



Roj: **STS 4716/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:4716**

Id Cendoj: **28079120012009100740**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2009**

Nº de Recurso: **10288/2008**

Nº de Resolución: **755/2009**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Julio de dos mil nueve

En los recursos de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, que ante Nos penden, interpuestos por la **acusación particular Begoña , Esther Y Marcelina y por el procesado Jesús Carlos** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, que condenó a dicho procesado como autor de un delito de malos tratos habituales, otro de amenazas, otro de quebrantamiento de medida cautelar y por otro de asesinato, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal, habiendo comparecido como recurridos LA JUNTA DE ANDALUCIA y el Sr. ABOGADO DEL ESTADO y estando la acusación particular recurrente representada por la Procuradora Sra. Aparicio Flores y el procesado Jesús Carlos por la Procuradora Sra. Bejarano Sánchez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Málaga instruyó Sumario con el nº 15/2007 contra Jesús Carlos , y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección Octava, con fecha diez de diciembre de dos mil siete dictó sentencia que contiene los siguientes HECOS PROBADOS:

"De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos:

PRIMERO.- El procesado Jesús Carlos contrajo matrimonio el 17 de diciembre de 1994 con Otilia , nacida el 9/10/1970, que en aquellas fechas era madre de un hijo fruto de una anterior relación, llamado Secundino , nacido el día 19/10/1991. De dicho matrimonio nació el día 13/1/1996 un hijo llamado Luis Alberto .

Mediante sentencia de 26 de octubre de 2004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 (Familia) de Málaga, recaída en los Autos nº 152/04, se acordó la separación judicial de los esposos, pese a lo cual, y hasta el 23 de noviembre de 2005, continuaron conviviendo de manera intermitente en la localidad de Málaga.

SEGUNDO.- A partir del tercer año de matrimonio, aproximadamente, el procesado vino sometiendo a Otilia a una situación de continuo y reiterado menosprecio, con insultos, vejaciones y agresiones físicas, llegando a decirle en varias ocasiones que la iba a matar, situación que se fue agudizando en los últimos años y que provocó en la víctima un cuadro depresivo con marcado componente ansioso y trastornos del sueño, por el que precisó tratamiento farmacológico. Este comportamiento agresivo también lo desplegó el procesado respecto del menor Secundino , hijo de Otilia , que convivía con la pareja y hacia el hijo común Luis Alberto .

TERCERO.- En concreto, el día 24 de mayo de 2003, Jesús Carlos propinó un cachete a Luis Alberto en la vivienda familiar y al reprenderle su actitud Otilia , el procesado la llamó "hija de puta" y le dijo que iba a matarla, agarrándola y dándole varias bofetadas, arrastrándola por los pelos hasta el cuarto de baño, en donde le introdujo la cabeza en la bañera que estaba llena de agua, con el fin de atemorizarla.



Otilia llegó a denunciar estos hechos y se incoó con tal motivo el Juicio de Faltas nº 59/03 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Málaga, en el que no obstante recayó sentencia absolutoria después de que la denunciante manifestara que no deseaba la condena de su agresor.

Fue tras estos hechos cuando la Sra. Otilia decidió iniciar los trámites para obtener la separación judicial de su esposo.

CUARTO.- Entre el 22 y el 23 de noviembre de 2005, fecha en la que Jesús Carlos y Otilia habían reanudado la convivencia y residían en c/ DIRECCION000 nº NUM000 , bloque NUM001 - NUM002 . de esta capital, en cuyos bajos regentaba Otilia un bar, se entabló entre ambos una discusión en dicho negocio en el curso de la cual Jesús Carlos le dijo a la Sra. Otilia que "la tenía que acuchillar", ello en presencia de una hermana de Otilia , llamada Begoña , lo que provocó en la destinataria de tal expresión un sentimiento de temor ante la eventualidad de que el procesado pudiera llevar a cabo lo que le había anunciado.

QUINTO.- Esa misma fecha, 23 de noviembre de 2005, sobre las 2 horas, Jesús Carlos volvió a amenazar de muerte a Otilia , por cuyo hecho se siguieron las Diligencias Urgentes nº 365/05 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Málaga, en las que se dictó con fecha 24 de dicho mes y año auto en el que se impuso al procesado, como medida cautelar, la prohibición de acercarse a Otilia a su domicilio a una distancia de 500 metros, y la de comunicarse con ella por cualquier procedimiento, resolución que fue notificada personalmente al Sr. Jesús Carlos en la misma fecha.

Por tales hechos recayó el día 16 de diciembre de 2005 sentencia, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Málaga en el Juicio Rápido nº 498/05 en la que se condenó a Esther como autor de un delito del art. 171.4 del Código Penal a la pena de un año de prisión y prohibición de aproximarse a la persona, bienes y domicilio de la perjudicada a una distancia de 500 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio durante un periodo de dos años.

SEXTO.- Pese a la existencia de dicha orden de alejamiento, de cuya vigencia y contenido era plenamente consciente el procesado, éste continuó relacionándose con Otilia , hasta el punto de que el día que se celebró el juicio en el Juzgado de lo Penal, ambos regresaron juntos de las dependencias judiciales hasta el bar de Otilia , lo que fue recriminado a ésta por una de sus hermanas. En aquellas fechas, con la mediación de las hermanas de Otilia , que temían por la integridad física de ésta, Jesús Carlos y Otilia convinieron en que regentarían el bar entre los dos, de manera que uno estaría por las mañanas y otro por las tardes, para no coincidir en el negocio, estando presente durante el cambio de turno algún familiar de la mujer.

También por aquellas fechas Otilia consintió en alguna ocasión que Jesús Carlos entrara en el que había sido domicilio familiar por esta cercana la Navidad y sentir pena de que no pudiera estar con su hijo, y sobre todo debido al temor que tenía a que el procesado le pudiera producir algún daño, no permitiéndole sin embargo que pernoctara allí.

SÉPTIMO.- El día 22 de diciembre de 2005, sobre la 1 de la madrugada Otilia finalizó su jornada de trabajo en el bar y se dirigió a su domicilio, a donde llegó a la 1,15 horas, siendo acompañada por un amigo de la familia llamado Segismundo , que había permanecido en el local hasta su cierre y la había acompañado para protegerla, pues temía que Jesús Carlos le pudiera ocasionar algún mal.

Cuando Otilia llegó a la vivienda se encontró con que en su interior se hallaba el procesado, no habiéndose podido determinar la forma en que el mismo accedió al inmueble.

Poco después, debido a los celos que Jesús Carlos sentía al sospechar que Otilia había tenido relaciones con otro hombre, ambos comenzaron a discutir y en un momento dado Jesús Carlos , de manera sorpresiva, esgrimió un cuchillo de cocina de grandes dimensiones (no constando si lo había cogido de la cocina de la vivienda antes de la llegada de Otilia y lo tenía oculto, o si lo cogió en ese momento) y, con intención de poner fin a la vida de la mujer, sin que ésta, aunque lo intentó pudiera defenderse de manera efectiva, comenzó a lanzar cuchilladas hacia ella, impidiéndole salir del dormitorio como ella pretendía al ver cercana su muerte, procediendo también Jesús Carlos a ocasionarle un total de 15 erosiones lineales y puntiformes compatibles con lesiones producidas por arrastre del arma sobre la superficie cutánea, que junto con otras de las heridas que le causó las produjo con la intención de producirle dolor y sufrimiento, antes de lanzarle una cuchillada en el cuello que fue la que provocó la muerte de Otilia , al producirle un shock hipovolémico tanto interno como externo.

Estos hechos fueron presenciados en su parte final por Secundino , que trató de intervenir en favor de su madre, lo que le fue impedido por Jesús Carlos , que de un fuerte portazo cerró la puerta del dormitorio, para que dicho menor no pudiera evitar la culminación del propósito criminal que le inspiraba.

En total la víctima presentaba 63 heridas, de las cuales 13 lo fueron en región cráneo-facial, 12 en región cervical, una en región torácica, 25 en miembro superior derecho y 12 en miembro inferior izquierdo. Además



presentaba tres heridas en miembros inferiores cuya data es anterior al día de autos, desconociéndose su origen y mecanismo de producción.

OCTAVO.- El procesado nació en Portachuelo (Bolivia) el 10 de junio de 2006 y cuenta con antecedentes penales, al haber sido ejecutoriamente condenado en sentencia firme el 8 de abril de 1992 por un delito contra la salud pública a la pena de 4 años de prisión menor y multa de 20.000.000 pts. y por un delito de contrabando a la pena de tres meses de arresto mayor y multa de 3.250.000 pts.; en sentencia firme el 23 de mayo de 1997 por un delito contra la salud pública a la pena de 8 años y un día de prisión mayor y por un delito de contrabando a la pena de seis meses de arresto mayor; y en sentencia firme el 20 de marzo de 2006 como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar a la pena de un año de prisión, prohibición de comunicarse con la víctima durante dos años y privación de la tenencia o porte de armas durante dos años"

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS:

PRIMERO.- Que debemos condenar y condenamos a *Jesús Carlos* , como autor criminalmente responsable de los delitos anteriormente definidos a las siguientes penas:

A) Por el delito de malos tratos habituales, a la pena de **tres años de prisión** , inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad respecto de su hijo *Luis Alberto* por tiempo de cinco años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante cinco años, y prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 500 metros y de comunicarse por cualquier medio con los hijos, hermanos y padres de *Otilia* y sus respectivos domicilios o lugares de trabajo, por tiempo de cinco años.

B) Por el delito de amenazas, en el que concurre la agravante de parentesco, a la pena de **un año y tres meses de prisión** , inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante cinco años.

C) Por el delito de quebrantamiento de medida cautelar, a la pena de **nueve meses de prisión** , e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena. Y

D) Por el delito de asesinato, concurriendo la agravante de parentesco, la pena de **veintidos años y seis meses de prisión**, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de su hijo *Luis Alberto* por tiempo de diez años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante diez años y prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 500 metros y de comunicarse por cualquier medio con los hijos, hermanos y padres de *Otilia* y sus respectivos domicilios o lugares de trabajo, por tiempo de diez años.

SEGUNDO.- Que debemos condenar y condenamos a *Jesús Carlos* , al pago de las cuatro séptimas partes de las cotas procesales causadas, incluidas en esta proporción las correspondientes a la acusación particular ejercida por las hermanas de *Otilia* , declarando de oficio el resto de las costas procesales causadas, y a que indemnice a *Secundino* en la cantidad de 225.000 euros y a *Luis Alberto* en la suma de 175.000 euros, subrogando al Estado en las cantidades que ha reconocido con carácter provisional a dichos perjudicados.

TERCERO.- Que debemos absolver y absolvemos a *Jesús Carlos* de los delitos de malos tratos que se le imputaban.

Para el cumplimiento de dichas penas le será de abono el tiempo que ha estado privado de libertad por la presente causa.

Se decreta el comiso de los objetos intervenidos, a los que se dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, por la acusación particular *Begoña* , *Esther Y Marcelina* y por el procesado *Jesús Carlos* , 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 dichos recursos.

4.- El recurso interpuesto por la representación de la **acusación particular Begoña** , **Esther Y Marcelina** , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.-** Por quebrantamiento de forma, por no haberse resuelto en la sentencia puntos objeto de acusación, al amparo del art. 851-3º de la L.E.Cr. y por infracción de



Ley, al amparo del art. 849-1º y 2º de la L.E.Cr . por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo, y por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ . en relación con el art. 852 L.E.Cr . por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 de la C.española. **Segundo** .- Por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual contenido que deben ser observadas en aplicación de la Ley Penal, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia y por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ . en relación con el art. 852 L.E.Cr ., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva art. 24.1 de la C.española. **Tercero** .- Por infracción de ley, al amparo del art.849-1º y 2º de la Ley de Enj.Criminal por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual contenido que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal.

Y el recurso interpuesto por la representación del procesado **Jesús Carlos** , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero y Segundo**.- Se funda en el nº 1 del art. 851 L.E.Cr . por falta de claridad y contradicción con los hechos probados. **Tercero**.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art.851.1º de la L.E.Cr . por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo. **Cuarto**.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 24.1 de la Constitución española. **Quinto**.- Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr . por haber infringido el contenido del art. 139, 140, 173, 468.2 del C.Penal y jurisprudencia del TS. 26/09/05 al no concurrir los elementos y requisitos de los mismos.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, apoyó el primer motivo de la acusación particular, impugnando el segundo y tercero, y en cuanto al recurso del procesado Jesús Carlos impugnó todos los motivos alegados por el mismo; igualmente se dió traslado de ambos recursos a las partes recurridas (Junta de Andalucía y Abogado del Estado) y a cada uno de los recurrentes del recurso contrario. La Sala admitió a trámite dichos recursos y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 30 de Junio del año 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de la acusación particular (Begoña , Esther y Marcelina).

PRIMERO.- El **primer motivo** lo formalizan en base a un múltiple fundamento procesal, por un lado quebrantamiento de forma (art. 851-3º L.E.Cr .) por ausencia de pronunciamiento de una petición jurídica oportunamente formulada, por otra parte se alude al art. 849-1º y 2º L.E.Cr ., lógicamente con manifiesto error dada la incompatibilidad de ambos cauces procesales, en cuanto el primero parte del inalterado factum y el segundo pretende modificarlo, pero como quiera que ningún documento se invoca por esta última impugnación, la protesta debe quedar reducida a la infracción de ley sustantiva por inaplicación o aplicación indebida del art. 57-1º y 2º y 48 C.P .; y por último se acude al cauce del art. 5-4 LOPJ. y 852 LECr. para denunciar la vulneración de derechos fundamentales, concretamente el de tutela judicial efectiva a que se refiere el art. 24-1º C.E .

1. Todo el cúmulo de infracciones van dirigidas a un único propósito que no es otro que la inclusión en el fallo de la sentencia de determinadas penas accesorias, sobre alguna de las cuales no se pronunció el tribunal y en otras la no incorporación a la parte dispositiva de la sentencia supone desestimación o rechazo de las mismas.

Más concretamente la protesta con las perspectivas a la que nos hemos referido, se puede plantear en los siguientes términos:

a) la acusación particular interesaba entre otros pronunciamientos, los siguientes:

A) Para el delito de violencia habitual del art. 173.2 párrafos 1 y 2 del C.Penal , la pena de 3 años de prisión ..., prohibición de residir o acudir a la ciudad de Málaga... por tiempo de 5 años, con expresa aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 57.1º del C. Penal .

B) Para el delito de amenazas del art. 169.2 del C.Penal , la pena de 2 años de prisión..., inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto a su hijo menor Luis Alberto ,..., todo ello por 5 años, así como prohibición de residir o acudir a la ciudad de Málaga, prohibición de acercarse y comunicarse por cualquier medio con los hijos, hermanos, padres y familiares de Otilia , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en el que los mismos se encuentren, a una distancia no inferior a 500 metros y por tiempo de 5 años, con expresa aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 57.1º del C.Penal .

C) Para el delito de asesinato del art. 139 del C.Penal, con aplicación de las circunstancias 1ª (alevosía) y 3ª (ensañamiento) y art. 140, la pena de 25 años de prisión..., prohibición de residir y acudir a la ciudad de Málaga..., por tiempo de 10 años, con expresa aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 57.1º del C.Penal .



b) Si tales peticiones las confrontamos con el fallo sentencial, advertimos que no se incluyen, por no haberse pronunciado para estimar o rechazar las siguientes:

1) prohibición para el acusado de residir o acudir a la ciudad de Málaga por plazo de 5 años por el delito de violencia habitual, 5 años por el delito de amenazas y 10 años por el delito de asesinato.

2) la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto a su hijo menor Luis Alberto y prohibición de acercarse y comunicarse por cualquier medio con los hijos, hermanos, padres y familiares de la víctima Otilia , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en el que los mismos se encuentren, a una distancia no inferior a 500 metros, por tiempo de 5 años, respecto del delito de amenazas del art. 169.2 del C.Penal .

Las recurrentes no hallan razones para no aceptar la solicitud de incluir tales penas accesorias, ya que las principales víctimas de los delitos cometidos son los hijos menores de la finada Otilia , de suerte que mientras el condenado permanezca en prisión la tranquilidad de estos jóvenes y sus parientes próximos, así como su seguridad quedaría garantizada, pero cuando comience a disfrutar permisos penitenciarios y a pesar de la pena de alejamiento y no comunicaciones la posibilidad de verse por la calle con el acusado provocaría una situación violenta o insegura de los jóvenes, de la que podrían derivarse consecuencias indeseables.

2. Antes que nada es oportuno recordar por constituir una línea resolutoria consolidada de esta Sala, que la denominada incongruencia omisiva o "fallo corto", resultante del olvido o preterición del tribunal dejando de pronunciarse sobre una pretensión jurídica planteada en tiempo y forma, puede ser solventada en casación, si además de invocar el recurrente este vicio casacional por quebrantamiento de forma, y consecuentemente por vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 29-1º C.E .), se plantea sobre la misma cuestión un motivo de fondo por infracción de ley, que permite resolver con la contradicción que brinda la casación la pretensión omitida (véase por todas S.T.S. nº 379/2005 de 14-3).

En nuestro caso las pretensiones interesadas pueden agruparse en dos apartados:

a) la adopción de las medidas del art. 48.2º C.Penal , en relación al delito de amenazas por el que se condena al acusado.

b) la prohibición del acusado del derecho a residir o acudir a la ciudad de Málaga por término de 5 años en el delito de violencia habitual, 5 años por el de amenazas y 10 años por el de asesinato.

La pretensión señalada en la letra "a" minúscula es de imperativa acogida, por así establecerlo el apartado 2 del art. 57 C.Penal , en tanto se halla inserto este delito en un contexto de violencia doméstica. Mas, el rechazo de este apartado proviene de la estimación del motivo 4º del acusado, en cuanto ya fue condenado por amenazas (cosa juzgada).

Sobre el apartado "b" de optativa estimación, las razones que apuntan los recurrentes son atendibles, en ausencia de cualquier argumento de la Audiencia Provincial que razone sobre su rechazo. Si las personas afectadas, por sí, y en representación de los menores, sienten intensamente el riesgo o amenaza, la previsión legal ha de operar. El Fiscal por su parte se adhiere y apoya tal pretensión. Debe también rechazarse la petición por el delito de amenazas del que deberá absolverse al acusado.

El motivo, por tanto, debe ser estimado, con las limitaciones explicitadas.

SEGUNDO.- Por corriente infracción de ley penal, **en el correlativo** los censurantes atacan la sentencia por entender infringidos los arts. 140 y 66-3 C.Penal.

1. Argumentan que el delito de asesinato cualificado conforme al art. 140 C.Penal con la concurrencia de la agravante de parentesco y sin la concurrencia de atenuante de clase alguna, debió determinar la obligada imposición de la pena en la mitad superior del marco básico y dentro de ella en la extensión de 25 años, a cuyo efecto debieran tenerse en consideración otras circunstancias innominadas que habían determinado un peyorativo reproche al acusado, circunstancias atendibles tanto de naturaleza personal como relativas a la ejecución del hecho.

En tal sentido los recurrentes afean el comportamiento postdelictivo del procesado, al no advertir en él el más mínimo síntoma de arrepentimiento, ni evitar la presencia de los menores, los cuales se hallaban en la misma casa donde se cometió el horrendo crimen, impidiendo el auxilio del niño mayor en favor de la madre agredida y moribunda o el intento de ayuda que brindó el testigo Leonardo .

2. La facultad individualizadora de la pena la posee de forma exclusiva el tribunal de instancia, que es el que conoció al detalle todos los pormenores del delito y se halla en condiciones de realizar la ponderación de la pena adecuadamente.



La Audiencia en este cometido analiza la concurrencia de la agravante de parentesco y después descarta cualquier posible compensación con otras circunstancias atenuantes o de facto en beneficio del acusado, capaces de alumbrar la atenuante de drogadicción. Añadidas a tales consideraciones el tribunal no hizo ninguna más por entender que no incidían datos personales o del hecho que merecieran una intensificación de las penas.

Por un lado es cierto que previamente el acusado había sido condenado por delitos de otra naturaleza (tráfico de drogas) y era patente la ruindad y vileza del hecho cometido, pero lo cierto es que también hubo de tener presente el tribunal que el contexto que culminó con el fatal desenlace estuvo plagado de hechos delictivos de los que también debe responder como también pudo tenerse en consideración que existen otros casos alevosos y de ensañamiento más crueles que el de autos, sin eludir el más riguroso reproche al incalificable y horrendo crimen cometido. Por último el tribunal, sí imponía la máxima pena, eliminaba toda posibilidad exasperativa a supuestos similares de la contemplada en el que además concurría alguna otra agravante, como la reincidencia, por ejemplo.

En definitiva, la pena impuesta se halla dentro de la más estricta legalidad, que en el supuesto de autos está integrada por el subtipo cualificado del art. 140 y la imposición de la mitad superior por la concurrencia de una agravante (art. 66-3º C.Penal) sin que ninguno de los dos preceptos haya sido infringido.

El motivo se desestima.

TERCERO.- En el **correlativo** se alega infracción de ley en su dos modalidades del art. 849-1º y 2º L.E.Cr., por entender que por errores apreciativos de las pruebas por parte del tribunal, a cuyo efecto invocan documentos, se ha producido la inaplicación del art. 153 C.Penal, que las recurrentes entendían perfectamente aplicable a tres supuestos concretos imputados al acusado.

1. Las impugnantes entienden que han sido *erróneamente valorados* los siguientes documentos e informes:

- a) historial médico de la víctima (fol. 604 a 610).
- b) informe emitido por el psicólogo D. Victorio (fol. 611).
- c) informes periciales de los forenses Dª Eva y D. Belarmino (folios 621 y ss.), relativos a los hijos menores de la víctima; así como pericial psicológica de D. Ramona (fol. 617 y ss.).

De todos esos informes se despende -en opinión de las censurantes- que el fallo absolutorio por los tres delitos de malos tratos del art. 153 del C.Penal que la acusación particular atribuye al procesado no es correcto, amén que la conducta descrita en el precepto incluye cualquier tipo de acción o comportamiento (incluso cabría la *comisión por omisión* cuando el agresor se halla en situación de garante de la víctima) que pueda provocar un menoscabo psíquico que, *sin llegar a ser considerado lesión*, implique la existencia de un daño derivado de la conducta del autor del delito.

Hace notar lo expresado en el hecho probado segundo de la sentencia en la que se atribuye a la víctima un cuadro depresivo con marcado componente ansioso y trastornos del sueño, por lo que precisó tratamiento farmacológico. Otro tanto puede decirse de los menores que también se hallaban expuestos a la violencia familiar traducida en correcciones del padre consistentes en insultos y agresiones con objetos, que repercutieron en ellos, sin perjuicio del efecto ocasionado por la muerte de su madre.

2. El planteamiento del motivo sugiere un cierto desenfoque respecto de las pretensiones de las recurrentes, fuera de las posibilidades que ofrece este cauce casacional, en los términos en que ha sido perfilado por esta Sala.

Recordemos, una vez más, los condicionamientos del motivo, en tanto presupuestos de su estimación:

- a) ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase como las pruebas personales por más que estén documentadas.
- b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.
- c) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.
- d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.



Partiendo de tal doctrina los aspectos subrayados del motivo lo colocan fuera de las posibilidades estimatorias.

Así, en su introducción se habla de *valoración errónea*, referida a la apreciación valorativa de la Sala, cuando el motivo lo que permite y autoriza es la modificación del *factum* por reflejar un aspecto erróneo o un vacío esencial, deducido de documentos literosuficientes, esto es, con capacidad de imponer su contenido por las garantías que ofrecen y no hallarse contradichos por otras pruebas, sino con posibilidades de acreditar algo por sí mismos, sin necesidad de complementarias interpretaciones. Eso precisamente no es lo que el motivo plantea.

Si por tal razón debe rechazarse y el relato histórico sentencial queda en los mismos términos, la interpretación del art. 153 C.Penal no permite subsumir los hechos imputados en tal precepto. En primer lugar se habla de la posible "comisión por omisión" lo que casa mal con el verbo nuclear que define la conducta del tipo, con claros matices de un obrar positivo ("El que por cualquier medio o procedimiento *causare* ..."). En segundo término se sostiene que no es preciso que cause lesión, cuando el precepto nos habla de "una lesión" no definida como delito (esto es, basta que se pueda calificar como falta), pero lesión al fin y al cabo.

3. Antes de seguir adelante sobre la aplicabilidad al caso del art. 153 C.Penal, hemos de dejar sentado que el hecho de que haya sido condenado el procesado como autor de un delito de "violencia habitual en el ámbito familiar" no excluye la posibilidad de condenar separadamente por los actos concretos violentos y sus consecuencias, en tanto el tipo del art. 173 contempla simplemente una situación persistente y reiterada en el tiempo de dominio, miedo o temor provocado por el autor del hecho.

Tampoco debe pasar desapercibido que los actos punibles deberán ser atribuibles a un autor concreto y determinado, de ahí que sea preciso acreditar que los efectos lesivos sobre el cuerpo y la psiquis de la víctima han de ser consecuencia directa de un comportamiento demostrado del autor. En otras palabras la S.T.S. nº 836/2007 de 24 de octubre reafirma esta idea señalando "*.... el art. 173 se incluye dentro del título relativo a los delitos contra la integridad moral, es decir, aquéllos que suponen un menosprecio a la persona agredida cuando se actúa sobre ella de forma vejatoria o maltratándola físicamente. El legislador ha separado el bien jurídico de la integridad moral de los resultados lesivos materializados tanto de carácter físico como psíquico. Se establece con claridad que este resultado tiene una valoración jurídica desfavorable, de carácter autónomo, permitiendo imponer separadamente las penas que correspondan a los delitos o faltas en que se hubieren concretado los actos de violencia física o psíquica*", con posibilidad de aplicación del art. 153 C.Penal.

4. La Audiencia Provincial de Málaga ha resuelto con corrección este apartado acusatorio asumiendo esta Sala de casación los argumentos que la misma expone en el fundamento de derecho número tercero.

La primera imputación por la vía del art. 153 del C.Penal se refiere a la presencia de tres lesiones antiguas detectadas en la víctima por el forense (folio 566), constituídas por erosiones lineales evolucionadas en el miembro inferior izquierdo y por un pequeño hematoma en rodilla del mismo lado. Lógicamente no se concreta ni etiología, ni existen datos de la autoría. Es posible que pudiera haberla producido el acusado (simple sospecha), pero aún así, se ignora la fecha, no excluyéndose la prescripción.

En lo concerniente a los malos tratos causados a los hijos de la víctima se conoce la existencia de los malos tratos y violencias del padre sobre los menores, pero igualmente se desconocen datos relativos a fechas, lugares y circunstancias.

Por último, en la hipótesis en la que contamos con perfecta concreción, según describe el apartado tercero de los hechos probados (24-mayo-2003) y la denuncia de los hechos que originó el juicio de faltas 59/03 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Málaga, recayó sentencia absolutoria, después que la denunciante manifestara que no deseaba la condena a su agresor. Como el fundamento 3º de la combatida expresa con acierto que cuando se produjeron los hechos no había entrado en vigor la reforma implantada por la Ley Orgánica 11/2003, siendo los mismos constitutivos de falta, además de alcanzarles la excepción de cosa juzgada, habrían prescrito conforme al art. 131-2 C.Penal.

Concluyendo podemos afirmar que, de los documentos invocados se puede desprender que la conducta del acusado produjo efectos negativos en la psique de las víctimas, pero ello, en ausencia de actos lesivos concretos debe quedar consumido en el delito de violencia habitual, por el que se le impone al acusado 3 años de prisión. La situación opresiva y atemorizante ejercida por el procesado respecto a su ex pareja justificaría las depresiones y demás padecimientos psíquicos de la mujer y de los menores, respecto a los cuales es indudable que también repercutiría la muerte violenta de la madre.

El motivo debe rechazarse.

Recurso del procesado Jesús Carlos .



CUARTO.- En el **primer y segundo motivos** que analiza juntos, aduce falta de claridad y contradicción en los hechos probados, sin distinguir ambos vicios formales, plenamente diferenciables, y todo ello en base al art. 851-1º L.E.Cr.

1. El procesado nos dice que la falta de claridad y contradicción en el factum se produce por la omisión de hechos que constan en las actuaciones y fueron acreditados en el juicio oral y a pesar de ello han resultado obviados o no se valoran adecuadamente.

El impugnante estima que los términos utilizados al describir el factum no son claros, significativamente en cuanto a las omisiones y contradicciones que influyen en la calificación jurídica y son suficientes para explicar todo lo necesario en orden a la correcta elaboración procesal de la resolución que se dicta. El recurrente alude a un sinnúmero de datos o circunstancias entresacadas de la instrucción, del sumario o del juicio oral, a través de las cuales pretende introducir elementos capaces de llevar a cabo un nuevo entendimiento de los hechos.

2. El recurrente se desvía absolutamente de las posibilidades que el precepto procesal le ofrece, que contempla un simple quebrantamiento de forma que impide pronunciarse, valorar o introducir ingredientes en el factum.

La doctrina de esta Sala ha venido señalando los límites de lo que debe entenderse por falta de claridad en hechos probados y sus condicionamientos, que podemos resumirlos en los siguientes:

a) que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de imprecisión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprendible el relato o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultancia probatoria sin expresión por el juzgador de lo que considera probado.

b) la incompreensión, la ambigüedad, etc. del relato fáctico debe estar causalmente relacionada con la calificación jurídica de la sentencia.

c) además, la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declara probado.

d) la falta de claridad puede concurrir ante omisiones del hecho probado cuando la misma tenga transcendencia en la calificación jurídica.

e) las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrán dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión de cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, su incompreensión por falta de acreditamiento no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquello que, efectivamente, resulte acreditado.

De la simple confrontación de los términos impugnativos del motivo y la doctrina referida resulta clara la improcedencia de la queja. A su vez, la falta de claridad y precisión del hecho probado nunca se ha identificado con la constancia de todos los detalles correspondientes al hecho que se imputa, bien por no ser necesarios o por no haber resultado debidamente acreditados, lo que no quita que argumentalmente puedan aducirse por las partes. Ahora bien, en un recurso de casación lo que debe contar son los términos del factum (y sólo éstos) en orden a si su claro y transparente reflejo integra el delito por el que se condena. Si existen otros datos decisivos no incorporados, debe instarse su modificación o integración o bien atacarlos por hallarse insuficientemente probados si otros hechos contrapuestos pueden desvirtuarlos, siempre que no se invada el aspecto valorativo de la prueba, que corresponde de forma exclusiva al tribunal de instancia (art. 117-3 C.E. y 741 L.E.Cr.).

Los hechos probados de la combatida se entienden a la perfección y son suficientes para integrar el hecho típico por el que se condena, y desde luego cualquier otro no incorporado es obvio que no puede perjudicar al reo.

3. Respecto a la hipotética contradicción de los propios hechos probados esta Sala también ha señalado sus requisitos que debemos recordar:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras, esto es, que se trate de una contradicción en sentido propio, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro de forma irreconciliable y antitética, quedando fuera la mera contradicción ideológica o conceptual.

b) debe ser insubsanable, es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un



indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.

d) que sea completa, es decir que afecte a los hechos y a sus circunstancias.

e) la contradicción ha de poseer repercusión en algún apartado del fallo siendo relevante para la calificación jurídica, de tal suerte que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma.

f) que sea esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

4. Tampoco del análisis del relato probatorio se advierte contradicción alguna gramatical e interna que produzca confusión sobre lo que se quiso decir. Desde luego no puede contraerse el *factum* a la prueba y demás actuaciones procesales practicadas durante la instrucción o el juicio oral, como hace el recurrente. Al hacerlo así no destaca una contradicción sino que se ataca el *factum*, porque se niega la certeza de lo allí descrito, por ser contraria a la tesis del recurrente. Lógicamente el intento valdío del recurrente es introducir elementos de hecho a efectos de la no estimación de la alevosía y ensañamiento, ya que la autoría de un homicidio del art. 138 C.Penal es plenamente asumida por aquél.

Ambos motivos, por todo lo dicho, deben desestimarse.

QUINTO.- El motivo tercero , al amparo del art. 851-1º L.E .Criminal, denuncia predeterminación del fallo.

1. El recurrente considera predeterminantes las siguientes frases:

a) "..... que junto con otras heridas que le causó las produjo *con la intención* de producirle dolor y sufrimiento, antes de lanzarle una cuchillada en el cuello que le provocó la muerte".

b) "... estos hechos fueron presenciados en su parte final por Secundino , que trató de intervenir en favor de su madre, lo que fue impedido por Jesús Carlos , que en un fuerte portazo cerró la puerta del dormitorio, para que dicho menor no pudiera evitar la culminación del *propósito criminal* que le inspiraba.

Ambas frases traslucen una intencionalidad que no se revela como evidente y que a su vez condiciona la aplicación del tipo delictivo.

2. Esta Sala ha reputado predeterminantes aquellos términos o frases, de carácter técnico- jurídico y por ende accesibles sólo a juristas, que por sí solos definen al tipo aplicado sin describir los hechos que lo integran y que a su vez repercuten directamente en el fallo, hasta el punto de que su supresión deja sin relato o referencia histórica la sentencia.

En nuestro caso lo que ha ocurrido es que los estados de ánimo o predisposición subjetiva del agente se ha podido inferir mediante un razonamiento, contenido en la fundamentación jurídica, que con apoyo en pruebas y datos objetivos ha permitido descubrir el contenido de conciencia, trasladando después estas conclusiones al *factum*. Se trata, en suma, de constatar los elementos subjetivos del injusto, deducibles de las pruebas, merced a un juicio crítico y que su traslación al *factum* facilita la descripción de la conducta adornada con todos los elementos objetivos y subjetivos susceptibles de subsumirse en un tipo penal. En tal sentido los hechos probados han de constituir el *prius* o antecedente de la calificación jurídica.

En consecuencia ninguna predeterminación del fallo se produce. El motivo se desestima.

SEXTO.- Con amparo procesal en el art. 852 L.E.Cr. entiende infringido en el **motivo cuarto** el artículo 24.1º C . Española.

1. Realmente aunque **el motivo** lo canaliza a través de la violación de derechos fundamentales, en el principio de legalidad (art. 9-3 C.E .) y en la corriente infracción de ley por aplicación indebida del art. 169-2 C.Penal , lo que de manera efectiva plantea es la improcedente condena por el delito de amenazas.

Las amenazas objeto de condena que el procesado profirió a la víctima se produjeron en los días 22 y 23 de noviembre de 2005. El día 23 se denuncian tales amenazas y se incoan las Diligencias 365/05 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de la ciudad, que derivó al de lo Penal nº 5 de Málaga, que determinó la celebración del juicio rápido nº 498/05, en el que recayó sentencia el 16-12-05 condenándole a la pena de 1 año por delito de amenazas.

El recurrente dice que los hechos denunciados el día 23, alcanzaban a los del 22, ya que la denunciante ponía en conocimiento del juzgado las amenazas recibidas los días anteriores o en su caso en las últimas horas.



El Fiscal que no acusó por tal delito en la instancia, aunque mereció una condena, argumenta que los hechos ocurridos el día 22 o 23 son distintos a los que fueron objeto de enjuiciamiento, lo que puede comprobarse con la aportación de la sentencia referida de 16-12-2005 (folio 182 , Tomo I).

2. Al recurrente no le falta razón, cuando pretende impedir no ser condenado por los mismos hechos, si bien debemos matizar que pudieron ser distintos, pero de la misma naturaleza e integrantes de un mismo delito.

La lectura detenida de los apartados "cuarto" y "quinto" de los hechos probados nos pone de manifiesto el dato que hacemos notar. En el apartado cinco se dice en la descripción fáctica, que después de lo ocurrido el día 22 y 23 de noviembre de 2005, que refiere el apartado precedente, " Jesús Carlos volvió a amenazar de muerte a Otilia ". Si el epígrafe anterior se dice textualmente que la amenaza proferida es que "tenía que acuchillar a su mujer" y en el apartado 5º que "volvió a amenazar de muerte", es evidente que son momentos, situaciones y hechos distintos, pero a fin de cuentas se reitera la misma amenaza de muerte a la misma persona.

3. Antes de proseguir en el análisis del motivo resulta oportuno recordar los requisitos del delito de amenazas, regulado en los arts. 169 a 171 C.Penal .

Los caracteres esenciales del delito básico del art. 169 son:

1º) el bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida.

2º) es un delito de *simple actividad* , de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo.

3º) el contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito de los enumerados; anuncio de un mal que debe ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable.

4º) el mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible que dependa exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produzca la natural intimidación en el amenazado.

5º) este delito es eminentemente circunstancial, debiendo valorarse la ocasión en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza.

6º) el dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin o "ánimo intimidatorio evidente contra la víctima".

De todos esos elementos se revela como mas importante, a efectos de la resolución del motivo, su naturaleza de delito de simple actividad, lo que significa que todos los actos amenazantes dirigidos contra la misma persona constituyen un solo delito.

La insistencia o reiteración en la amenaza no hace nacer tantos delitos, como actos intimidantes se ejecutan. El bien jurídico lesionado es el mismo y la repetición, naturaleza, intensidad o gravedad de las amenazas dan lugar a la aplicación de uno u otro tipo delictivo (uno solo) de los que regulan este delito, pudiendo tener su reflejo, en cualquier caso, en la individualización de la pena.

Un nuevo delito de amenazas sólo puede cometerse, cuando las amenazas soportadas por un tercero son denunciadas y se configura de forma irreversible el objeto procesal sobre el que recaerá la cognitio judicial. Hasta ese momento las amenazas, como delito de simple actividad, integrarán un solo delito y en nuestro caso ese delito ya fue juzgado (cosa juzgada) y el tribunal no puede condenar de nuevo. El fundamento jurídico 2º, ap. 2º, confirma que las amenazas siempre fueron de muerte y el sujeto pasivo fue el mismo.

El motivo se estima.

SÉPTIMO.- En el quinto y último motivo el recurrente engloba una serie de impugnaciones referidas a la aplicación de los preceptos penales sustantivos, por lo que acude al cauce procesal previsto en el art. 849-1º L.E .Criminal. Considera infringidos los arts. 139 y 140 C.Penal, el 173 y el 462-2º , todos del Código Penal.

1. Sobre la aplicación de los arts. 139 y 140 reputa no concurrente la alevosía y el ensañamiento. La primera porque se dan las siguientes circunstancias:

- a) el acusado estaba en la vivienda con el consentimiento de la víctima.
- b) existencia de una discusión previa.
- c) posibilidades de la mujer de huir o de defenderse .



Respecto al ensañamiento sostiene que las numerosas heridas iban dirigidas a la producción de resultado, en vista de la resistencia activa de la víctima. Igualmente considera importante resaltar que el informe forense indica que "fallece tras una corta agonía".

Con referencia al art. 173, delito de trato degradante o violencia doméstica habitual el recurrente sostiene que deben tenerse en cuenta los actos de violencia que resultan acreditados, así como la proximidad temporal de los que hayan sido objeto de enjuiciamiento. Si se computan hechos sobre los que ha recaído sentencia, incluso absolutoria, para acreditar la violencia, entiende que sería juzgado dos veces.

En lo concerniente a la orden de alejamiento (art. 468-2 C.P.) esta no se cumplía por la voluntad de la fallecida. El acusado afirma que con frecuencia acudía a la casa conyugal.

Por último, fuera del marco impugnativo de los preceptos indebidamente aplicados, aduce que debieron aplicarse el art. 21-4º y 2º. Invoca la aplicación de oficio de estas dos atenuantes interesadas en el informe final del juicio oral.

2. Las distintas quejas casacionales que formula adolecen de la misma debilidad argumentativa, porque parten de un presupuesto inaceptable, dada la vía casacional elegida. El recurrente no ataca la sentencia por *error facti* (art. 849-2 L.E.Cr.) ni tampoco por la vía de la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.) lo que conlleva la consecuencia de que los hechos probados se produjeron tal como se relatan y todos ellos estuvieron plenamente acreditados por prueba de cargo.

Analizando someramente la esencia de la discrepancia en todos los delitos, hemos de decir en primer lugar, en relación a la alevosía, que el hecho de que como matrimonio separado discutieran un buen rato, no elimina el hecho de que en un momento dado el acusado exhibiera un cuchillo, situación imprevista e inesperada, y en la habitación que se encontraba aquél, cubriendo la posible salida comenzara a agredir mortalmente a la víctima.

Se puede discutir, pero no portando arma alguna el procesado no tiene por qué esperar la mujer en un determinado instante un ataque mortal. La víctima era sabedora que había recibido amenazas de muerte pero no tenía datos sugerentes de que pudiera ejecutar sus amenazas en ese momento.

Pero aunque quedara un tanto desdibujada la específica sorpresa o imprevisión, la alevosía de desvalimiento concurría plenamente. El tribunal de instancia entendió, con acierto, que en una habitación en la que el agente cubre la salida y se halla armado con un cuchillo, impide de forma absoluta la huida de la mujer que se hallaba atrapada sin escapatoria, ante un hombre que quiere quitarle la vida, de cierta corpulencia, frente al 1,50 de altura y poco más de 35 kilogramos de peso de la mujer.

3. Acerca del ensañamiento, es indudable que existían lesiones causadas en una lógica y desesperada defensa, pero otras lesiones están claramente destinadas a producir dolor, sin contribuir a la muerte, entre ellas las abundantes "lesiones de arrastre", mecanismo lesivo que sólo puede utilizarse con el único fin de producir dolor y sufrimiento gratuitos a la víctima. El número y disposición de las heridas, hasta el número de 63, es de por sí elocuente.

4. En orden a la habitualidad de los malos tratos es contundente la descripción del *factum* que nos dice "A partir del tercer año de matrimonio, aproximadamente, el procesado vino sometiendo a Otilia a una situación de continuo y reiterado menosprecio, con insultos, vejaciones y agresiones físicas, llegando a decirle en varias ocasiones que la iba a matar, situación que se fue agudizando en los últimos años y que provocó en la víctima un cuadro depresivo con marcado componente ansioso y trastorno del sueño, por el que precisó tratamiento farmacológico. Este comportamiento agresivo también lo desplegó el procesado respecto del menor Secundino, hijo de Otilia, que convivía con la pareja y hacia el hijo común Luis Alberto".

Toda esa situación se ve reforzada probatoriamente por una inmensa cantidad de testigos y documentos que evidencian las veces que tuvo que ser asistida la víctima por depresiones y situaciones de grave ansiedad, además de relatar episodios concretos de malos tratos sucedidos el 24-5-2002, 22-11-2005 y 23-11-2005.

El delito en cuestión se superpone a concretos actos violentos que puedan integrar otros tantos delitos, pues de forma expresa establece el precepto que el delito se castiga "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica".

5. Acerca de la medida de alejamiento (art. 468-2 C.P.) es doctrina mayoritaria de esta Sala, de la que constituye excepción la S. nº 1156/2005 de 14-3, que como tal delito contra la Administración de Justicia se comete independientemente de la voluntad de la mujer de aceptar y consentir el acercamiento (véanse S.T.S. nº 1079 de 3 de noviembre y 10/2007 de 19 de enero).

En primer término hemos de afirmar que no se ha acreditado que la mujer consintiera que el acusado entrara en su casa o se acercara a ella. La víctima y el que la acompañaba desde el bar a su residencia, no esperaban que



el acusado estuviera dentro y la sentencia no explica como entró, aunque no es extraño entender que le abrieran la puerta los hijos. A lo sumo la ofendida consintió que durante poco espacio de tiempo y transitoriamente, por ser navidad, el acusado pudiera ver a sus hijos y ello fue excepcional o episódico.

Pero independientemente de ello la voluntad de la víctima debe reputarse irrelevante por las siguientes razones:

a) el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de estos bienes.

b) el consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio.

c) el derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor.

d) la práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas.

Por todo ello el art. 468-2 del C.Penal ha sido debidamente aplicado.

6. Por último, pretender en casación la estimación de la atenuante de drogadicción y la de confesión de la infracción a las autoridades, invocadas verbalmente en el informe final, no es procedente, no solo por ausencia de contradicción, sino por no existir base fáctica en hechos probados para estimarlas, ni tampoco base probatoria que las acredite, ello para el caso de haberlas propuesto en tiempo y forma.

Por todo lo expuesto el motivo debe desestimarse.

OCTAVO.- La estimación parcial del primer motivo de la acusación particular y del motivo 4º del acusado hacen que se declaren de oficio las costas de ambos recursos, de conformidad a lo establecido en el art. 901 L.E .Criminal.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación de la acusación particular Begoña , Esther y Marcelina , por estimación parcial del motivo primero, desestimando el resto de los aducidos por dichas recurrentes y HABER LUGAR al recurso interpuesto por la representación del procesado Jesús Carlos , por estimación del motivo cuarto, desestimando el resto de los alegados por el mismo, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia** dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, con fecha diez de diciembre de dos mil siete en esos particulares aspectos y con declaración de oficio de las costas ocasionadas en ambos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Enrique Bacigalupo Zapater

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Julio de dos mil nueve

En el Sumario incoado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Málaga con el número 15/2007 y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, contra el procesado **Jesús Carlos** , nacido en Portachuelo (Bolivia), con antecedentes penales, titular del DNI. nº NUM003 , declarado insolvente; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, **que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha**, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga, con fecha diez de diciembre de dos mil siete, incluso su relato de hechos probados.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO.- De conformidad a la sentencia rescindente, procede incorporar al fallo la pena accesoria de no residir en Málaga al acusado durante 5 años por razón del delito de violencia doméstica y 10 años por el de asesinato.

TERCERO.- La absolución por el delito de amenazas ha de serlo con todas las consecuencias favorables, imponiendo las costas de la instancia en sus tres séptimas partes.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR Y DECLARAMOS que se incluya en el Fallo de la sentencia de instancia las penas accesorias de prohibición de residir en Málaga al acusado Jesús Carlos , durante 5 AÑOS por el delito de violencia habitual y 10 AÑOS por el delito de asesinato.**

Igualmente debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a dicho acusado Jesús Carlos del delito de amenazas de que era acusado, declarando de oficio la parte correspondiente de las costas de la instancia que quedará reducida a las tres séptimas partes.

En todo lo demás se mantienen los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Enrique Bacigalupo Zapater

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.