

Roj: **STS 636/2010 - ECLI:ES:TS:2010:636**Id Cendoj: **28079120012010100066**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/01/2010**Nº de Recurso: **10697/2009**Nº de Resolución: **61/2010**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP J 347/2009,**
STS 636/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil diez.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los **recursos de casación** por infracción de Ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por el **Ministerio Fiscal**, la representación legal de Jose Augusto y la representación procesal de Aquilino y Sara, en el ejercicio de la **acusación particular**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección Segunda) con fecha 26 de marzo de 2009, en causa seguida contra **Jose Augusto**, por un delito de asesinato, tres delitos de homicidio en grado de tentativa, dos delitos de detención ilegal, dos delitos de malos tratos del art. 153.1 del C. Penal, un delito de lesiones, un delito de daños, tres delitos de amenazas y un delito de abuso sexual, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, la parte recurrente representada por la Procuradora Sra. Alfonso Rodríguez y, en representación de la **acusación particular** la Procuradora Sra. Abellán Albertos. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Linares, instruyó Procedimiento Sumario Ordinario nº 3/2007, contra Jose Augusto y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Jaén (Sección Segunda) Rollo de Sala número 9/2007 que, con fecha 26 de marzo de 2009, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"SE DECLARA EXPRESAMENTE PROBADO por la apreciación en conciencia de la prueba practicada, que Jose Augusto, mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre el que pesaba una orden de alejamiento que le impedía comunicarse por cualquier medio y acercarse a su esposa Eugenia a menos de 200 metros, en virtud de auto de fecha 13 de julio de 2007, dictado en Diligencias Previas seguidas con el nº 897/2007 por el Juzgado de Instrucción nº Dos de Linares, seguidas en virtud de denuncia de aquella, por un presunto delito de maltrato y amenazas en el ámbito familiar y tras haber cesado de hecho la convivencia entre ellos, no obstante lo cual él seguía teniendo gran dependencia psicológica de Eugenia y se comunicaban frecuentemente de forma telefónica y en persona para tratar sobre los hijos e intereses comunes sin oposición alguna de Eugenia, el día 10 de agosto de 2007, en hora no determinada acudió a los alrededores de la casa de campo denominada " DIRECCION000 ", a la que se accedía por un carril que partía del Km 8 de la carretera JA-4102 del término de Torreblascopedro, dejando el vehículo matrícula-NSQ de su propiedad entre unos olivos y fuera del carril a una distancia aproximada de un kilómetro de la casa, con la intención de controlar los actos de aquella y



sospechando, por las advertencias de sus amigos que podría estar manteniendo relaciones con otros hombres, lo que ella le negaba.

En dicha casa, desde el día 6 habitaba la citada Eugenia acompañando a Encarna, amiga y compañera de trabajo, las cuales esperaban esa noche a un amigo de la primera, Pedro Miguel de 29 años de edad, al que habían invitado para hacer una barbacoa. Sobre las 11 de la noche aproximadamente, llegó Pedro Miguel acompañado de otro amigo, Donato, en el turismo propiedad del segundo, matrícula Y-....-F, que dejó estacionado en el lado derecho de la casa. Tras una corta conversación, mientras Donato se encargaba de preparar la barbacoa situada en el otro extremo de la casa, y Encarna iba al baño, Pedro Miguel se acercó al vehículo en el que habían llegado con objeto de ponerse el traje de baño, y estando desnudo llamó a Eugenia para que se acercara a verle, lo que hizo ésta.

Estando aquellos juntos, y bajo una tensión emocional producida por esa visión que disminuyó levemente la capacidad de control de sus actos, apareció el acusado Jose Augusto, desde la parte posterior de la casa colindante, en cuyo lugar se encontraron en el suelo los prismáticos de su propiedad, enfrentándose a Pedro Miguel, al que golpeó repetidamente, primero con las manos, produciéndole diversas contusiones principalmente en la cara y luego con una navaja que sacó del bolsillo, con la que asestó a Pedro Miguel hasta 10 puñaladas, 6 de ellas causando heridas mortales por afectar a órganos vitales, corazón, pulmón izquierdo y riñón izquierdo, cuando Pedro Miguel ya había resbalado y caído por los primeros golpes. A consecuencia de las heridas Pedro Miguel falleció en escasos minutos por shock hipovolémico. Mientras se producían estos hechos, Eugenia gritaba intentando sujetar a su esposo y llamaba a Donato, el cual al oír los gritos se acercó, viendo como Jose Augusto asestaba las últimas puñaladas en el pecho a Pedro Miguel tras golpear a Eugenia que intentaba detenerle, y cómo se volvía hacia él con la navaja en la mano e iniciaba su persecución. Donato huyó hacia el porche de la casa y tras unos instantes de vacilación eludiendo a Jose Augusto que portaba la navaja en la mano, corrió por el carril de acceso a la casa alejándose y llamando por su teléfono móvil al 061, hasta que se escondió en la conducción de agua bajo un puente de la vía de tren. En dicho recorrido se cayó en una zanja sobresaltado al oír acercarse un coche y ver las luces que reconoció como las del suyo, causándose diversas heridas, consistentes en fractura del estiloides cubital, esquinca en muñeca izquierda y contusión en hombro izquierdo" (sic).

Eugenia por su parte, al ver que no podía detener a Jose Augusto en su ataque a Pedro Miguel entró en la casa, para avisar a Encarna y pedir auxilio, encontrándola en el baño, lugar al que instantes después llegó Jose Augusto, que esgrimiendo en actitud amenazadora la navaja ensangrentada y haciendo ademán de clavársela conminó a Encarna a que apagara el móvil del que ella intentaba hacer uso, y la tiró al suelo de un fuerte empujón, agarrando a Eugenia por el pelo, la cual intentaba calmar a Jose Augusto e impedir que pinchara con la navaja a Encarna poniéndose delante de ella, que también se defendía dando patadas desde el suelo, hasta que Eugenia cogió el móvil enseñándole a Jose Augusto que estaba apagado el cual se calmó y cesó en sus actos de agresión. Seguidamente el acusado agarrando a ambas y siempre esgrimiendo la navaja las llevó por la fuerza hasta el vehículo de Donato donde las obligó a entrar, a Encarna en los asientos traseros y Eugenia en el del copiloto. Encarna, aprovechando que Jose Augusto hubo de salir en busca de las llaves del vehículo que Donato había dejado en la mesa del porche, cuando volvía a entrar salió sin que éste lo advirtiera escondiéndose tras el coche, y cuando el vehículo inició la marcha atrás para salir de la finca, corrió hacia la casa, donde logró introducirse y cerrar la puerta, perseguida por Jose Augusto que llevando a Eugenia agarrada, la conminó a que saliera golpeando la puerta y diciendo que si no lo hacía mataría a Eugenia.

Al no salir Encarna, Jose Augusto volvió al coche sin soltar a Eugenia, y conduciéndolo llegó hasta el lugar en el que había dejado el suyo, en el que obligó a Eugenia a entrar, no sin antes, quemar con un mechero el lateral del asiento del conductor, y al comprobar que no ardía, quitar el freno de mano y empujarlo por un desnivel del terreno hasta que colisionó con una valla que detuvo su marcha, causándole daños por valor superior a 400 euros. Seguidamente, y con Eugenia en el asiento del acompañante, atemorizada en todo momento por la navaja que cogía o dejaba a su alcance, condujo su vehículo de forma temeraria hasta llegar a un Hotel de la localidad de Tembleque (Toledo), haciendo dos paradas para reposar combustible y tomar café en las que mantuvo a Eugenia siempre controlada.

Durante el viaje intentó mantener relaciones sexuales con Eugenia, diciéndole que se pusiera encima de él, si bien ésta le convenció de que era muy peligroso y que habría tiempo más tarde, limitándose Jose Augusto a quitarle la ropa interior y tocarle entre las piernas y en el pecho.

Ya en el Hotel A Posada, en Tembleque, alquiló una habitación, para cuyo pago hubo de salir al vehículo a buscar el dinero que le faltaba, cogiéndolo de la guantera donde lo guardaba en una cartilla a nombre de Eugenia, llevando consigo a Eugenia para no dejarla sola con el recepcionista.



Tras unas horas en la habitación del Hotel, en las que Eugenia hubo de ir en varias ocasiones al baño al encontrarse indispuesta y tener vómitos, empezando Jose Augusto a sentir la culpa de lo que había hecho, se marchó del mismo dejando allí a Eugenia, que al oír cerrarse la puerta de la habitación, salió con gran estado de nerviosismo preguntando al recepcionista si le había visto irse, y tras salir ambos al exterior y comprobar que el coche no estaba, le pidió que llamara a la Guardia Civil, relatándole lo sucedido.

Jose Augusto, tras llamar a su padre, volvió a Linares, dónde a las 17,26 minutos se entregó en la Comisaría de Policía, no sin antes tirar en lugar indeterminado el arma utilizada.

Encarna sufrió a consecuencia de estos hechos lesiones de las que tardó en curar treinta días durante los que estuvo impedida para dedicarse a sus ocupaciones habituales, consistentes en contusión en región lumbar y hombro izquierdo, y crisis de ansiedad precisando tras la primera asistencia de control especializado psiquiátrico con síntomas compatibles con un síndrome de estrés postraumático cuya secuela se valora en un punto.

Pedro Miguel convivía con sus padres, Aquilino y Sara y una hermana, teniendo otros dos hermanos que vivían independientemente" (sic).

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

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Jose Augusto, en concepto de autor criminalmente responsable:

- De un delito de homicidio concurriendo la agravante de abuso de superioridad y la atenuante de arrebató, a la pena de 12 años de prisión y prohibición a acudir a la localidad de Linares durante 22 años, así como inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena privativa de libertad.

- De dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar concurriendo la atenuante de arrebató, a la pena por cada uno de ellos de seis meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un año y prohibición de comunicación por cualquier medio y aproximación a una distancia inferior a 200 metros respecto a Eugenia por un período de 3 años y 6 meses; así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad.

- De tres delitos de amenazas graves concurriendo en todos la atenuante de arrebató y en relación al referido a Eugenia, la agravante de parentesco, a la pena por cada uno de ellos de 1 año de prisión, así como prohibición de comunicación por cualquier medio y aproximación a una distancia inferior a 200 metros, respecto de Eugenia, Encarna y Donato, durante 6 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dichas penas privativas de libertad.

- De un delito de detención ilegal, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de 3 años de prisión, así como prohibición de comunicación por cualquier medio y aproximación a distancia inferior a 200 metros, a Eugenia durante 8 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena privativa de libertad.

- De un delito de coacciones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena 2 años de prisión, así como prohibición de comunicación por cualquier medio y aproximación a distancia inferior a 200 metros, a Encarna durante 7 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena privativa de libertad.

- De una falta de lesiones, a la pena de 12 días de localización permanente, y prohibición de comunicación y aproximación a menos de 200 metros a Encarna, durante 72 días.

- De un delito de daños, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 10 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

- De un delito de abusos sexuales, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de 1 años y 6 meses de prisión, con la prohibición de comunicación por cualquier medio y aproximación a distancia inferior a 200 metros a Eugenia, durante 6 años y 6 meses; así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena privativa de libertad.

Como responsable civil por los perjuicios causados, deberá indemnizar el acusado:

- A D. Aquilino y D^a Sara, padres del fallecido Pedro Miguel, en la cantidad de 150.000 euros, así como a cada uno de los tres hermanos de la víctima en la cifra de 12.000 euros, cuya identidad se determinará en ejecución de sentencia.

- A D^a Eugenia en la cantidad de 6.000 euros, y



- A D^a Encarna , en la cantidad de 9.000 euros.

Devengado dichas cantidades los intereses del artículo 576 de la LEC , desde la fecha de la sentencia.

Condenándole finalmente al pago de diez quinceavas partes (10/15) de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.

Así mismo, debemos absolver y absolvemos a Jose Augusto del delito de asesinato imputado, de un delito de detención ilegal imputado, del delito de lesiones imputado, de un delito de amenazas imputado y del delito de quebrantamiento de medida cautelar imputado, con declaración de cinco quinceavas partes (5/15) de las costas de oficio.

Abónese para el cumplimiento de las penas privativas de libertad el tiempo que el condenado ha estado privado de la misma preventivamente.

Aprobamos por sus propios fundamentos el Auto de solvencia parcial del inculpado dictado por el Juzgado Instructor, y estando depositado el vehículo del mismo a disposición judicial, se decreta el embargo del mismo a los efectos de la responsabilidad pecuniaria, así como de la cantidad de 300 euros que consta ingresada en la cuenta de consignaciones.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, conforme dispone el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial " (sic).

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

Cuarto.- El Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 3 de junio de 2009, formula un **único MOTIVO de CASACIÓN:**

ÚNICO.- Al amparo del número 1 del art. 849 LECrim, por indebida inaplicación del art. 468.2 CP.

Quinto.- La representación legal del recurrente Jose Augusto , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

I.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación de la agravante de abuso de superioridad del art. 22.1 CP. **II.-** Al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, por infracción del derecho a la presunción de inocencia sancionado en el art. 24.2 CE. **III.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida inaplicación de la atenuante analógica de confesión del art. 21.6, en relación con el art. 21.4 CP. **IV.-** Al amparo de lo dispuesto en el número 1 del art. 849 LECrim, por indebida inaplicación del art. 66.2 CP. **V.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 153.1 CP. **VI.-** Al amparo del art. 852 LECrim, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, sancionado en el art. 24.2 CE. **VII.-** Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, por indebida inaplicación del art. 153.4 CP. **VIII.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 169.2 CP. **IX.-** Al amparo del art. 852 LECrim, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, sancionado en el art. 24.2 CE. **X.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 163.1 y 2 CP. **XI.-** Al amparo del art. 852 LECrim, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, sancionado en el art. 24.2 CE, en relación con el art. 5.4 LOPJ. **XII.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 172.1 CP. **XIII.-** Al amparo del art. 852 LECrim, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, sancionado en el art. 24.2 CE, en relación con el art. 5.4 LOPJ. **XIV.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 617.1 CP. **XV.-** Al amparo del art. 852 LECrim, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, sancionado en el art. 24.2 CE, en relación con el art. 5.4 LOPJ. **XVI.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 181.1 CP. **XVII.-** Al amparo del art. 852 LECrim, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, sancionado en el art. 24.2 CE, en relación con el art. 5.4 LOPJ. **XVIII.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 14.3 CP.

Sexto.- La representación legal ejercida por la acusación particular Aquilino y Sara , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS de CASACIÓN:**

I.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1 del art. 849 de la LECrim, por indebida aplicación del art. 138 e indebida inaplicación del art. 139 y 140 CP. **II.-** Al amparo de lo dispuesto en el número 1 del art. 849 LECrim, por indebida aplicación del art. 169.2 CP, e indebida inaplicación del art. 138 CP. **III.-** Al amparo de lo dispuesto en el número 1 del art. 849 LECrim, por indebida aplicación del art. 21.3 CP. **IV.-** Al amparo de lo dispuesto en el número 1 del art. 849 LECrim, por indebida inaplicación del art. 468.2 CP.

Séptimo.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 27 de julio de 2009, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la **estimación del motivo**



cuarto de los interpuestos por la representación de Aquilino y Sara , en el ejercicio de la **acusación particular** y la inadmisión de los restantes motivos de los recursos que, subsidiariamente, impugnó.

Octavo.- Por Providencia de 11 de enero de 2010 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento de fallo** cuando por turno correspondiera.

Noveno.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 26 de enero de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Contra la sentencia de fecha 26 de marzo de 2009, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén, que condenó a Jose Augusto , entre otros delitos, como autor de un homicidio con las agravantes de abuso de superioridad y la atenuante de arrebató, se formalizan tres recursos de casación. El primero, por la representación legal del acusado, que hace valer dieciocho motivos de oposición. También impugnan la sentencia el Ministerio Fiscal, que ha formalizado un único motivo, referido a la no condena del acusado como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar de prohibición de comunicarse con su cónyuge; así como la acusación particular, representada por Aquilino y Sara , padres del fallecido, que interponen cuatro motivos.

RECURSO DE Jose Augusto

2.- El primero de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia infracción de ley, aplicación indebida de la circunstancia agravante de abuso de superioridad del art. 22.2 del CP.

A juicio de la defensa, no concurren los elementos objetivo y subjetivo que dan vida a la agravación, indebidamente apreciada por la Sala de instancia. De entrada, la víctima era una persona corpulenta, dándose la circunstancia -se arguye- de que en el momento de la pelea eran tres personas las que se hallaban en el lugar de los hechos, habiendo incluso ayudado Eugenia a la víctima, intentado sujetar y detener al acusado. Otro de los presentes, Donato es de complexión más fuerte que la del agresor. Tampoco concurre el elemento subjetivo, pues el único conocimiento que podía tener el acusado acerca del equilibrio de fuerzas era el de su situación de desventaja, pues se enfrentaba a tres personas, dos de ellas de mayor complexión que la propia. En suma, del simple hecho de la utilización de una navaja, no puede deducirse, conforme matiza el Tribunal Supremo, la concurrencia de la agravación.

El motivo no es acogible.

Más allá de que el abuso de superioridad exprese un plus de culpabilidad o haga más intenso el injusto por la mayor peligrosidad del hecho, recordábamos en nuestra sentencia 434/2007, 16 de mayo, que la mencionada agravante, tal y como la describe el art. 22.2 del CP y ha sido definida por la jurisprudencia de esta Sala -baste citar, por todas, la STS 1172/2006, 28 de noviembre -, requiere para su apreciación, en primer lugar, la existencia de una desproporción efectiva y real entre la parte agredida y la agresora que determine un desequilibrio a favor de esta última; en segundo lugar, que ese desequilibrio se traduzca en una disminución de las posibilidades de defensa ante el ataque concreto que se ha sufrido; y en tercer lugar que el sujeto activo conozca y se aproveche de ese desequilibrio y de sus efectos para la ejecución del concreto hecho delictivo.

Con carácter general, esta Sala ha dicho que esta agravante es aplicable cuando del uso de armas se trate (STS 839/2007, 15 de octubre), apreciándola en el caso de utilización de una navaja frente al que se enfrenta al agresor con las manos vacías (STS 11 de junio de 1991) o al que portaba un arma blanca frente a quien no tenía ninguna y, además, se hallaba bebido y en el suelo (STS 881/2006, 14 de septiembre), pues a nadie escapa la desigualdad de fuerzas con que se enfrentan una persona armada y otra inerme (STS 522/1998, 13 de abril).

Sin embargo, la apreciación de estos presupuestos -precisábamos en nuestra STS 479/2009, 30 de abril - no puede hacerse desvinculando su concurrencia de las circunstancias del caso concreto. Y estas circunstancias no pueden ser otras, a la vista de la vía casacional escogida, que las expresamente proclamadas en el juicio histórico.

En él puede leerse que el acusado, "*... sobre el que pesaba una orden de alejamiento que le impedía comunicarse por cualquier medio y acercarse a su esposa Eugenia a menos de 200 metros, en virtud de auto de fecha 13 de julio de 2007 (...) dictado en Diligencias Previas seguidas (...) en virtud de denuncia de aquella, por un presunto delito de maltrato y amenazas en el ámbito familiar y tras haber cesado de hecho la convivencia entre ellos, no obstante lo cual él seguía teniendo gran dependencia psicológica de Eugenia y se comunicaban frecuentemente de forma telefónica y en persona para tratar sobre los hijos e intereses comunes sin oposición alguna de Eugenia , el día 10 de agosto de 2007, en hora no determinada acudió a los alrededores de la casa de campo denominada " DIRECCION000 ", a la que se accedía por un carril que partía del Km 8 de la carretera JA- 4102 del término*

de Torreblascopedro, dejando el vehículo matrícula-NSQ de su propiedad entre unos olivos y fuera del carril a una distancia aproximada de un kilómetro de la casa, con la intención de controlar los actos de aquella y sospechando, por las advertencias de sus amigos que podría estar manteniendo relaciones con otros hombres, lo que ella le negaba. [...] En dicha casa, desde el día 6 habitaba la citada Eugenia, acompañando a Encarna, amiga y compañera de trabajo, las cuales esperaban esa noche a un amigo de la primera, Pedro Miguel, de 29 años de edad, al que habían invitado para hacer una barbacoa. Sobre las 11 de la noche aproximadamente, llegó Pedro Miguel acompañado de otro amigo, Donato, en el turismo propiedad del segundo, matrícula Y-....-F, que dejó estacionado en el lado derecho de la casa. Tras una corta conversación, mientras Donato encargaba de preparar la barbacoa situada en el otro extremo de la casa, y Encarna iba al baño, Pedro Miguel se acercó al vehículo en el que habían llegado con objeto de ponerse el traje de baño, y estando desnudo llamó a Eugenia para que se acercara a verle, lo que hizo ésta. [...] Estando aquellos juntos, y bajo una tensión emocional producida por esa visión que disminuyó levemente la capacidad del control de sus actos, apareció el acusado Jose Augusto, desde la parte posterior de la casa colindante, en cuyo lugar se encontraron en el suelo los prismáticos de su propiedad, enfrentándose a Pedro Miguel, al que golpeó repetidamente, primero con las manos, produciéndole diversas contusiones principalmente en la cara y luego con una navaja que sacó del bolsillo, con la que asestó a Pedro Miguel hasta 10 puñaladas, 6 de ellas causando heridas mortales por afectar a órganos vitales, corazón, pulmón izquierdo y riñón izquierdo, cuando Pedro Miguel ya había resbalado y caído por los primeros golpes".

Como se desprende del fragmento del juicio histórico en el que se condensa el episodio de la agresión que culminó con la muerte de Pedro Miguel, el acusado se enfrenta a un hombre desnudo, inerme, que tras recibir los primeros golpes provocando su caída, es objeto de hasta diez puñaladas con la navaja que portaba Jose Augusto. La supuesta inferioridad numérica del acusado, que se enfrentaría a otras dos personas que también intervinieron en la pelea, sólo puede argumentarse mediante una inaceptable distorsión del factum, en el que, lejos de describirse una pelea, se narra una agresión ventajista y cuyo éxito tiene mucho que ver con el plano de superioridad desde el que se conciben y ejecutan los hechos. No hay una presencia defensiva de terceras personas que reequilibren las fuerzas, claramente inclinadas a favor del agresor armado. Eugenia se convierte en aterrada testigo de la muerte de una persona con la que está compartiendo una escena íntima y sólo puede gritar intentando sujetar a su esposo, recibiendo un golpe del agresor, que no encuentra obstáculo material alguno para culminar su propósito de acabar con la vida de Pedro Miguel. Tampoco la presencia de un tercero, Donato, implicaba un restablecimiento de la situación de igualdad. Antes al contrario, aquél no se encuentra en el lugar en el que se desarrolla la agresión. Acude a la habitación alertado por los gritos de Eugenia y al llegar allí observa cómo el acusado "... asestaba las últimas puñaladas en el pecho a Pedro Miguel, tras golpear a Eugenia que intentaba detenerle, y cómo se volvía hacía él con la navaja en la mano e iniciaba su persecución, Donato huyó hacia el porche de la casa y tras unos instantes de vacilación eludiendo a Jose Augusto que portaba la navaja en la mano, corrió por el carril de acceso a la casa alejándose y llamando por su teléfono móvil al 061, hasta que se escondió en la conducción de agua bajo un puente de la vía de tren. En dicho recorrido se cayó en una zanja sobresaltado al oír acercarse un coche y ver las luces que reconoció como las del suyo, causándose diversas heridas, consistentes en fractura del estiloides cubital, esquinca en muñeca izquierda y contusión en hombro izquierdo". No es ésta, precisamente, una actuación que pudiera hacer pensar que la objetiva ventaja con la que ejecutó su designio el procesado se hubiera visto disminuida o neutralizada por la intervención de terceros.

En palabras del Ministerio Fiscal, el hecho probado describe una situación en la que el acusado conoce y controla la situación de conjunto que existe en la casa y los alrededores de la misma, y más concretamente la situación en la que se encuentran cada una de las personas que se hallan en la misma, teniendo cumplida imagen del hipotético y potencial riesgo que pudieran representar cada uno de ellos individualmente y en su conjunto. De esta forma, cuando decide actuar, efectivamente a consecuencia del estímulo visual que puede apreciar desde el lugar elegido por el mismo para acechar a su mujer y a las personas que sabe se van a encontrar con ella, lo hace asegurándose la presencia exclusiva de Pedro Miguel y Eugenia. La desnudez de la víctima, contra la que arremete primero, provocando su caída al suelo y propinándole luego hasta diez puñaladas, le otorga efectivamente una situación de superioridad, que hace más reprochable su acción y justifica la apreciación de la agravante.

El motivo, por tanto, carece de fundamento y se aparta del juicio histórico, por lo que procede la desestimación, al amparo de los arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim.

3.- Los motivos segundo, sexto, noveno, undécimo, decimotercero, decimoquinto y decimoséptimo, se formulan bajo la misma cobertura jurídica. Todos ellos sirven de vehículo formal para alegar la infracción del art. 24.2 de la CE, que proclama el derecho a la presunción de inocencia.

La supuesta vulneración del derecho que se dice infringido se habría producido en relación con los siguientes aspectos: a) los presupuestos fácticos que han llevado al Tribunal de instancia a apreciar la agravante de



abuso de superioridad -motivo segundo- ; b) las bases para sostener la condena de Jose Augusto como autor de dos delitos de malos tratos respecto de Eugenia , pues el razonamiento del Tribunal adolece de falta de lógica, al condenar por sendos delitos cuando ni aquélla, ni Donato o Encarna , sufrieron ningún tipo de lesión producida por la acción directa del acusado -motivo sexto-; c) la afirmación del simple hecho de que el acusado portara una navaja no tiene entidad ni constituye prueba suficiente para condenar a Jose Augusto como autor de tres delitos de amenazas -motivo noveno-; d) la condena como autor de un delito de detención ilegal también infringiría el derecho a la presunción de inocencia, pues no hubo una efectiva privación de la libertad ambulatoria respecto de Eugenia , a lo largo de la secuencia que siguió a la marcha de la vivienda en que habían sucedido los hechos -motivo undécimo-; e) lo mismo acontecería con la declaración como probado y consiguiente condena del recurrente como autor de un delito de coacciones en la persona de Encarna . Estima la defensa que la dinámica comisiva que describe el factum, es de imposible realización, pues en él se afirma que el acusado cogió a Eugenia y Encarna con una mano, mientras portaba en la otra la navaja. No existe, pues, constancia del empleo de una conducta violenta de carácter físico, además, no se precisa qué fin iba a perseguir el acusado coaccionando a Encarna -motivo decimotercero-; f) también carecerían de base la condena como autor de una falta de lesiones del art. 617 del CP -motivo decimoquinto - y su condena como autor de un delito de abusos sexuales del art. 181.1 -motivo decimoséptimo -.

Ninguno de los motivos puede prosperar.

Con carácter general, conviene recordar, una vez más, que la existencia, licitud, suficiencia y racionalidad en el proceso de su valoración son los presupuestos -decíamos en nuestra STS 231/2008, 28 de abril- que enmarcan el ámbito de conocimiento de esta Sala ante la alegación casacional de menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Constatada la ausencia de cualquier ilicitud surgida de la posible vulneración de los principios que legitiman la actividad probatoria, nos incumbe valorar la existencia de verdadera prueba de cargo, esto es, su suficiencia. Pues bien, la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal.

Volcando ese cuerpo de doctrina sobre las alegaciones que dan vida a los motivos expresados, la conclusión no puede ser otra que el rechazo de la línea argumental del recurrente. La Sala de instancia contó con prueba de cargo de la suficiente entidad como para desplazar la protección que ofrece el derecho constitucional a la presunción de inocencia, frente a condenas infundadas o sin otra base que la mera intuición personal de los integrantes del órgano decisorio. Ese material probatorio, además, fue ejemplarmente valorado por el Tribunal a quo que, en el FJ 3º, expone las fuentes de prueba de las que obtuvo su convicción, analizando de forma crítica e interrelacionada el resultado probatorio que tales fuentes ofrecieron.

En efecto, razonan los Jueces de instancia que *"... básicamente la prueba de cargo viene constituida por las declaraciones testimoniales de Ministerio Pilar (sic) Encarna y Donato en el acto del plenario, corroborada por las pruebas documentales, testimonios de referencia y las periciales en relación con la muerte de Pedro Miguel y las lesiones de Encarna , así como la inspección ocular y recogida de muestras y objetos que ratificaron los Guardias Civiles que las hicieron. [...] La defensa letrada del acusado a lo largo del juicio y en el informe final, hizo hincapié en lo que denominaba grandes contradicciones apreciadas en las declaraciones sumariales, al no ser plenamente coincidente lo afirmado escasas horas después de los hechos en sede policial, con lo manifestado en sede judicial, ni aún en algunos detalles en el plenario por los testigos de cargo. [...] Ciertamente se aprecia entre las distintas declaraciones, más que contradicciones, muchos más detalles en las realizadas ante el Juez Instructor y en el Plenario, sobre todo en las de Eugenia y Donato y en relación con la descripción de los hechos relevantes para establecer la existencia y comisión de los delitos objeto de enjuiciamiento. Pero estas diferencias, que no contradicciones, no suponen en absoluto falta de veracidad en los testigos. Sus declaraciones, con algunos matices nuevos ofrecidos en el plenario, que ciertamente pueden provenir, como refirió Donato , de haberse representado la escena del crimen multitud de veces en su cabeza en el tiempo transcurrido desde los hechos, en lo sustancial son coincidentes y encajan. El que escasas horas después de los hechos, fueran más pobres en detalles, es perfectamente comprensible, pues no se trata de un solo hecho sencillo que se ha visto o sufrido, de fácil relato y recuerdo sino de una sucesión de hechos que en la memoria inmediata, pueden mezclarse e incluso omitirse muchos de los detalles, al destacar los que cada uno ha percibido con más fuerza. Donato , por ejemplo, en su primera declaración a las 3,50 horas del día 11 de agosto, esto es, escasamente transcurridas 4 horas de los hechos, y en un estado de nervios que describió en el juicio con detalle, pues estaba aterrorizado pensando que Jose Augusto le buscaba para acabar con su vida, da escasos detalles de los hechos en lo que a él se refieren, aunque desde luego, relata lo sustancial que coincide con lo declarado en el Juzgado y en el Juicio Oral, como se puede comprobar con la lectura de los folios 18,19 y 20, en contraste con la que obra en los folios 95 a 99, explicando en esta última no sólo hechos objetivos sino sus sensaciones y pensamientos ante aquellos; relato éste que se reitera en su declaración en el plenario. Eugenia , por su parte, también declara en sede policial*



escasas horas después de lo sucedido y tras ser trasladada desde Tembleque hasta Linares, a las 12,30 del 11 de agosto, (folios 32 a 36), y manifiesta en dicha declaración básicamente todos los hechos acaecidos hasta su puesta en libertad, hechos sobre los que después en sede judicial (folios 104 a 110), y fecha 14 de agosto, da mayores detalles y no sólo sobre aquellos hechos sucedidos el día 10 y 11, sino sobre los relativos a su relación matrimonial, y en cuanto a los primeros el relato también es básicamente coincidente, salvo en lo relativo al abuso sexual, pues en su primera declaración afirma que su marido le pedía que le diera besos haciéndolo ella por la amenaza de la navaja, y que hizo que se quitara la ropa interior, sin hacer mención a los tocamientos, mientras que en sede judicial afirma que intentó violarla y que con una mano intentó arrancarle las bragas, y que le daba besos cuando se lo pedía por llevarle a su terreno, explicando en el juicio que fue una proposición de mantener relaciones sexuales y que le tocó el pecho y entre las piernas, llevándole ella la corriente para evitar entre otras cosas que se mataran en el coche por la forma de conducir de su marido, y por el evidente miedo por los actos que pudieran provenir de su marido, al que le daba igual lo que sucediera con sus vidas. Todos estos detalles, en definitiva no conducen a dudar de la veracidad del testimonio, que en general se estimó creíble y veraz, pues se corroboran, en sus distintas partes por datos periféricos sobre alguno de los hechos que se han comprobado, como son en cuanto a lo sucedido en la casa de campo, los testimonios de Encarna y Donato, y en cuanto a lo sucedido en el trayecto hasta Tembleque, por el hallazgo en el vehículo de la ropa interior de Eugenia, cuya presencia sólo puede tener sentido en base a lo que afirma en su declaración, y el testimonio del recepcionista del Hotel donde Jose Augusto alquila la habitación. [...] Y finalmente Encarna, ya hemos dicho, relata con precisión en todas sus declaraciones, en sede policial a los folios 24 a 31, en sede judicial a los folios 111 a 113, y también en el plenario, cómo suceden los hechos de los que es testigo y víctima en parte; y lo que afirma es coincidente con las declaraciones de los otros dos testigos.

No es fácil, a la vista del esfuerzo argumental desplegado por la Audiencia Provincial, imputar a la resolución cuestionada una infracción procesal de alcance constitucional. Desde la perspectiva de su racionalidad, la corrección del discurso de los Jueces a quo se confirma a la vista del razonamiento conclusivo que incorpora el mismo FJ 3º, parte de cuyo contenido ha sido objeto de transcripción: "...por ello la Sala, teniendo en cuenta la doctrina sobre el valor probatorio de las declaraciones testimoniales, aún cuando sean precisamente las víctimas de los hechos delictivos sobre los que declaran, para el que se exige la concurrencia de una serie de presupuestos que permitan concluir la credibilidad y veracidad de los testigos, persistencia en la incriminación sin contradicciones, falta de incredulidad subjetiva por existir motivos de venganza o resentimiento previos, y corroboración por datos periféricos, ha otorgado tal valor de prueba de cargo a dichos testimonios, en los que se ha basado principalmente para establecer los hechos probados de la presente sentencia. De ellos, la única que podía tener un motivo espureo (sic) que hiciera dudar de su credibilidad era Eugenia, y ya hemos dicho que su testimonio en lo básico y principal que ha determinado la declaración de hechos probados resulta corroborado por datos periféricos que lo avalan, siendo significativo que dicho testimonio también ha ofrecido datos que benefician al acusado en cuanto ha sido determinante de que no se aprecie la alevosía que cualifica el homicidio como asesinato, al relatar la pelea con Pedro Miguel o que se estimen no probados los delitos de homicidio intentado respecto a ella y a Encarna, que se imputan por las acusaciones. Y por otro lado ésta apenas conocía a Jose Augusto y Donato no había tratado con él, por lo que no es posible sustentar la existencia de un ánimo de venganza o resentimiento en sus declaraciones".

En consecuencia, no cabe sino concluir que el Tribunal a quo contó con elementos de juicio válidos y suficientes como para que la afirmación del juicio de autoría pudiera ser formulada más allá de cualquier duda razonable. Las bases fácticas para la apreciación de la agravante de superioridad se obtienen, como ha quedado expuesto, del testimonio, debidamente ponderado, de quienes fueron testigos y víctimas de los hechos. No supone tampoco ninguna quiebra del razonamiento lógico el hecho de que el acusado haya sido condenado, a la vista de esa descripción, como autor de un delito de malos tratos. Tampoco es irrazonable fundar la condena de Jose Augusto como autor de un delito de amenazas a partir de la utilización de una navaja que, no sólo fue empleada para ocasionar la muerte de José, sino que también fue exhibida con finalidad intimidatoria, llegando a perseguir con ella a Encarna y Donato. Del mismo modo, el testimonio de Eugenia y del conserje del Hotel A Posada, en Tembleque, avalan las circunstancias de la detención y posterior liberación de aquélla, reflejando un ambiente intimidatorio que justifica plenamente la inferencia acerca de los términos en que se produjo la privación de libertad de Eugenia y la absoluta ausencia de consentimiento de aquélla en los tocamientos libidinosos a los que fue sometida. En definitiva, ni las dificultades que la defensa invoca en la comisión del hecho que sirve de base para la condena por coacciones, ni la supuesta ausencia de fundamento para la afirmación de una falta de lesiones, tienen virtualidad para neutralizar la coherencia del razonamiento del Tribunal de instancia.

El discurso sobre el que se construye la responsabilidad criminal de Jose Augusto es ajeno a cualquier asomo de arbitrariedad. El recurrente ofrece ahora una valoración alternativa de los elementos de prueba que fueron



practicados y que, más allá de la entendible estrategia defensiva, no pueden desplazar la coherencia de la valoración llevada a cabo por la Sala de instancia.

En consecuencia, los motivos segundo, sexto, noveno, undécimo, decimotercero, decimoquinto y decimoséptimo, han de ser desestimados (art. 885.1 LECrim).

4.- Los motivos tercero y cuarto, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncian infracción de ley, indebida inaplicación de la atenuante analógica de confesión del art. 21.6 del CP y consiguiente inaplicación de la rebaja de pena prevista en el art. 66.2 del CP.

Argumenta la defensa que el acusado, en un principio, no es consciente del mal que ha causado. Ya luego, en el *Hotel A Posada*, comienza a albergar un sentimiento de culpabilidad que le lleva a llamar por teléfono a su padre y, acto seguido, a entregarse a los agentes de la Comisaría de Linares. El acusado -se arguye- no niega ser el autor de la muerte, confesando incluso la acción de apuñalamiento. De ahí que debiera haberle sido apreciado la atenuante analógica de confesión.

El motivo está condenado al fracaso.

No existe razón de política criminal -decíamos en nuestra STS 527/2008, 31 de julio- que justifique que, siempre y en todo caso, cuando el imputado por un delito confiesa su participación en los hechos, deba ver atenuada su responsabilidad criminal por aplicación de una atenuante analógica del art. 21.6 del CP.

Es cierto que el art. 21.4 del mismo texto penal considera circunstancia atenuante la de "... *haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*". A la vista de esa descripción legal, son imaginables supuestos en los que esa confesión, aun no sometida al requisito cronológico impuesto por este precepto, pueda desplegar sus efectos como atenuante analógica. Así lo ha entendido esta Sala en distintas ocasiones, si bien recordando que, en principio, no cabrá aplicar la atenuante de confesión por vía analógica en los casos en que falta el requisito cronológico, en cuanto que la analogía no puede considerarse como expediente que sirva para crear atenuantes incompletas, haciendo irrelevante la concurrencia de un requisito exigido por la Ley para su valoración como atenuante. Para que se estime integrante de atenuante analógica de confesión la autoinculpación prestada cuando ya el procedimiento -policial o judicial- se dirigía contra el confesante, será necesario que la colaboración proporcionada por las manifestaciones del inculcado sea de gran relevancia a efectos de la investigación de los hechos; en el caso que estos efectos excepcionales no se den, habrá de tenerse en cuenta si concurren los requisitos básicos de la atenuante nominada, cuya aplicación analógica se pretende (cfr. SSTS 1968/2000, 20 de diciembre y 1047/2001, 30 de mayo).

Es entendible que en todos aquellos casos en los que esa confesión, aun extemporánea, facilite de forma singular el desenlace de una investigación ya iniciada, los efectos atenuatorios de la responsabilidad criminal estén aconsejados. Razones pragmáticas ligadas a la conveniencia de estimular una confesión relevante para el esclarecimiento de los hechos, hacen explicable que la ausencia de un presupuesto cronológico -que la confesión se produzca antes de conocer el imputado que el procedimiento se dirige contra él- no se erija en requisito excluyente, sobre todo, cuando entre la atenuante genérica de confesión (art. 21.4 CP) y la analógica (21.6 CP) puede predicarse el mismo fundamento.

Ese fundamento atenuatorio, pues, no desaparece en los supuestos excepcionales en los que la relevante confesión es ulterior al inicio de las investigaciones, pudiendo ser reconducida por la vía de la integración analógica que ofrece el art. 21.6 del CP. Sin embargo las razones de política criminal antes expuestas se difuminan cuando falta un requisito implícito en el enunciado de la atenuante genérica, esto es, la veracidad de la confesión. De otro modo, adjudicando a una confesión incompleta o interesada el privilegio de la atenuación, se aleja la rebaja de la pena de su fuente legitimante.

Conforme al criterio expuesto, en el presente caso no se dan los requisitos que habrían permitido la aplicación de la atenuante del art. 21.6 del CP. En efecto, el juicio histórico se limita a indicar que Jose Augusto se entregó en la Comisaría, "... *no sin antes tirar en lugar indeterminado el arma utilizada*". Es en el FJ 4º donde se hacen explícitas las razones que han llevado, con toda corrección, al rechazo de la atenuación. Basta el examen de la declaración del acusado para concluir la radical distancia entre el testimonio que prestó ante los agentes y el Juez instructor -folios 58 y 73- y la realidad de los hechos. En su versión, el acusado convierte su llegada subrepticia al domicilio de Eugenia en una invitación de ésta para que acuda al lugar de la tragedia. Asimismo, transforma su acometimiento y las diez puñaladas inferidas a la víctima en el resultado de una pelea en la que tuvo que defenderse del ataque de Pedro Miguel .

Por cuanto antecede, ambos motivos han de ser desestimados, al no concurrir los presupuestos que justificarían la aplicación de la atenuante reivindicada y consiguiente rebaja de pena, todo ello en aplicación de los arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim.



5.- El quinto de los motivos, con invocación del art. 849.1 de la LECrim, denuncia indebida aplicación del art. 153.1 del CP.

Estima la defensa del acusado que en los hechos probados no se menciona el ánimo de lesionar como elemento subjetivo en las dos acciones que describe como integrantes de sendos delitos de malos tratos. El resultado asociado a un golpe y al agarrón de los pelos, es puramente fortuito, pues se produce cuando la víctima se interpone en la dinámica de una pelea.

El motivo no puede prosperar.

El juicio histórico describe dos secuencias claramente diferenciadas. Una primera, en la que el acusado propina al menos un golpe a Eugenia cuando ésta intenta detenerle en la agresión que en ese momento estaba proyectando sobre Pedro Miguel. Y una segunda secuencia, ya en el interior de la casa, en la que el acusado agarró a Eugenia del pelo, en el momento en que intentaba calmar a aquél e impedir que pinchara con la navaja a su amiga Encarna.

No existe, por tanto, error alguno en el juicio de subsunción llevado a cabo por la Sala. El delito por el que se ha formulado condena se agota en el dolo, sin que añada el específico elemento subjetivo que la defensa echa en falta. Por todo ello, procede el rechazo del motivo, que incumple con el inderogable presupuesto de acatamiento del factum (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

6.- El séptimo de los motivos considera, también al amparo del art. 849.1 de la LECrim, indebida aplicación del art. 153.4 del CP.

Mediante la formalización de este motivo -que se formula con carácter subsidiario, para el caso en que no fuera estimado el motivo sexto, en el que se denunciaba la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por la condena del acusado como autor de un delito de malos tratos del art. 153 del CP -, el recurrente aspira a una rebaja de la pena en un grado "... en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho".

El motivo no es viable.

La Sala de instancia ha excluido el ejercicio de la facultad atenuatoria que le confiere el precepto que la defensa considera indebidamente inaplicado, explicando en el FJ 5º las razones que justifican la imposición de la pena privativa de libertad prevista en el art. 153 del CP, ponderada a partir de la concurrencia de una atenuante que ya ha sido apreciada.

En suma, ni las circunstancias personales reflejadas en el factum, ni la gravedad de los hechos, justifican la atenuación que se reivindica, por lo que procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim).

7.- Con fundamento en el art. 849.1 de la LECrim, el recurrente atribuye a la sentencia de instancia un error en el juicio de subsunción, pues considera indebidamente aplicado el art. 169.2 de la LECrim, que ha llevado a la condena del acusado como autor de tres delitos de amenazas.

La exhibición de la navaja -se alega- no era expresión del ánimo intimidatorio, sino que era la consecuencia de su previo uso. No hubo gestos ni palabras amenazantes. Subsidiariamente, los hechos deberían haber sido calificados como integrantes de una falta de las previstas en los arts. 620.1 ó 2 del CP.

El motivo no puede ser acogido.

En nuestra STS 832/2007, 5 de octubre, recordábamos que la jurisprudencia viene señalando que las infracciones criminales tipificadas en los arts. 169 y 620 CP, tienen idéntica denominación y estructura jurídica y se diferencian tan solo por la gravedad de la amenaza. Ésta ha de valorarse en función de la ocasión en que se profiere, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y posteriores. La diferencia es circunstancial y radica en la mayor o menor intensidad del mal con que se amenaza para el bien jurídico protegido. La jurisprudencia ha venido decantándose por la existencia del delito cuando nos encontramos ante una amenaza grave, seria y creíble por ser potencialmente esperado un comportamiento agresivo que lleve a efecto el mal amenazado. El criterio determinante de la distinción, tiene aspectos mayoritariamente cuantitativos, pero no debe descuidarse el perfil cualitativo de la amenaza que habrá que extraer de una serie de datos antecedentes y concurrentes en el caso (STS 832/98, 17 de junio y 1253/2005, 26 de octubre).

Es cierto que el empleo de un arma, por sí solo, no determina la calificación de los hechos como integrantes de un delito. No faltan precedentes en esta Sala en los que la utilización de un cuchillo fue calificada como amenaza leve, a la vista de la facilidad con la que el autor fue desarmado (cfr. STS 182/1999, 10 de febrero).



Sin embargo, en el presente caso, la propia dinámica de los hechos, tal y como fueron plasmados en el factum, pone de manifiesto la corrección del juicio de tipicidad que ha proclamado la Sala de instancia. La conducta del acusado desbordó de forma más que evidente los angostos límites de la tipicidad que ofrece el art. 620 del CP. En efecto, respecto de Donato, basta indicar que la Sala de instancia dio por probado que éste vio "... cómo (el acusado) se volvía hacia él con la navaja en la mano e iniciaba su persecución, Donato huyó hacia el porche de la casa y tras unos instantes de vacilación eludiendo a Jose Augusto que portaba la navaja en la mano, corrió por el carril de acceso a la casa alejándose y llamando por su teléfono móvil al 061, hasta que se escondió en la conducción de agua bajo un puente de la vía de tren".

Lo propio puede afirmarse respecto de las acciones que tuvieron como víctimas a Eugenia y Encarna. Señala el factum que "... Eugenia, por su parte, al ver que no podía detener a Jose Augusto en su ataque a Pedro Miguel, entró en la casa, para avisar a Encarna y pedir auxilio, encontrándola en el baño, lugar al que instantes después llegó Jose Augusto, que esgrimiendo en actitud amenazadora la navaja ensangrentada y haciendo ademán de clavársela conminó a Encarna a que apagara el móvil del que ella intentaba hacer uso, y la tiró al suelo de un fuerte empujón, agarrando a Eugenia por el pelo, la cual intentaba calmar a Jose Augusto e impedir que pinchara con la navaja a Encarna, poniéndose delante de ella, que también se defendía dando patadas desde el suelo, hasta que Eugenia cogió el móvil enseñándole a Jose Augusto que estaba apagado el cual se calmó y cesó en sus actos de agresión".

La elocuencia de esos fragmentos del juicio histórico no hace sino confirmar el acierto de la Sala en la calificación de los hechos. El esfuerzo defensivo por minimizar la significación intimidatoria de una navaja que acababa de ser empleada en la muerte de otra persona y cuya hoja todavía tenía restos de sangre, sólo puede entenderse como una legítima alegación defensiva que esta Sala, sin embargo, no puede avalar.

8.- El motivo décimo, con idéntica cobertura que el precedente, sostiene que la sentencia ha errado al calificar los hechos como constitutivos de un delito de detención ilegal de los arts. 163.1 y 2 del CP. En el desarrollo del motivo se sugiere, con carácter subsidiario, la concurrencia de un error invencible de prohibición (art. 14.3 CP).

Considera la defensa que Eugenia no sufrió una efectiva privación de libertad. Existe, además, una contradicción entre la conclusión probatoria que alcanza el Tribunal a quo, referida a la ausencia de una verdadera voluntad de matar a su pareja por parte del acusado y la afirmación que hacen los Jueces de instancia de que la navaja que portaba Jose Augusto fue empleada como instrumento para impedir la marcha de Eugenia. Añade el recurrente que la víctima pudo salir del vehículo en el momento en el que Jose Augusto repostaba gasolina o ya en el hotel, cuando contactan con recepción. No hubo por tanto verdadera afectación del bien jurídico libertad.

El motivo es inviable.

A) Una vez más, es el relato de hechos probados el que actúa como elemento de referencia para concluir la corrección del juicio de tipicidad. En él puede leerse que "... al no salir Encarna, Jose Augusto volvió al coche sin soltar a Eugenia, y conduciéndolo llegó hasta el lugar en el que había dejado el suyo, en el que obligó a Eugenia a entrar, no sin antes, quemar con un mechero el lateral del asiento del conductor, y al comprobar que no ardía, quitar el freno de mano y empujarlo por un desnivel del terreno hasta que colisionó con una valla que detuvo su marcha, causándole daños por valor superior a 400 euros. Seguidamente, y con Eugenia en el asiento del acompañante, atemorizada en todo momento por la navaja que cogía o dejaba a su alcance, condujo su vehículo de forma temeraria hasta llegar a un Hotel de la localidad de Tembleque (Toledo), haciendo dos paradas para repostar combustible y tomar café en las que mantuvo a Eugenia siempre controlada. [...] Durante el viaje intentó mantener relaciones sexuales con Eugenia, diciéndole que se pusiera encima de él, si bien ésta le convenció de que era muy peligroso y que habría tiempo más tarde, limitándose Jose Augusto a quitarle la ropa interior y tocarle entre las piernas y en el pecho. [...] Ya en el Hotel A Posada, en Tembleque, alquiló una habitación, para cuyo pago hubo de salir al vehículo a buscar el dinero que le faltaba, cogiéndolo de la guantera donde lo guardaba en una cartilla a nombre de Eugenia, llevando consigo a Eugenia para no dejarla sola con el recepcionista. [...] Tras unas horas en la habitación del Hotel, en las que Eugenia hubo de ir en varias ocasiones al baño al encontrarse indispuesta y tener vómitos, empezando Jose Augusto a sentir la culpa de lo que había hecho, se marchó del mismo dejando allí a Eugenia, que al oír cerrarse la puerta de la habitación, salió con gran estado de nerviosismo preguntando al recepcionista si le había visto irse, y tras salir ambos al exterior y comprobar que el coche no estaba, le pidió que llamara a la Guardia Civil, relatándole lo sucedido".

También ahora, sólo el legítimo ejercicio del derecho de defensa justifica el intento de degradar la objetiva gravedad que se describe en el factum. La vulneración del derecho a la libertad ambulatoria de Eugenia es incuestionable. La marcha se produce mediante el empleo de una navaja que el acusado "... cogía o dejaba a su alcance". Las precauciones de Jose Augusto para impedir que Eugenia quedara a solas con el recepcionista del hotel al que condujo a aquélla y, de modo especial, el temor de la víctima a que el acusado no se hubiera



todavía marchado del establecimiento, antes de llamar a la Guardia Civil, demuestran la absoluta ausencia de libertad por parte de aquélla. Más allá del *factum*, en el plano de la lógica más elemental, carecería de sentido admitir que Eugenia, después de haber presenciado el mortal apuñalamiento de su amigo Pedro Miguel y tras arriesgar su propia vida en defensa de Encarna y Donato, emprendiera voluntariamente un viaje a Toledo para compartir noche con quien había exteriorizado, de forma más que evidente, su peligrosidad.

No existe la contradicción que el acusado sugiere. El hecho de que el Tribunal sentenciador haya concluido en el plenario, más de año y medio año después de acaecidos los hechos, que el acusado no tenía intención de matar a Eugenia, en nada condiciona la intensa perturbación anímica que debió producir en la víctima la exhibición del arma homicida, como instrumento coactivo para impedir su marcha del hotel en el que el acusado la había recluido.

B) Tampoco puede prosperar la alegación subsidiaria referida a la concurrencia de un error de prohibición del art. 14.3 del CP. Sostiene la defensa que "... *la noche de autos, Eugenia era aún legalmente la esposa de Jose Augusto y éste, por amor y no solo por la vigencia del vínculo matrimonial, pudo pedirle a ella, con algún verbo más imperativo que otro, que se fuera con él en el coche, en la creencia de que ello no implicaba un ataque contra la libertad deambulatoria de su esposa*" (sic).

Tratándose de la libertad como bien jurídico protegido, no son precisos grandes esfuerzos dialécticos para rechazar de plano tan extravagante alegación defensiva. Ni el matrimonio despliega un efecto extintivo en la libertad personal de ambos cónyuges ni son precisamente *verbos imperativos* lo que recoge el *factum*.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

9.- el motivo duodécimo da pie a la defensa a sostener que los Jueces de instancia han incurrido en infracción de ley, al estimar que en los hechos se describen las bases fácticas del delito de coacciones del art. 172.1 del CP.

Razona el recurrente que no existió una verdadera afectación de la libertad de Encarna cuando fue determinada a subir al vehículo de Donato. El empleo de la navaja debe reputarse irrelevante, pues el Tribunal descarta la intención de matar. Además, la propia secuencia de los hechos, en la que el acusado coge con una sola mano a Eugenia y Encarna, es de muy difícil realidad.

El motivo tiene que ser rechazado.

El acatamiento del *factum* es presupuesto *sine qua non* para la prosperabilidad del motivo. Y da la impresión, haciendo nuestro el expresivo razonamiento del Ministerio Fiscal, que la defensa quiere convertir la violencia empleada por el acusado sobre la víctima, al introducirla a la fuerza y bajo la amenaza de la navaja que mantenía en su mano, en una mera invitación formal y galante para acceder al vehículo, como si fuera para trasladarla al lugar que ella quisiera y no, por el contrario, para doblegar su voluntad obstativa a acceder al vehículo.

El delito de coacciones –art. 172 CP 1995– aparece caracterizado por: a) una conducta violenta de contenido material, como *vis física*, o intimidación, como *vis compulsiva*, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto; b) la finalidad perseguida, como resultado de la acción, es de impedir lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiere, sea justo o injusto; c) intensidad suficiente de la acción como para originar el resultado que se busca, pues de carecer de tal intensidad, se podría dar lugar a la falta; d) la intención dolosa consistente en el deseo de restringir la libertad ajena, lógica consecuencia del significado que tienen los verbos impedir o compeler, y e) la ilicitud del acto desde la perspectiva de las normas referentes a la convivencia social y al orden jurídico. Es tipo penal «abierto o de recogida» que alberga distintas modalidades de comisión, pues todo atentado o, incluso, la mera restricción de la libertad de obrar supone de hecho una violencia y por tanto una coacción, siendo lo decisivo el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción (cfr. SSTS 305/2006, 15 de marzo; 1367/2002, 18 de julio, 731/2006, 3 de julio, entre otras).

Basta reparar en los términos del *factum* ("...seguidamente el acusado agarrando a ambas y siempre esgrimiendo la navaja las llevó por la fuerza hasta el vehículo de Donato donde las obligó a entrar, a Encarna en los asientos traseros y Eugenia en el del copiloto. Encarna, aprovechando que Jose Augusto hubo de salir en busca de las llaves del vehículo que Donato había dejado en la mesa del porche, cuando volvió a entrar, salió sin que éste lo advirtiera escondiéndose tras el coche, y cuando el vehículo inició la marcha atrás para salir de la finca, corrió hacia la casa, donde logró introducirse y cerrar la puerta, perseguida por Jose Augusto que llevando a Eugenia agarrada, la conminó a que saliera golpeando la puerta y diciendo que si no lo hacía mataría a Eugenia") para concluir la corrección del juicio de subsunción efectuado por la Sala de instancia, que ha estimado, en relación con Encarna, que ésta fue víctima de un delito de coacciones previsto en el art. 172.1 del CP, precepto que la defensa reputa indebidamente aplicado.



Procede, por tanto, la desestimación del motivo, en aplicación de lo previsto en los arts. 883.4 y 5 y 885.1 de la LECrim.

10.- El motivo decimocuarto, con el mismo respaldo normativo que el precedente, considera infringido, por aplicación indebida, el art. 617.1 del CP.

Con el fin de hacer valer sus alegaciones, la defensa de Jose Augusto propugna, frente a la conclusión probatoria alcanzada por la Sala de instancia, una versión propia, basada en la supuesta falta de acreditación de las heridas sufridas por la preexistencia de algún padecimiento anterior a los hechos. Con invocación de declaraciones testimoniales y algunos de los partes médicos que obran en autos, el recurrente aspira a demostrar, con notorio desenfoque respecto de la vía impugnativa seleccionada, la incorrección de la condena como autor de una falta de lesiones.

Sin embargo, los hechos -de ineludible aceptación- demuestran las razones que abonan la desestimación del motivo: "...conminó a Encarna a que apagara el móvil (...) y la tiró al suelo de un fuerte empujón (...), agarrando a Eugenia por el pelo, la cual intentaba calmar a Jose Augusto e impedir que pinchara con la navaja a Encarna poniéndose delante de ella, que también se defendía dando patadas desde el suelo (...). Seguidamente el acusado agarrando a ambas y siempre esgrimiendo la navaja las llevó por la fuerza hasta el vehículo de Donato donde las obligó a entrar". Añade el factum que Encarna "*... sufrió a consecuencia de estos hechos lesiones de las que tardó en curar treinta días durante los que estuvo impedida para dedicarse a sus ocupaciones habituales, consistentes en contusión en región lumbar y hombro izquierdo, y crisis de ansiedad precisando tras la primera asistencia de control especializado psiquiátrico con síntomas de estrés postraumático, cuya secuela se valora en un punto*".

El juicio histórico, por tanto, describe un episodio violento, en el que se incluyen un fuerte empujón, una caída al suelo, un intento de eludir nuevas acometidas defendiéndose con los pies y un trayecto hasta el coche que se verifica *agarrando* a la víctima y, por tanto, proyectando fuerza sobre la misma. Tales hechos generaron un quebranto físico que la Audiencia describe en el hecho probado, razonando en el FJ 1º, apartado 5º, las razones de su calificación como falta y no como delito.

La Sala no puede sino compartir ese razonamiento y resolver la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

11.- El motivo decimosexto, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del art. 181.1 del CP.

Estima la defensa que los tocamientos a los que el acusado sometió a Eugenia no consta que se produjeran sin el consentimiento de aquélla. No existe en el juicio histórico -se razona- fragmento alguno que exprese su oposición, en la medida en que primero se propone mantener una relación sexual. Jose Augusto desiste de ese propósito ante la indicación de Eugenia de la existencia de un evidente riesgo en el momento de la conducción. Inmediatamente después, sin coacción alguna, el acusado se habría limitado a "*... quitarle la ropa y a tocarle las piernas y el pecho*".

El motivo tiene ha de ser rechazado.

También ahora el recurrente construye su discurso impugnatorio prescindiendo de elementos decisivos que se hallan alojados en el factum. Se incurre así en la causa de inadmisión -ahora desestimación- prevista en el art. 884.3 de la LECrim.

En efecto, las palabras entrecomilladas que la defensa enfatiza, no pueden ser entendidas sin otros pasajes del factum en los que se indica que ese viaje se produjo después de que Jose Augusto obligara a Eugenia a subirse al vehículo, utilizando para ello una navaja e inmovilizando a su víctima ("*... Jose Augusto volvió al coche sin soltar a Eugenia , y conduciéndolo llegó hasta el lugar en el que había dejado el suyo, en el que obligó a Eugenia a entrar (...). Seguidamente, y con Eugenia en el asiento del acompañante, atemorizada en todo momento por la navaja que cogía o dejaba a su alcance, condujo su vehículo de forma temeraria hasta llegar a un Hotel de la localidad de Tembleque (...), haciendo dos paradas (...)* en las que mantuvo a Eugenia siempre controlada [...]. Durante el viaje intentó mantener relaciones sexuales con Eugenia , diciéndole que se pusiera encima de él, si bien ésta le convenció de que era muy peligroso y que habría tiempo más tarde, limitándose Jose Augusto a quitarle la ropa interior y tocarle entre las piernas y el pecho".

No resulta fácil disociar esa propuesta de contenido sexual y los tocamientos ulteriores, de la atmósfera de terror en la que ese viaje tuvo lugar. El acusado obligó a Eugenia a subirse al coche, se valió para ello de una navaja que, minutos antes, había sido el instrumento que acabó con la vida de un amigo de aquélla. La tuvo controlada durante todo el trayecto.



La defensa atribuye al hecho probado falta de lógica. Sin embargo, la verdadera ausencia de lógica sólo se aprecia en el razonamiento del recurrente, que convierte el ambiente de pánico en el que discurrió ese trayecto en una romántica huida en la que las ofertas sexuales tenían cabida.

El motivo, por tanto, no respeta el hecho histórico y ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

12.- Con carácter subsidiario, la defensa formula el decimotercero motivo, en el cual se denuncia la indebida inaplicación del error de prohibición previsto en el art. 14.3 del CP.

Alega el recurrente que los tocamientos que Jose Augusto hizo a su cónyuge estarían amparados en la creencia errónea e invencible de que estaba obrando conforme a derecho, pues "*... él sentía que tenía seguridad y control pleno por el amor que le profesaba y porque era la madre de sus hijos y como también quería intensamente a sus hijos, sentía el daño que podría suponerles cualquier tipo de agresión contra ella*".

El motivo carece de la más mínima base jurídica.

En principio, es más que probable que lo que el recurrente identifica como error de prohibición, debiera haber sido abordado argumentalmente como un error sobre la ausencia de consentimiento, que actuaría como error sobre uno de los elementos del tipo, excluyendo el dolo (art. 14.1), no la culpabilidad (art. 14.3).

En cualquier caso, lo que es evidente es que sólo una deformada visión del significado jurídico del matrimonio, permitiría hacer valer la argumentación del recurrente. En el supuesto que nos ocupa, no hubo error de tipo, pues la ausencia de consentimiento -según se ha expuesto *supra*, al desestimar el motivo precedente-, tuvo que ser necesariamente percibida por el acusado, que se valió de una navaja para sumar a Eugenia a su alocado viaje de huida, durante cuyo transcurso se produjeron los tocamientos. Tampoco hubo error de prohibición, pues el matrimonio no autoriza a imponer situaciones intimidatorias seguidas del ofrecimiento de una actividad sexual.

Recuerda la STS 737/2007, 13 de septiembre -con cita de la STS 687/1996, 11 de octubre -, que el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud. No se olvide que basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuridicidad del acto, para que no pueda solicitar el amparo del artículo 14.3 del CP, tal y como se desprende de las Sentencias de 29 noviembre, 16 marzo 1994, 12 diciembre y 18 noviembre 1991, entre otras muchas. Insiste la STS 411/2006, 18 de abril que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas» (SSTS 11 marzo 1996, 3 abril 1998), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» (SSTS 12 noviembre 1986 y 26 de mayo de 1987).

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

13.- El Ministerio Fiscal, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, formaliza un motivo único, en el que denuncia infracción de ley, indebida inaplicación del art. 468.2 del CP.

A juicio del Fiscal, la sentencia impugnada debería haber incluido la condena del acusado como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar. El relato de hechos probados proclama que Jose Augusto "*... mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre el que pesaba una orden de alejamiento que le impedía comunicarse por cualquier medio y acercarse a su esposa Eugenia, a menos de 200 metros, en virtud de auto de fecha 13 de julio de 2007, dictado en Diligencias Previa seguidas con el nº 897/2007 por el Juzgado de Instrucción nº Dos de Linares, seguidas en virtud de denuncia de aquella, por un presunto delito de maltrato y amenazas en el ámbito familiar y tras haber cesado de hecho la convivencia entre ellos, no obstante lo cual él seguía teniendo gran dependencia psicológica de Eugenia y se comunicaban frecuentemente de forma telefónica y en persona para tratar sobre los hijos e intereses comunes sin oposición alguna de Eugenia, el día 10 de agosto de 2007, en hora no determinada acudió a los alrededores de la casa de campo denominada " DIRECCION000 ", a la que se accedía por un carril que partía del Km 8 de la carretera JA- 4102 del término de Torreblascopedro, dejando el vehículo matrícula-NSQ de su propiedad entre unos olivos y fuera del carril a una distancia aproximada de un kilómetro de la casa, con la intención de controlar los actos de aquella y sospechando, por las advertencias de sus amigos que podría estar manteniendo relaciones con otros hombres, lo que ella le negaba*".



El razonamiento que ha llevado a la Audiencia Provincial está expresado en el FJ 2º de la sentencia impugnada. En él se argumenta que los encuentros y comunicaciones telefónicas entre el acusado y su cónyuge fueron claramente consentidos por éste. Se añade que *"... el mismo día de los hechos se ha constatado por su declaración que también hubo contacto telefónico entre ellos sobre la venta de la vivienda familiar, al margen de varios testimonios de amigos comunes y vecinos que relataron en el juicio haberles visto juntos en variadas ocasiones, antes y después del dictado de la medida cautelar, y en actitud amigable e incluso de pareja; manteniendo alguno de ellos, que las llamadas de Eugenia a Jose Augusto eran constantes, antes y después de la orden de alejamiento, recibiendo éste último alguna en su presencia (...). Por su parte el acusado sostiene y reiteró que las relaciones con Eugenia eran buenas, siendo ella la que le buscaba y contactaba con él frecuentemente, y habiéndose dictado la orden de alejamiento por un mensaje enviado en relación a los niños. Constando además un dato objetivo en las actuaciones que en opinión de la Sala, evidencia la relación, cual es que el acusado tenía en su poder, y en concreto en el vehículo de su propiedad una cartilla de ahorros de titularidad única de Eugenia en la que consta realizada ese mismo día 10, un ingreso por transferencia, que evidentemente sólo pudo realizar el acusado y ese mismo día; siendo dicha cartilla encontrada en el vehículo, al hacerse la inspección ocular del mismo y remitida entre las piezas de convicción. [...] Así las cosas, la Sala no puede sino concluir que es perfectamente factible que el acusado, ante dichos encuentros y contactos sin oposición alguna por parte de su esposa, y alguno de ellos al menos a instancia de la propia Eugenia, se representara por simple lógica y sentido común, máxime desde la perspectiva que no puede olvidarse al valorar el elemento subjetivo del tipo, eminentemente doloso, de su deseo de reanudar la convivencia con ella, que había cesado la obligatoriedad de la orden de alejamiento adoptada como medida de protección de aquella, estimando en consecuencia la concurrencia en relación con los episodios de comunicación, del error invencible de prohibición que excluye la culpabilidad de tal conducta conforme dispone el artículo 14 del C. Penal, y según doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006 y 8 de abril de 2008, en relación con la de 26 de septiembre de 2005, en la que se fundamenta la absolución del delito tratado precisamente en la posibilidad de que se acredite que la infracción de la orden de alejamiento sea plenamente consentida por la persona a cuyo favor e instancia se dicta, cuyo consentimiento se estima deja sin efectividad dicha orden, doctrina matizada por las Sentencias posteriores citadas, en las que se plantea tal posibilidad pero desde la óptica del error de tipo o de prohibición, pues el principio de autoridad que refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de enero de 2007, es el que se ofende con el delito, aún cuando se acuerde por motivos de seguridad en beneficio de la mujer no permite considerar atípica la conducta, por el mero consentimiento de la misma. Lo que, en conclusión nos conduce a la absolución del delito que tratamos".*

Entiende el Fiscal, en su minucioso escrito de formalización del recurso, que concurren todos los elementos del tipo que describe el art. 468.2 del CP. El acusado era consciente de ello y, por tanto, de que estaba infringiendo el deber de alejamiento originado por la resolución judicial dictada por el Juzgado de instrucción núm. 2 de Linares.

Tiene razón el Fiscal y el motivo ha de ser acogido, lo que conduce necesariamente a la estimación del cuarto de los motivos formalizados por la acusación particular, dada la coincidencia esencial en su contenido.

A) Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala conoce precedentes -algunos de ellos citados en la sentencia dictada por el Tribunal a quo- en los que el consentimiento de la persona en cuyo favor se ha dictado la orden de protección y alejamiento, actuaría como una causa de exclusión de la pena, legitimando la conducta de quien se aproxima a su pareja en manifiesta contradicción con el mandato jurisdiccional.

Sin embargo, el Pleno no jurisdiccional fechado el 25 de enero de 2008, proclamó que *"... el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del CP"*. Esta tesis ya ha sido acogida por la STS 39/2009, 29 de enero.

El problema no es, desde luego, sencillo. La idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo. De ahí que la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto. Pese a todo, con carácter general, puede afirmarse que el problema escapa a una consideración de la eficacia del consentimiento a partir de parámetros valorativos de normalidad.

Qué duda cabe que la mujer que solicita una medida de alejamiento no renuncia al ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. La posibilidad de una reanudación de la convivencia o, incluso, de restablecer por propia voluntad los vínculos jurídicos dejados sin efecto por la crisis que dio lugar al proceso penal, sigue permaneciendo intacta.

Sin embargo, en el momento de la valoración de la pretendida eficacia excluyente de ese consentimiento exteriorizado a posteriori, el órgano jurisdiccional ha de ponderar de forma ineludible si ese consentimiento ha sido prestado en condiciones que permitan afirmar su validez. La pérdida de autoestima por parte de la mujer,



que es consustancial a los episodios prolongados de violencia doméstica, puede provocar en el órgano judicial el irreparable error de convertir lo que no es sino la expresión patológica de un síndrome de anulación personal, en una fuente legitimante que lleve a la equivocación de anular las barreras alzadas para la protección de la propia víctima, sumiendo a ésta de nuevo en la situación de riesgo que trataba de evitarse con el dictado inicial de la medida cautelar de protección.

Negar la eficacia del consentimiento de la mujer no es, en modo alguno, propugnar una limitación de su capacidad de autodeterminación. Tampoco implica condicionar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad. Los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer de una medida cautelar de protección que no se otorga, desde luego, con vocación de intermitencia, afirmando o negando su validez y eficacia en función de unos vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos, forman parte de los síntomas de su propio padecimiento.

De ahí que resulte especialmente arriesgado aceptar en términos jurídicos situaciones de derogación material -pese a la vigencia formal de la orden judicial de alejamiento-, originadas por la aceptación, expresa o tácita, por la mujer maltratada de contactos reiterados con su agresor. Es indudable que la mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia. Precisamente, en ejercicio de esa facultad que sólo a ella incumbe, deberá comparecer voluntariamente ante el órgano judicial competente e instar del Juez la consiguiente resolución que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para el restablecimiento de la comunicación y la convivencia.

En consecuencia, resulta obligada la aplicación del criterio general sentado por esta Sala en el Pleno antes mencionado, excluyendo cualquier clase de eficacia al consentimiento, expreso o tácito, otorgado por Eugenia para la reanudación de la convivencia.

B) Cuestión distinta es el examen de si ese consentimiento -sin eficacia derogatoria respecto de la vigencia de la orden de alejamiento- pudo generar en Jose Augusto un error de tipo que excluyera el dolo. Y también ahora hemos de llegar a una conclusión negativa. En efecto, el acusado conocía la vigencia de esa orden de alejamiento. Como tal le fue notificada por el Juzgado de instrucción núm. 2 de Linares, en el marco de las DP núm. 897/2007.

La Sala no puede sino hacer suyo el razonamiento del Fiscal cuando recuerda que el acusado sabía -de hecho, así lo declaró en el juicio oral- que pesaba sobre él una orden de alejamiento que le impedía comunicarse o aproximarse a su mujer a menos de 200 metros, siendo notorio que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas, alteradas en su contenido o suprimidas por los Jueces y Tribunales que las han dictado, y no las personas afectas por las mismas, no siendo elemento determinante para ello el intento de arreglar su matrimonio o los encuentros esporádicos mantenidos con su cónyuge.

En estas condiciones, aceptar el error de tipo supondría reconocer la posibilidad de una equivocación por parte del autor acerca de la capacidad de cualquier víctima para decidir sobre la vigencia de mandatos judiciales. Y forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones posteriores sobre su mantenimiento o derogación, sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado.

Por todo ello, procede la estimación del recurso del Ministerio Fiscal, así como del cuarto de los motivos de la acusación particular, con los efectos que luego se expresan en nuestra segunda sentencia.

RECURSO DE Aquilino y Sara

14.- El primero de los motivos lleva a la acusación particular, con fundamento en el art. 849.1 de la LECrim, a sostener infracción de ley, aplicación indebida del art. 138 del CP y correlativa inaplicación indebida de los arts. 139 y 140, estimando que los hechos deberían haber sido calificados como constitutivos de un delito de asesinato cualificado por las circunstancias específicas de alevosía (art. 139.1) y ensañamiento (art. 139.3).

El motivo no puede tener acogida.

A) La Audiencia Provincial ha descartado la concurrencia de alevosía y lo ha hecho con un razonamiento que ha de ser compartido en por esta Sala. Su argumentación es plenamente coherente con el supuesto fáctico, tal y como ha sido proclamado, ajustándose a nuestra doctrina a la hora de explicar las distintas modalidades del comportamiento alevoso.

La STS 888/2008, 10 de octubre, con cita de la STS 357/2005, 22 de marzo, recuerda el criterio uniforme de la jurisprudencia de la Sala Segunda -expresado, entre otras, en la STS 49/2004, 22 de enero - cuando distingue entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa: a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera; b) alevosía súbita o inopinada, llamada también



«sorpresa», en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. 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 y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible y c) alevosía de desvalimiento, en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, dormidas o privadas de conocimiento.

En el supuesto que nos ocupa, es cierto que Jose Augusto despliega unos actos de vigilancia previos a la ejecución del hecho. También lo es que la irrupción del acusado en el lugar de los hechos se produce de forma sorpresiva. Sin embargo, no basta la concurrencia de esos datos objetivos para calificar la muerte de Pedro Miguel como alevosa. Para ello hemos de atender, no sólo a los aspectos objetivos, que miran a la forma de ejecución, sino a la incuestionable dimensión subjetiva que también acompaña a esa circunstancia. Y es que la jurisprudencia de esta Sala, aunque no sin oscilaciones, propugna hoy un entendimiento de la alevosía como circunstancia mixta, en la que concurren elementos objetivos, que miran a los medios, modos o formas de la ejecución, pero sin descartar la exigencia de elementos subjetivos, que enfatizan el ánimo tendencial del sujeto, cuya acción homicida está filtrada por ese propósito más reprochable de *obrar sobre seguro* (cfr, por todas, 2047/2000, 28 de diciembre, con cita de otras muchas) . El examen de los hechos no permite la conclusión de que el acusado obrara sobre seguro. Es indudable que actuó inclinando a su favor la correlación de fuerzas previa a la agresión. Precisamente por ello, el Tribunal *a quo* ha apreciado -y nosotros hemos confirmado su corrección- la agravante genérica de abuso de superioridad. Pero no puede decirse -y la alevosía así lo requiere- que obrara sobre seguro. El acusado inicia la secuencia de golpes, que llevaron a la víctima al suelo, con sus propias manos y desencadena todo el episodio agresivo en un escenario en el que hay otras cuatro personas, cuya reacción Jose Augusto no tiene de antemano la garantía de poder controlar. Dicho con otras palabras, el acusado obra de forma ventajista, pero no segura.

De ahí que esta Sala no pueda formular censura alguna al razonamiento del que se valen los Jueces de instancia -que añaden entre sus consideraciones la objetiva corpulencia de la víctima- para descartar la agravación prevista en el núm. 1 del art. 139.

B) Tampoco concurre la agravante de ensañamiento. La acusación particular basa su argumentación en el dato objetivo de haber propinado diez puñaladas, dirigidas a distintos órganos, unos vitales y otros no, aumentando así deliberadamente el dolor del fallecido. Sin embargo, no es éste el fundamento que justificaría su apreciación.

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*". Su apreciación exige que la dinámica comisiva sea expresiva de lo que un comentarista clásico llamó *la maldad de lujo*, 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 un momento y a la que se añade el elemento objetivo de la innecesariedad de esos males para la ejecución del fin propuesto (cfr. STS 1081/2007, 20 de diciembre).

En el supuesto que es objeto de este recurso, como expresa el Fiscal, no se describe en el hecho probado más que la causación de la muerte de la víctima por medio de una reiteración de golpes propinados con el arma en un escaso lapso temporal, sin expresar dato alguno que permita inferir que se causaron con la deliberada intención de aumentar el sufrimiento de la víctima. En definitiva, la muerte era el objetivo único del acusado y esa finalidad fue la que presidió la sucesión de navajazos que el acusado propinó a Pedro Miguel .

El motivo ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

15.- El segundo de los motivos, también con fundamento en el art. 849.1 de la LECrim, alega indebida aplicación del art. 169.2 del CP, referido a la condena por amenazas y correlativa inaplicación del art. 138 del CP, que tipifica la tentativa de homicidio.

Razona la acusación particular que el acusado intentó matar a Donato , estando acreditado que lo persiguió con el arma homicida en la mano, frustrándose dicho ataque ante la huida de Donato y principalmente porque se escondió en un lugar en el que no pudo ser encontrado. Dicha actuación excede -concluye el recurrente- de unas meras amenazas y es constitutiva de un delito de homicidio en grado de tentativa.

El motivo no puede ser aceptado por la Sala.

El relato fáctico expresa que "*... mientras se producían estos hechos Eugenia gritaba intentando sujetar a su esposo y llamaba a Donato , el cual al oír los gritos se acercó, viendo como Jose Augusto asestaba las últimas puñaladas en el pecho a Pedro Miguel tras golpear a Eugenia que intentaba detenerle, y cómo se volvía hacia él*



con la navaja en la mano e iniciaba su persecución, Donato huyó hacia el porche de la casa y tras unos instantes de vacilación eludiendo a Jose Augusto que portaba la navaja en la mano, corrió por el carril de acceso a la casa alejándose y llamando por su teléfono móvil al 061, hasta que se escondió en la conducción de agua bajo un puente de la vía de tren. En dicho recorrido se cayó en una zanja sobresaltado al oír acercarse un coche y ver las luces que reconoció como las del suyo [...] Eugenia por su parte, al ver que no podía detener a Jose Augusto en su ataque a Pedro Miguel entró en la casa, para avisar a Encarna y pedir auxilio, encontrándola en el baño, lugar al que instantes después llegó Pedro Miguel, que esgrimiendo en actitud amenazadora la navaja ensangrentada".

Como expresa la propia Audiencia, en el supuesto de hecho enjuiciado el acusado se limita a perseguir a Donato durante escasos instantes con la navaja en la mano, sin llegar siquiera a estar cerca de él, abandonando la persecución casi inmediatamente.

En definitiva, la persecución es mínima, sin que llegaran a practicarse actos ejecutivos que inequívocamente permitieran inferir el propósito homicida. De ahí la corrección del juicio de subsunción, que estimó los hechos como integrantes de un delito de amenazas del art. 169.2 del CP.

Procede la desestimación del motivo en aplicación de lo prevenido en los arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim.

16.- El tercer motivo, invocando el mismo precepto que da vida a las restantes impugnaciones, considera indebidamente aplicada la atenuante de arrebató del art. 21.3 del CP.

Alega el recurrente que el acusado no actuó impulsado por un arrebató, al haber quedado acreditado que estuvo acechando a la víctima durante un largo período, vigilándola con unos prismáticos y, por tanto, actuando de forma preparada para la ocasión.

La razón asiste al recurrente.

En la STS 4337/2008, 10 de julio, decíamos que la circunstancia atenuante prevista en el art. 21.3 del CP da entrada a aquellas situaciones emocionales en las que el autor, sin llegar a perder el control de sus actos, se ve sometido a una presión espiritual que le impulsa a actuar. En palabras de la STS 2085/2001, 12 de noviembre, la atenuante tercera del art. 21 del Código Penal, denominada de «estado pasional», que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. La propia jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo que los estímulos que desencadenan la actuación delictiva no sean reprochables por las normas socioculturales que rigen la convivencia social y deben proceder del comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebató u obcecación y una conexión temporal, sino inmediata proximidad, entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión (cfr. SSTs 1110/1996, 20 de diciembre y 1479/1999, 18 de octubre).

En el supuesto de hecho que nos ocupa, las circunstancias que determinaron el acaloramiento que desencadenó el impulso criminal del acusado están suficientemente descritas en el *factum* y, desde luego, no pueden ser privilegiadas por nuestro sistema jurídico. Jose Augusto quiere vigilar a su mujer "... *con la intención de controlar los actos de aquella y sospechando, por las advertencias de sus amigos que podría estar manteniendo relaciones con otros hombres, lo que ella le negaba*".

Sin embargo, Eugenia es una mujer que, después de su fracaso matrimonial, ha decidido rehacer su vida. La convivencia entre ambos cónyuges ha cesado. Cuenta a su favor con una orden de alejamiento encaminada a protegerla frente al riesgo de futuras agresiones del procesado, que ya había sido denunciado por un delito de malos tratos y amenazas, dando lugar al correspondiente procedimiento penal. En el momento en el que Jose Augusto está acechando los movimientos de su mujer con unos prismáticos, está actuando de una forma que contraviene frontalmente la conciencia social. Está incluso quebrantando un deber jurídico de alejamiento que busca precisamente evitar situaciones de conflicto que desencadenen una incontrolable situación de violencia. Eugenia no está haciendo nada que vaya más allá de su inderogable derecho a relacionarse con quien considere pertinente. No genera, ni consciente ni inconscientemente, estímulo alguno que pueda atenuar el desvalor de una acción como la que ejecutó el procesado. La separación de ambos cónyuges, la ruptura de su convivencia, autorizaba a Eugenia a iniciar nuevas relaciones afectivas, sin que éstas tuvieran que contar con el beneplácito del procesado.

En suma, los celos, más allá de aquellos casos en los que son el síntoma de una enfermedad patológica susceptible de otro tratamiento jurídico-penal, no pueden justificar, con carácter general, la aplicación de la atenuante de arrebató u obcecación, sobre todo, en los supuestos de ruptura de la convivencia, en los que, por definición, renace el derecho de ambos cónyuges a rehacer un proyecto propio de vida afectiva. De lo contrario, estaríamos privilegiando injustificadas reacciones coléricas que, si bien se mira, son expresivas de



un espíritu de dominación que nuestro sistema jurídico no puede beneficiar con un tratamiento atenuado de la responsabilidad criminal.

Por cuanto antecede, procede la estimación del motivo, con las consecuencias que luego se expresan en nuestra segunda sentencia.

17.- Las razones para la estimación del cuarto de los motivos -indebida inaplicación del art. 468.2, referido al quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento-, ya han sido expuestas al analizar el recurso del Ministerio Fiscal.

18.- La desestimación del recurso de la defensa conduce a su condena en costas (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal de **Jose Augusto**, condenando al recurrente a las costas causadas en este recurso.

Asimismo **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, por **estimación** de su **único motivo** y a la **ESTIMACIÓN PARCIAL** del recurso entablado por la representación legal de Aquilino y Sara, por **estimación** de sus motivos **tercero** y **cuarto**, por infracción de ley, interpuestos todos ellos contra la sentencia de fecha 26 de marzo de 2009, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén en causa seguida por sendos delitos de asesinato, amenazas, coacciones, detención ilegal, lesiones y quebrantamiento de medida cautelar, **casando** y **anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Perfecto Andres Ibañez D. **Miguel Colmenero Menendez de Luarca** D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Antonio Martin Pallin

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil diez.

Por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén, en el Procedimiento Ordinario núm. 9/2007, tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Linares, se dictó sentencia de fecha 26 de marzo de 2009, que ha sido **casada** y **anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Por las razones expuestas en los FFJJ 13 y 16 de nuestra sentencia precedente, procede la estimación del motivo único formalizado por el Ministerio Fiscal y del tercero y cuarto de los motivos formalizados por la acusación particular, declarando que los hechos probados, son constitutivos, además, de un delito de quebrantamiento de medida cautelar, previsto y penado en el art. 468.2 del CP. También declaramos que no concurre en el delito de homicidio, en los dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar, ni en los tres delitos de amenazas graves, la atenuante de arrebató u obcecación prevista en el art. 21.3 del CP.

2.- En consecuencia, procede imponer al acusado, por el delito de quebrantamiento de medida cautelar, la pena de 6 meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo, consideramos procedente, en relación con el delito de homicidio, al suprimir la atenuante de arrebató u obcecación apreciada por la Sala de instancia, condenar al procesado a la pena de 12 años, 6 meses y 1 día por el referido delito, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante



el tiempo de condena, así como prohibición de acudir a la localidad de Linares durante 22 años, al concurrir la agravante de abuso de superioridad y no concurrir atenuante alguna (art. 66.1.3 CP).

De igual modo, procede sustituir la pena de 1 año de prisión, impuesta en el delito de amenazas cometido contra Eugenia, por la de 1 año y 3 meses de prisión, pena mínima de la mitad superior, al concurrir una agravante -parentesco- y no apreciarse atenuante alguna (art. 66.1.3 CP). También acordamos su inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. Se mantiene la prohibición de comunicación por cualquier medio y aproximación en los términos impuestos por la sentencia recurrida.

III. FALLO

Que **debemos condenar y condenamos** a Jose Augusto como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar a la *pena de 6 meses de prisión*, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo **debemos condenar** al procesado a la *pena de 12 años, 6 meses y 1 día* por el delito de homicidio, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

De igual modo, le **condenamos**, por el delito de amenazas cometido contra Eugenia, a la *pena de 1 año y 3 meses de prisión*. También acordamos su inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Se condena en costas al acusado. Procédase a la devolución del depósito que hubiere prestado la acusación particular.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Perfecto Andres Ibañez D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Antonio Martin Pallin

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