valorar ponderadamente ambas. En este caso tiene mayor intensidad la agravante de abuso de superioridad que es de tal nivel que roza la alevosía (podríamos hablar de *quasi* alevosía). Ello nos invita a movernos en la mitad superior del arco penológico. Si combinamos ese dato con la relación afectiva que vinculaba a víctima y agresor, y la consideración de que la agresión se llevó a cabo en la morada de la fallecida, se detectan unos ingredientes de gravedad que justifican la imposición de una pena cercana al máximo posible, aunque moderada por el juego de la atenuante: **CATORCE AÑOS DE PRISIÓN** se revela como duración adecuada.

FALLO

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

1.- Condenar a Carlos Antonio, como autor de un delito de homicidio con la agravante de abuso de superioridad y atenuante analógica por alteración psíquica a la pena de **CATORCE AÑOS DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

2.- **Se ratifican el resto de pronunciamientos** de la sentencia de instancia y en particular lo referido a inadmisión y condena por quebrantamiento de medida cautelar, la libertad vigilada y previsión de expulsión.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 3238/2019.

Con el respeto debido a la decisión de la Mayoría, disiento de la falta de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, acuñada en el art. 23 del Código Penal, actuando como agravante genérica, en una relación sentimental de más de medio año (exactamente nueve meses), en el curso de la cual el acusado y la víctima pasaron juntos diversos fines de semana en el apartamento de ella, y es más, cuando aconteció el crimen, el acusado se encontraba celebrando la nochevieja en casa de la víctima, y, como colofón, tras apuñalarla brutalmente hasta acabar con su vida, avisó al 112, pidiendo ayuda, diciendo que "su mujer" se había lesionado. A esos datos, añadimos que el acusado tenía llaves de tal vivienda (como así lo expuso el Jurado como justificación a la relación sentimental que declaraba), lo que denota una autorización de uso, que es característica de las relaciones personales afectivas.

Esta convivencia, que el Tribunal Superior de Justicia ha denominado "parcial", llevándolo a los hechos probados, no solamente resulta, según expone la sentencia recurrida, de lo declarado por el Tribunal del Jurado, que ya hemos dicho dejó fácticamente constatado que entre el acusado y la víctima había surgido una relación sentimental, sino de la realidad de tales estancias y periodos de convivencia aludidos, conforme resulta de la lectura tanto de la Sentencia de primer grado como del segundo grado jurisdiccional.

De cualquier modo, tras la reforma operada en el art. 23 del Código Penal, por la LO 11/2003, con entrada en vigor a partir del 1 de octubre de 2003, desaparece la exigencia de que permanezca cualquier rasgo de relación conyugal o afectiva, mediante la introducción de la mención de "ser o haber sido".



En la terminología legal, en consecuencia, integra la circunstancia mixta de parentesco, entre otras concreciones, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad.

Lo que yo cuestiono en este voto particular es que existan diversos grados de parentesco, que han de producir una agravación de la responsabilidad penal, con distinta configuración si estamos en presencia de un delito de lesiones o de un delito de homicidio. No me parece lógico que la ley penal haya querido realizar esta distinción, acuñando diversos grados de parentesco, sino solamente uno, que sirve de proyección, elevando la antijuridicidad de la acción, y por consiguiente, la pena, cuando el acusado agrede a una persona que ha estado unida a él mediante los lazos resultantes de la afectividad, generando una relación sentimental, que ha cristalizado, bien en el matrimonio o en una situación de hecho análoga.

Desde mi punto de vista, ambas situaciones son idénticas desde la vertiente de la agravación de la pena, y por consiguiente, de la configuración estructural de la circunstancia mixta de parentesco.

Ello es porque, a mi juicio, no existen dos perspectivas que cataloguen la relación sentimental, una para el caso de que el agresor lesione, y otra, más exigente, y por tanto, de la que resulte un menor reproche penal (en tanto que no se aplica la agravante), cuando el agresor mata, que es lo que ocurre en la Sentencia de la que disiento.

Cuando el legislador incorporó mediante LO 1/2004, de 28 de diciembre, una agravación en el art. 148.4º del Código Penal al delito de lesiones (también a otros delitos), en el caso de que la víctima fuere mujer o hubiese sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, estaba acuñando un modo de parentesco, cuya concepción jurídica irradia a todo el Código Penal, y que, por consiguiente, debe ser tomada en consideración por el intérprete, incluido el art. 23, que ni siquiera exige, por cierto, el requisito de la convivencia, sino el de la estabilidad.

Esa nota de estabilidad, que parece comportar cierto componente de compromiso de futuro, constituye una vocación de permanencia (una relación de pareja estable); y tal precepto no se preocupa de precisar que la falta de convivencia excluya o no la agravación; por ello, no puedo entender acertada la afirmación de la Mayoría, acerca de que «es más reducido el círculo de sujetos comprendidos en el art. 23».

En efecto, se me hace muy duro interpretar, como concurrente, una circunstancia agravatoria cuando el sujeto activo agrede a la mujer, causándole lesiones, y no hacerlo, en las propias circunstancias fácticas, cuando ese mismo sujeto acaba con la vida de su pareja sentimental, actual o pasada ("ser o haber sido", dice el art. 23 del Código Penal).

Por ello, estratificar otro componente más en las relaciones de pareja, aparte de los tradicionales, como son el estado matrimonial o el análogo, para dibujar ahora otras subespecies que derivan de la convivencia plena, o parcial o esporádica, como expresa la Sentencia mayoritaria, no me parece acertado, cuando el art. 23 del Código Penal no menciona siquiera la convivencia, sino que figura la estabilidad de la relación, que, por cierto, me parece que es su verdadera esencia, porque el lazo de afectividad no debe descansar en la mayor o menor duración de la convivencia, que desde mi punto de vista no es lo importante, sino en la estabilidad de tal relación sentimental, que es lo que caracteriza el fundamento del parentesco base de la agravación.

En la STS 257/2020, de 28 de mayo, se recopilan diversos precedentes, y aunque el tema planteado no está exento de problemática y ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales no siempre coincidentes, es lo cierto que, por ejemplo, la STS 11376/2011, de 23 de diciembre, considera aplicable la agravante en «noviazgos» caracterizados por la estabilidad y la excluye en las relaciones de mera amistad o en los encuentros esporádicos. En la mayor parte de las ocasiones la simple calificación de la relación como noviazgo, y a mi parecer mejor expresado bajo la terminología de relación sentimental, ha permitido aplicar la agravación. Es el caso de la STS 774/2012, de 1 de enero. O lo es la reciente STS del Pleno número 677/2018, de 20 de diciembre, que admite especiales situaciones que en su momento eran calificadas de "noviazgo" y ahora se interpretan en un sentido más abierto y extenso, sin necesidad de exigirse para ello un proyecto de vida en común. Pero también se ha atendido a la duración de la relación para calificar el noviazgo como análogo o no a la relación matrimonial. En la STS 640/2017, de 28 de septiembre, se aplicó la agravación en un "noviazgo" de un año, mientras que en la STS 1376/2011, de 23 de septiembre, no se aplicó porque la duración fue de un mes.

En consecuencia, en el caso enjuiciado debió mantenerse la agravante de parentesco, tal y como sostuvo el Tribunal Superior de Justicia, que razona al respecto que el acusado conservaba *«en su poder las llaves del domicilio de la denunciante, con el consentimiento de ésta, lo que tanto significaba como una suerte de autorización genérica a acudir a su domicilio y permanecer en el mismo cuando lo tuviera por conveniente, autorización de la que el acusado hacía uso a su libre albedrío, entrando y saliendo de la vivienda, pernoctando en la misma cuando le parecía oportuno y, en definitiva, manteniendo con ella una relación de convivencia siquiera parcial»* que justifica la aplicación de la circunstancia agravante de parentesco.



En el caso, la relación que unía al acusado con la víctima lo era sentimental, de nueve meses de duración, con la reseña de convivencia parcial expuesta, contaba con las llaves del piso de ella, y el dato al llamar a los servicios de urgencia de que "su mujer" estaba gravemente herida, denotan que la relación entre ellos era de pareja estable, lo que es suficiente para aplicar la circunstancia mixta agravatoria prevista en el art. 23 del Código Penal, que no exige más que el requisito de la estabilidad en tal relación.

Julián Sánchez Melgar.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ