



Roj: **STS 3757/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3757**

Id Cendoj: **28079120012018100514**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2018**

Nº de Recurso: **10279/2018**

Nº de Resolución: **565/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10279/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 565/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 19 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del encausado **DON Epifanio** contra Sentencia 211/18, de 19 de marzo de 2018

de la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala núm. 2161/17 dimanante del Sumario núm. 275/17 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 9 de Madrid, seguido por delitos de maltrato habitual, homicidio intentado y amenazas graves contra el citado recurrente. Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 9 de Madrid instruyó Sumario núm. 275/17 contra **DON Epifanio** por delitos de maltrato habitual, homicidio intentado y amenazas graves, y una vez concluso lo remitió a la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 19 de marzo de 2018 dictó Sentencia núm. 211/18, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<<El acusado Epifanio, con NIE nº ..., de nacionalidad siria, en situación irregular en territorio español, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo durante tres años aproximadamente, una relación análoga a la conyugal con convivencia con Delfina., marroquí, dicha convivencia tenía lugar en diversos domicilios en Barcelona, volviendo en algunas ocasiones Delfina. a Madrid donde reside su familia. En el mes de agosto de 2015 el acusado y Delfina. residían en la calle ...

I.- Desde el inicio de la relación el acusado de forma reiterada golpeaba a Delfina ., la amedrentaba, tiraba del pelo, la insultaba como manifestación de su dominio sobre ella, asimismo cuando

A. volvía a su casa en Madrid, la conminaba a volver con él diciendo que iba a mostrar fotografías de ella desnuda a su madre, consiguiendo de este modo tener el control sobre ella.

Este comportamiento que se exacerbó con el tiempo perturbó gravemente la tranquilidad de Delfina ., llegándole a ocasionar un síndrome ansioso depresivo.

II.- El día 23 de agosto de 2015, el acusado y Delfina . se encontraban residiendo en el ante dicho domicilio de Barcelona.

Sobre las 18:00 horas el acusado entra en la habitación donde se encontraba Delfina . a la que empieza a gritar, le coge el monedero donde tenía dinero, y para protegerse ella, de la actitud violenta del acusado, sale de la habitación, para refugiarse en el baño, pero el acusado la alcanza, la coge del pelo y comienza a golpearla; a la vez que decía que la quería matar, mientras Delfina . gritaba.

En su intento de escapar, Delfina . se dirige a la puerta de salida de la casa, y entonces el acusado la agarra nuevamente del pelo, y la pega. Ante los gritos de Delfina ., las otras dos personas, Cipriano . y Cipriano ., que vivían en la casa salen de su habitación.

Cipriano . intenta sujetar al acusado, lo que no consigue, y ante el comportamiento violento de éste,

Delfina . se dirige a la terraza de la casa para pedir auxilio, tratando de saltar a la calle para huir, lo que impiden el acusado, Cipriano . y Cipriano .

Otra vez dentro de la casa, el acusado, con intención de acabar con la vida de Delfina ., coge un destornillador y con el mismo se dirige a ésta diciéndole que la iba a matar, Delfina . totalmente atemorizada y en la creencia de que iban a acabar con su vida, ante la imposibilidad de salir de la casa por la puerta se dirige nuevamente a la terraza con intención de huir desde donde salta a la calle.

Como consecuencia de la caída tuvo - fractura estallido de L 1 y L4 con invasión de canal que ocasiona lesión incompleta de cola de caballo nivel L3, - tobillo izquierdo: fractura de cuello astragalino y subluxación naviculostagalina, - fractura conminuta de calcáneo bilateral y - esguince cervical.

Recibió tratamiento quirúrgico para columna y ambos pies, consistente en: - artrodesis de columna lumbar entre T12 y L5 con barras y tornillos transpediculares para reducción y síntesis de fracturas y mantenimiento de lordosis, con autoinjerto de cresta iliaca derecha, - reducción percutánea de fractura de calcáneo bilateral con tornillos y -reducción percutánea de fractura-luxación de astrágalo izquierdo.

En la actualidad, se aprecia persistencia de ánimo deprimido, deambula con dos muletas, en actitud de flexo del tronco con pasos cortos, portando férula antiequino en pierna izquierda y plantilla de descarga en el derecho. El dolor de raquis lumbar y de ambos pies le impide la deambulación y sedestación prolongadas. Refiere incontinencia ocasional de orina y de heces, precisando pañal nocturno. Se aprecia cicatriz quirúrgica en buen estado a nivel medio entre D10 y región sacrocoxígea, de unos 35 cm. de longitud. Aqueja dolor espontáneo y a la palpación, percibiéndose parte del material a la palpación superficial; también refiere dolor en glúteos y en tuberosidad isquiática derecha. En pie derecho, con desviación en varo, se aprecian dos cicatrices hiperpigmentadas en talón de unos 2 cm. y otra, longitudinal, en el dorso, de unos 5 cm. de longitud. En región perimaleolar externa se palpa protusión de material de osteosíntesis superficial. Conserva aproximadamente flexión de 90°, extensión del 30%, lateralizaciones casi abolidas y nula movilidad de los dedos; refiere pérdida de sensibilidad en dedos y a la movilización pasiva aqueja dolor en maléolo interno y garganta del pie. Pie- tobillo izquierdo: actitud de quino-varo, refiere prácticamente ausencia de sensibilidad en pie y dedos, movilidad casi abolida. En cara posterior del talón se aprecian dos cicatrices hiperpigmentadas de diámetro aproximado de 2 cm. Refiere también dolor en ambas muñecas que relaciona con el uso de muletas.

Ha invertido un total de 382 días (trescientos ochenta y dos) en obtener la sanidad o estabilidad lesional, los mismos impeditivos, siendo diecinueve de ellos (19 días) bajo ingreso hospitalario y los restantes (363días) sin ingreso.

Como secuelas resultan: -material de osteosíntesis en columna (artrodesis D12-L5) y tobillo derecho, - lesión medular incompleta nivel L3, - pie izquierdo equino varo por radiculopatía L5-S1, que precisa ortesis correctora, - cicatrices en columna lumbosacra y ambos pies, ya descritas, que suponen un perjuicio estético importante, - sintomatología ansioso-depresiva severa en relación con las lesiones y secuelas físicas sufridas, que requerirá tratamiento por tiempo indefinido.

Presenta cuadro clínico con importante sintomatología clínica y psicológica postraumática compatible con malos tratos físicos y psicológicos habituales y severa sintomatología postraumática.

El acusado se encuentra privado de libertad por auto de prisión de 25 de agosto de 2015, y prorrogada por auto de 15 de diciembre de 2016.

Por auto de 5 de junio de 2017 se acordó por el JVM n° 9 de Madrid, orden de protección a favor de A. frente al acusado, que le prohibía acercarse y comunicar con ella.>>

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente

pronunciamiento:

<<Que debemos condenar y condenamos a Epifanio, como autor de un delito de maltrato habitual a la pena de dos (2) años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el plazo de tres años, prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 500 metros a Delfina, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella y de comunicarse con la misma por cualquier medio durante tres años.

Como autor de un delito de homicidio intentado, concurriendo las circunstancias agravantes de parentesco y actuar por razón de género a la pena de nueve años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 500 metros a Delfina, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella durante once años.

De conformidad con el artículo 140 bis del Código Penal la pena de cinco años de libertad vigilada.

Debemos absolver y absolvemos a Epifanio del delito de amenazas del que venía acusado por la acusación particular, declarando respecto al mismo las costas de oficio.

La pena de prisión impuesta será sustituida por la expulsión del acusado del país del territorio español, cuando el penado cumpla tres cuartas partes de la pena impuesta y en todo caso acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional, y prohibición de entrada en el país durante 5 años.

Deberá indemnizar a Delfina en la cantidad de 404.500 euros por los días de curación de las lesiones, secuelas y daño moral, e intereses del artículo 576 de la LEC.

Pago de las costas incluidas 2/3 de las costas de la de la acusación particular.

Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, será de abono el tiempo que el penado haya estado privado de libertad por esta causa.

Se mantienen las medidas cautelares adoptadas por auto de 5 de junio de 2017 dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n° 9 de Madrid.>>

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del encausado DON Epifanio, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.,

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del encausado DON Epifanio se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración de precepto constitucional, concretamente el artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978, en el sentido de que "todos tienen derecho ... a la presunción de inocencia", y ello al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por no especificar la sentencia que se recurre, y por tanto por falta de motivación bastante, los aspectos o razones que llevan a la Sala a concluir que queda destruida la presunción de inocencia (todo ello en relación con el artículo 120.3 de la Constitución Española de 1978, y con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Motivo segundo.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse producido error en la valoración de las pruebas.

Motivo tercero por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo, en concreto el artículo 172.3 del Código Penal.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo, en concreto el artículo 138, 16 Y 62 del Código Penal.

Motivo quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que se ha vulnerado el artículo 23 del Código penal por haber aplicado la circunstancia mixta de parentesco como agravante.

Motivo sexto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que se ha vulnerado el artículo 22.4ª del Código penal por haber aplicado la circunstancia agravante por razones de género.

QUINTO.- Es recurrida en la presente causa Doña Delfina . que impugna el recurso por escrito de fecha 11 de junio de 2018.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista e interesó la inadmisión del mismo y subsidiariamente su desestimación, por las razones expuestas en su escrito de fecha 14 de junio de 2018.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 9 de octubre de 2018 se señala el presente recurso para votación y Fallo para el día 23 de octubre de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Vigésima Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó a Epifanio como autor criminalmente responsable de dos delitos, uno de maltrato habitual y otro de homicidio intentado, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación el aludido acusado en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

SEGUNDO.- Antes de dar respuesta a los motivos de contenido casacional del recurrente, Epifanio , conviene señalar que en estos autos se enjuician los acontecimientos ocurridos entre dicho acusado y su pareja, Delfina ., con la que mantuvo durante tres años aproximadamente una relación análoga a la conyugal con convivencia, cuya convivencia tuvo lugar en diversos domicilios de Barcelona.

La Audiencia da como probado que desde el inicio de la relación, el acusado, de forma reiterada golpeaba a Delfina ., la amedrentaba, tiraba del pelo, la insultaba, y todo ello como manifestación de su dominio sobre la mujer, asimismo cuando Delfina . volvía a Madrid, la conminaba a volver con él diciéndole que iba a mostrar fotografías de ella desnuda a su madre, consiguiendo de este modo tener el control sobre ella.

Este comportamiento que se exacerbó con el tiempo perturbó gravemente la tranquilidad de Delfina ., llegándole a ocasionar un síndrome ansioso depresivo.

Por otro lado, el día 23 de agosto de 2015, el acusado y Delfina . se encontraban residiendo en Barcelona, y es cuando se producen los hechos que dan lugar a la tentativa de homicidio, que analizaremos cuando respondamos al motivo que por este suceso también se ha formalizado.

TERCERO.- En el motivo primero, y por vulneración de la presunción constitucional de inocencia, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente se queja de que la inferencia a la que llega la Audiencia no se ajusta a las reglas de la lógica.

El motivo no puede prosperar.

El acontecimiento enjuiciado es, como hemos visto, doble. En ambos, la prueba ha tenido contenido directo, y no inferencial. Particularmente, en el intento de homicidio que es cometido a la vista de testigos, que refieren en el juicio oral lo que pudieron ver y percibir con sus sentidos; también en los hechos que conforman el delito de maltrato habitual, en tanto que la Sala sentenciadora de instancia cuenta con el testimonio directo de la víctima, y la de los peritos, que corroboran su versión. Únicamente, en el caso del ánimo tendencial en el delito de homicidio puede hablarse de prueba indirecta, y aún así, resulta, como veremos, del instrumento que portaba el acusado, un destornillador, y las palabras que profería -te voy a matar-, junto a la violencia extrema desplegada, que amedrenta a todos los que se encuentran en la casa, y que produce que la víctima tenga que saltar por el balcón para huir de una muerte que ella presagiaba segura.

De manera que los testigos presenciales en el intento de homicidio, junto a la declaración de la víctima en el maltrato, lo que es frecuente cuando los episodios de violencia no se denuncian aisladamente, constituyen prueba

válida. De otro lado, cuando la única prueba es la declaración de la víctima, debemos exigir que venga corroborada por otros elementos probatorios; como aquí ocurre, en tanto que todo ese hostigamiento le ocasiona un síndrome ansioso depresivo, ha sido acreditado en el plenario mediante prueba pericial, ratificada

en el juicio oral, cuyo peritos establecen un cuadro clínico compatible con episodios de malos tratos físicos o psicológicos habituales.

CUARTO.- El segundo motivo se formaliza por el cauce autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurran los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

De lo que el recurrente se queja no es de un documento esgrimido en el motivo y que confrontado con algún pasaje de los hechos probados, deje en evidencia este relato por contradecirlo frontalmente, y que sin conjetura alguna probatoria, afirme lo contrario, no; lo que denuncia es que la relación con la víctima no fue una relación análoga a la marital, que no hubo habitualidad en el maltrato, o que su participación en el delito de homicidio intentado no ha quedado probada. Con esta argumentación, es patente que no puede existir documento alguno que lo refute, y menos de naturaleza literosuficiente, y ello por la razón de que las pruebas en que se ha basado la Audiencia han sido personales y no documentales.

El motivo no puede prosperar.

QUINTO.- En el tercer motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente denuncia que la relación existente entre las partes no puede calificarse como de relación de afectividad análoga a la conyugal, por lo que no procede la subsunción jurídica en el art. 172.3 del Código Penal.

Dada la luz que alumbra el motivo, no pueden cuestionarse los hechos probados, bajo sanción de inadmisión, que aquí se traducirá en desestimación. En ellos se afirma que *"el acusado Epifanio, mantuvo durante tres años aproximadamente, una relación análoga a la conyugal con convivencia con Delfina.; dicha convivencia tenía lugar en diversos domicilios en Barcelona, volviendo en algunas ocasiones Delfina. a Madrid donde reside su familia. En el mes de agosto de 2015 el acusado y Delfina. residían en la calle ... en Barcelona"*.

Es evidente que el relato fáctico de la sentencia recurrida afirma todo lo contrario de lo que sostiene el recurrente.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SEXTO.- Por el propio cauce, "error iuris", al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el autor del recurso cuestiona ahora el *animus necandi*, vertebrador del delito de homicidio intentado. Dicho ánimo resulta de un juicio de inferencia, al que llega la Audiencia, y que reprocha el recurrente.

Dado el cauce elegido por dicha parte recurrente, hemos de ceñirnos a los hechos probados de la sentencia recurrida. En ellos, se lee lo siguiente:

"II.- El día 23 de agosto de 2015, el acusado y Delfina. se encontraban residiendo en el ante dicho domicilio de Barcelona.

Sobre las 18:00 horas el acusado entra en la habitación donde se encontraba Delfina. a la que empieza a gritar, le coge el monedero donde tenía dinero, y para protegerse ella, de la actitud violenta del acusado, sale de la habitación, para refugiarse en el baño, pero el acusado la alcanza, la coge del pelo y comienza a golpearla; a la vez que decía que la quería matar, mientras

Delfina. gritaba.

En su intento de escapar, Delfina . se dirige a la puerta de salida de la casa, y entonces el acusado la agarra nuevamente del pelo, y la pega. Ante los gritos de Delfina ., las otras dos personas, Cipriano . y Cipriano ., que vivían en la casa salen de su habitación.

Cipriano . intenta sujetar al acusado, lo que no consigue, y ante el comportamiento violento de éste, Delfina . se dirige a la terraza de la casa para pedir

auxilio, tratando de saltar a la calle para huir, lo que impiden el acusado, Cipriano . y Cipriano .

Otra vez dentro de la casa, el acusado, con intención de acabar con la vida de Delfina ., coge un destornillador y con el mismo se dirige a ésta diciéndole que la iba a matar, Delfina . totalmente atemorizada y en la creencia de que iban a acabar con su vida, ante la imposibilidad de salir de la casa por la puerta se dirige nuevamente a la terraza con intención de huir desde donde salta a la calle.

Como consecuencia de la caída tuvo..."

La intención del sujeto activo del delito es un hecho de conciencia, un hecho subjetivo precisado de prueba, cuya existencia, a salvo los supuestos en que se disponga de una confesión del autor que por sus circunstancias sea creíble, no puede acreditarse normalmente a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados. Esa inferencia debe aparecer de modo expreso en la sentencia y debe ser razonable, de tal manera que la conclusión obtenida acerca de la intención del sujeto surja naturalmente de los datos disponibles. Esa razonabilidad es precisamente el objeto del control casacional cuando la cuestión se plantea como aquí lo hace el recurrente.

A estos efectos, la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, para afirmar la existencia del ánimo propio del delito de homicidio, deben tenerse en cuenta los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; del comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; las características del arma o de los instrumentos empleados; la indicación o análisis de la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del

golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y, en general, cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (STS 57/2004, de 22 de enero). A estos efectos, y aunque todos los datos deben ser considerados, tienen especial interés, por su importante significado, el arma empleada, la forma de la agresión y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida.

En cualquier caso, aunque el Derecho Penal español vigente solamente distingue entre acciones dolosas y culposas, la doctrina, con distintas denominaciones a lo largo del tiempo, ha diferenciado dentro de las primeras, las causadas con dolo directo de primero o segundo grado (o de consecuencias necesarias), en los que existe intención del autor dirigida directamente a la producción del resultado, y dolo eventual, en los que tal cosa no puede ser afirmada. Se trata sin embargo de supuestos en los que el autor conoce (o no puede desconocer a causa de su propio estado y de las características de su conducta), el peligro concreto que crea con su acción para el bien jurídico protegido y a pesar de ello ejecuta su conducta, bien porque acepte implícitamente el resultado no directamente querido en función de la satisfacción de la auténtica finalidad de su acción, o bien porque el daño probable, como concreción del riesgo concreto creado le resulte indiferente. Esta constatación del elemento cognitivo del dolo eventual lleva aparejada en realidad la del elemento volitivo cuando a ese conocimiento le sigue la ejecución de la conducta creadora del riesgo, pues tal forma de proceder es evidentemente demostrativa de una aceptación consciente del probable resultado o bien de una total indiferencia ante su producción.

Aplicando la doctrina transcrita al caso enjuiciado, es claro que la inferencia que lleva a cabo la Audiencia es razonable. En efecto, expresiones como "te voy a matar", la conducta muy violenta que despliega con su

conducta el acusado, el que atemoriza a todos los habitantes de la estancia donde se producen los hechos, al punto que de que no pueden con él, con su comportamiento en extremo violento, o la circunstancia de tomar un destornillador como muestra de que va a utilizar como arma de alta capacidad letal, son marcadores indiciarios de donde puede deducirse con claridad que la conducta del acusado hacía temer lo peor, y lo peor no era sino la pérdida de la vida a manos de su agresor, con una capacidad potencial ejecución que fue puesta de manifiesto, y tomada en consideración por los jueces "a quibus" al redactar la sentencia recurrida, lo que aquí no puede sino ratificarse.

El motivo no puede prosperar.

SÉPTIMO.- En los motivos quinto y sexto, se denuncian, por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la concurrencia de las agravantes de parentesco y género, aplicadas para incrementar la antijuridicidad del homicidio en grado de tentativa, y correlativamente elevar la pena a la que se hace acreedor el acusado. El autor del recurso se queja por separado de la concurrencia de ambas circunstancias agravantes y desliza igualmente un reproche sobre su compatibilidad.

Declara el Tribunal "a quo" en los hechos probados, que el acusado mantuvo una **relación de tres años, aproximadamente, de relación análoga a la conyugal con convivencia con la víctima**, y que tuvo lugar en varios domicilios. Asimismo, la víctima volvía en alguna ocasión a su domicilio en Madrid, pero consta probado que el acusado le conminaba a volver con él bajo amenazas de mostrar fotografías suyas desnuda a su madre, con lo que el **ámbito convivencial ha sido acreditado en el juicio oral y elevado al resultado de hecho probado**, lo que constituye el eje central para la aplicación de la agravante de parentesco del art. 23 CP que se cuestiona.

El Tribunal "a quo" fundamenta la agravante de parentesco como **circunstancia objetivable basada en la convivencia**, sin exigirse vínculo alguno de afectividad subjetiva en la relación de pareja, ya que ello haría ineficaz la aplicación de la misma si se exigiera la prueba del afecto entre autor del delito y su víctima por no formar parte de la esencia de la agravación por su naturaleza puramente objetiva basada exclusivamente en la relación entre las partes y en la convivencia.

El recurrente incide en su recurso en que al afecto no estaba presente entre las partes, pero olvida el recurrente que el afecto no es una característica rigurosamente exigida por la jurisprudencia para aplicar esta agravante.

En efecto, esta Sala Casacional del Tribunal Supremo ya ha declarado en reiterada doctrina que **el afecto no forma parte de los elementos o circunstancias exigidas para la aplicación de esta agravante**. El texto legal ni siquiera exige la presencia actual de la relación, sino que se expresa como

"ser o haber sido".

Así, en nuestra STS 610/2016, de 7 de julio, afirmábamos que: *"Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 147/2004, de 6 de febrero, que la circunstancia mixta de parentesco está fundada en la existencia de una relación de matrimonio a la que se asimila una relación de análoga afectividad dentro de los grados descritos en el artículo. En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado*

previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio pietatis causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación."

Lo propio en la STS 251/2018, de 24 de mayo:

"La STS. 59/2013 de 1.2, recuerda que concurre dicha agravante cuando se da el elemento objetivo de la relación de pareja estable, actual o pasada, y el delito de que se trata tiene lugar como consecuencia del marco o círculo de dichas relaciones o comunidad de vida, aunque se haya roto. En efecto el artículo 23 C.P. en su actual redacción se refiere a "...ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad". Redacción actual que tiene su origen en la L.O. 11/2003, que sustituyó la referencia a la "forma permanente" por "forma estable", respecto a la relación de afectividad.

La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que por relación de afectividad, debe estimarse:

a) Existencia de una relación matrimonial o asimilada a la matrimonial,

y

b) Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima".

En consecuencia, no es exigible ese afecto entre las partes, y la relación entre la pareja es asimilable a la matrimonial y con convivencia,

constando debidamente reflejado en los hechos probados ambos elementos exigidos para aplicar la presente agravante del art. 23 CP.

En consecuencia, está bien aplicada la circunstancia agravante de parentesco.

La agravante de género aparece regulada en el artículo 22 del Código Penal, que establece: *"Son circunstancias agravantes: 4º. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad."*

Esta agravante fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y para estudiar su fundamento es interesante analizar lo expuesto en la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, en donde se lee: *"En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo."*

Por otra parte, el Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 18 de marzo de 2014, en su art. 3 apartado d) Por "violencia contra la mujer por razones de género", "se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada".

Con ello, el Convenio se pronuncia sobre esta cuestión exigiendo el establecimiento de una agravación. Y este Convenio fue ratificado en España (BOE 6 de junio de 2014) en virtud del Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

Es evidente que el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género.

Recordemos que el Convenio de Estambul, que es el germen de la introducción de esta agravante, señala en su art. 2º que "El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada".

La sentencia recurrida declara en su resultancia fáctica que desde el inicio de la relación, "el acusado de forma reiterada amedrentaba a la víctima, le tiraba del pelo y le insultaba como *forma de manifestación del dominación sobre ella*, y que cuando volvía a su casa en Madrid le conminaba a volver con él diciéndole que iba a mostrar fotografías de ella desnuda a su madre, consiguiendo de este modo el control sobre la mujer, lo que al perdurar en el tiempo le provocó un síndrome ansioso depresivo".

El Tribunal "a quo" justifica en su sentencia la aplicación de la agravante de género, en la *posición de control* que ejercía el recurrente sobre la víctima, dado que en el FD 2º *in fine* señala que el acusado **actuó con ánimo discriminatorio, reflejado en la posición de control que ejercía sobre la víctima "desde el inicio de la relación"** y que está en el origen del hecho que conduce al intento de homicidio que se inicia cuando el recurrente la busca en su habitación considerando que la misma carece de intimidad, y le coge el dinero que consideraba suyo, y todo ello en base al hecho de ser mujer y poder disponer de las cosas de ella a su conveniencia.

Como dice nuestra STS 420/2018, de 25 de septiembre, la nueva agravante presenta puntos de contacto con otras dos preexistentes. La que hace referencia a los casos en los que el delito de cometa por motivo de discriminación referente al sexo, y la agravante de parentesco. Ninguna de las dos exige la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer. Respecto del parentesco, se exige el carácter estable de la relación, lo que no es preceptivo en la agravante por razones de género.

En cuanto al sexo, dice la Sentencia citada, es generalmente admitido que hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, art. 3.c). Es claro que la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja. Y, aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra.

En el caso enjuiciado, destaca el Tribunal "a quo" que la mujer era agredida constantemente por su pareja, lo que evidencia una posición de dominio, hasta el punto de que le había quitado la documentación, lo que entiende esta Sala Casacional que está referido a una conducta propia de dominación y machismo, con la finalidad de que no pueda circular con libertad sin su consentimiento o autorización, y si se marcha del domicilio le amenaza con divulgar fotos comprometidas de ella, lo que constituye un conjunto de actos de sometimiento psicológico para conseguir una posición de dependencia de la víctima sobre el agresor. Por ello, concluye el Tribunal "a quo" en el FD 1º. B) que "el acusado llevó a cabo una conducta altamente violenta generando una conducta de terror y de dominación sobre la víctima". Todo ello queda evidenciado en el episodio final, cuando la víctima reacciona saltando al vacío desde la terraza al no poder salir de otro modo, por impedirlo el acusado. De igual forma, este acto refleja claramente la situación de subyugación de la que era víctima la mujer debido al terror que se refleja ante "el escenario del miedo", expresión que ya fijamos en nuestra Sentencia 247/2018, de 8 de mayo. Y ello, con la idea y finalidad de conseguir tal clima de terror para llegar a dominar su capacidad de decisión y voluntad al someterla a sus decisiones, lo que implica un acto de dominación y machismo que conduce a la aplicación de la agravante del art. 22.4 CP que correctamente aplica el Tribunal sentenciador.

Esta situación de "**sometimiento continuado**" del agresor sobre la víctima le lleva a anular su voluntad, que es el fin directo de la reiteración de actos que tiene el desenlace final con la tentativa de homicidio, y aparecen conectados todos los hechos declarados probados en ese ambiente de dominación y machismo del acusado que conforma todos los actos delictivos bajo la estigmatización que provoca en los sentimientos de la víctima y que se desarrolla en la ejecución de actos tendentes a conseguir la posesión física e intelectual por el sujeto autor del delito hacia la víctima y doblegar su voluntad para quedar sometida a la del ahora recurrente.

OCTAVO.- Con respecto a la compatibilidad entre la agravante de género con la agravante de parentesco, partimos en primer lugar de su distinto fundamento. En efecto, la primera tiene un matiz netamente subjetivo, basado en consecuencia en la intención -manifestada por actos de violencia-, de llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer, mientras que la agravante de parentesco tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia, incluso desconectado de un vínculo afectivo. En consecuencia, no se exige éste, pero sí un requisito de convivencia, trabado en la relación de pareja. Hemos declarado también que existe ese requisito en supuestos de reanudación de la convivencia cuando ha habido una ruptura y la víctima vuelve al hogar mediatizada por actos del agresor para que regrese al mismo, continuando con las agresiones que en muchos casos acaban con la vida de la víctima, tal y como ocurrió en el supuesto analizado por esta Sala en Sentencia 371/2018, de 19 de julio, ante un supuesto de asesinato cometido hacia su pareja que había abandonado el hogar y que regresó para continuar su convivencia con quien más tarde acabaría matándola de 51 puñaladas.

Es por ello que son compatibles, la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género. Pero la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia no excluye que la agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer.

En suma, como ya dijimos en nuestra STS 1177/2009, de 24 de noviembre, interpretando preceptos penales específicos de género, se comete esta acción cuando la conducta del varón trata de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.

En este mismo sentido, la doctrina apunta en cuanto a la admisión de la compatibilidad de ambas agravantes que la circunstancia mixta de **parentesco** prevista en el artículo 23 del Código Penal tiene un **fundamento objetivo de agravación** que se aplica siempre que medie entre autor y víctima las relaciones previstas en el mismo, mientras que la **agravante de género** prevista en el artículo 22.4º CP tiene un **fundamento subjetivo**, necesitando que concurra en el autor del delito una ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que ésta es inferior por el mero hecho de serlo. Con ello, no se vulnera la prohibición de doble valoración (*non bis in idem*) por la aplicación de ambas, ya que existen dos hechos distintos, que no se tienen que dar necesariamente juntos, y que permiten fundamentar la agravación en uno y otro caso.

También pone de manifiesto la doctrina que la agravante por razón de género se fundamenta, precisamente, en la discriminación que sufre la mujer en atención al género, y ello con independencia de la existencia o no de una relación de pareja entre la víctima y el sujeto activo. Por su parte, la agravante de parentesco se asienta en

el menosprecio a los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones familiares o de afectividad, presentes o pretéritas.

Así resulta del Convenio de Estambul que fue ratificado en Instrumento publicado en el BOE en fecha 6 de junio de 2014, y, por ello, formando parte de nuestro derecho interno de aplicación al caso concreto. Vemos:

a.- *Violencia contra las mujeres*: Debe destacarse que el art. 3, a) del Convenio de Estambul señala que *"Por 'violencia contra las mujeres' se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada"*.

b.- *Violencia contra la mujer por razón de género*. En el art. 3 c) se recoge que *Por "violencia contra la mujer por razones de género" se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*.

c.- *Sanción de los tipos penales*. Construido el citado Convenio en razón a la violencia que se ejerce sobre las mujeres debemos destacar, y es clave para ello, el art. 43 del Convenio que señala que *los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito*.

En consecuencia, el fundamento de la agravante se ubica en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo y en actos que implican, o llevan consigo, actos que evidencian un objetivo y fin de sentirse superior a la misma entendemos que no puede existir una exclusión por la circunstancia de que entre el sujeto activo y pasivo del delito no exista una previa relación sentimental, tanto actual o pasada. Porque el ilícito penal que se cometa se asienta sobre la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo, y en

este supuesto, diferencia por razón de ser la víctima mujer, pero sin el aditamento de que sea pareja del agresor, o su ex pareja, sino esencial y únicamente por ser mujer, y en el entendimiento para el agresor de la necesidad de sumisión y obediencia, que lleva a sentir a la víctima ser una pertenencia o posesión en ese momento del agresor, llegando a desconocerse las condiciones de igualdad que entre todos los seres humanos debe darse y presidir las acciones de los unos para con los otros. Con ello, a los elementos ya expuestos de dominación y machismo en el acto ilícito penal añadimos el de la **desigualdad** en los actos que lleva consigo el sujeto activo del delito sobre su víctima.

Con la inclusión de esta agravante, se amplía la protección de los derechos de las mujeres frente a la criminalidad basada en razones de género. Esto es, delitos que se agravan por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad y dominación del hombre sobre la mujer.

Naturalmente, no puede aplicarse la agravante de género ni la circunstancia mixta de parentesco como agravante respecto de aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos 148.4º, 153.1, 171.4, 172.2, pues en otro caso estaríamos vulnerando la prohibición *non bis in idem*.

En suma, y como dice la doctrina más autorizada, la agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad. Por el contrario, la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23

del Código Penal responde a parámetros objetivables relacionados directa o indirectamente con la convivencia.

Es por ello que responden a fundamentos distintos y pueden aplicarse de manera conjunta respecto de un mismo supuesto, siempre que en el relato fáctico de la Sentencia se hagan constar los hechos que dan lugar a la aplicación de una y otra.

Cumpliendo estos elementos en el caso de autos, este reproche casacional no pueden prosperar, afirmando la compatibilidad, en este caso, de ambas circunstancias agravantes.

NOVENO.- Procediendo la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a la parte recurrente por imperativo legal (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO



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

1º.- Declarar NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación legal del encausado **DON Epifanio** contra Sentencia 211/18, de 19 de marzo de 2018 de la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

2º.- CONDENAR a dicho recurrente la pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- COMUNICAR la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Alberto Jorge Barreiro Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina