AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA
ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA
Sección / Sekzioa: 2ª/2.

COLEGIO DE PROCURADORES
Recepcionado día anterior
- NOTIFICACIÓN -

11 MAYO 2010

Avenida AVENIDA GASTEIZ 18,2ª planta,VITORIA-GASTEIZ / AVENIDA GASTEIZ Hiribidea 18,2ª
planta,VITORIA-GASTEIZ
Tel.: 945-004821
Fax / Faxe: 945-004820

N.I.G. //ZO : 01.02.1-08/016699
Rollo penal / Penaleko erroilua 14/2009 - E
Atestado nº / Atestatu zk.: AJ/114/08 - AJ/114/08 - AJ/114/08
Hecho denunciado / Salatutako egitatea: VIOLENCIA DE GENERO /

O.Judicial origen / Jatorriko epaitegia: Juzgado Violencia sobre Mujer
Procedimiento / Prozedura: Sumario / 1/2009

Contra / Noren aurka:
Procurador/a / Prokuradorea:
Abogado/a / Abokatua:

Acusación particular / Akusazio partikularra:

Abogado/Abokatua:
Procurador/a:

Acusación Popular:

Abogado/a / Abokatua:

MINISTERIO FISCAL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, compuesta por los Ilmos. Sres. D. Jesús María Medrano Durán, Presidente, y D. Jaime Tapia Parreño y D. Jesús Alfonso Ponce García, Magistrados, ha dictado el día veintidós de abril de dos mil nueve, la siguiente

SENTENCIA Nº 155/10

Visto ante esta Audiencia Provincial el presente Sumario nº 1/09, Rollo de Sala nº 14/09, procedente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Vitoria, seguido por un delito de homicidio, asesinato y maltrato familiar, contra
con D.N.I. natural y vecino de Baños de
Ebro-Alava, de nacionalidad española, nacido el día
con instrucción, viudo, sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta

causa, de la que esta privado desde el día 29.04.09, defendido por el Letrado
y representado por la Procuradora D^a. María Boulandier Frade; y como
acusación particular
defendidos por la Letrada
representados por la Procuradora ; y como Acción Popular
se presentan ASOCIACIÓN CLARA CAMPOAMOR, y la ABOGACÍA DEL
ESTADO asistidos por los Letrados D.
respectivamente, y representado por el Procurador D. habiendo
participado parte el Ministerio Fiscal y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por atestado de la Ertzaintza de Laguardia, se dictó auto de
actuación de diligencias previas con fecha 15.08.08, por un presunto delito de homicidio
y maltrato familiar. Con fecha 29.04.09 se dictó auto de transformación en sumario y con
fecha 08.05.09 se dictó auto de conclusión del sumario.

SEGUNDO. En el acto del juicio oral, el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus
conclusiones provisionales, calificando los hechos como constitutivos de:

- A) Un delito de homicidio del art. 138 CP.
- B) Un delito de maltrato físico y psíquico continuado en el ámbito de la violencia
de género del art 173.2 CP

De los anteriores delitos es responsable el acusado en concepto de autor por su
intervención directa, material y voluntaria en los hechos (art 28 CP).

Concurre la circunstancia mixta del art 23 CP en sentido agravatorio, respecto del
delito de homicidio y la circunstancia atenuante del art. 20. 1, 21.1 y 6 respecto de
ambos delitos.

Procede imponer al acusado las penas siguientes:

- A) Por el delito de homicidio consumado del arts 138, la pena de 15 años de
prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena.
- B) Por el delito de maltrato continuado en el ámbito de la violencia de género del
art 173.2, párrafo segundo del CP, la pena de 2 años, 4 meses y 1 día de prisión, con la
accesoria de inhabilitación para el sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y
privación del derecho a tenencia y porte de armas durante 4 años.

Asímiso, se interesa el decomiso del cuchillo incautado como instrumento del
delito conforme art 127 CP.

El acusado abonará las costas del juicio.

El acusado abonará a los familiares, hijos de de
en concepto de responsabilidad civil el importe de 16.666,66 euros a Juan Ramón
16.666,66 euros a y 16.666,66 euros a
Ana Isabel Martínez Angulo, tales importes devengarán, en su caso, el interés procesal del
art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.- La Acusación Particular elevó a definitivas las del Ministerio Fiscal, si bien añade a la 5ª "así mismo procede imponer al acusado de conformidad con los Arts. 57 y 48 del Código Penal, la prohibición de acudir y residir en Baños de Ebro por período de 30 años que se cumplirá después de concluir la pena privativa de libertad y durante los eventuales permisos penitenciarios que pudiera disfrutar. Además procede imponer al acusado la prohibición de acudir y residir en los lugares donde tengan los domicilios cada uno de sus hijos, así como respecto de su cónyuges, parejas, hijos y descendientes por período de 30 años, así como imponer al acusado la prohibición de acercarse a menos de 500 metros a sus hijos [los cónyuges o parejas respectivas, hijos y descendientes en cualquier lugar en que se hayan por periodos de 30 años", solicitando también la condena en costas, incluidas las de la acusación particular.

CUARTO.- La Acusación Particular y la Acusación Popular elevaron a definitivas las del Ministerio Fiscal.

QUINTO.- La Defensa en el acto de la vista modificó en la vista sus conclusiones provisionales en el sentido de modificar la 4ª : subsidiariamente, retira la eximente completa, manteniendo la incompleta y la subsidiaria. Retira la atenuante a) y mantiene la b) como analógica y la c). La 5ª: se suprime del primer párrafo, manteniendo las demás. El resto las eleva a definitivas, aclarando el Ministerio Fiscal que aplica la atenuante simple analógica.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El acusado [redacted] contrajo matrimonio con Dª. [redacted] hacia cuarenta y siete años, tuvieron tres hijos comunes, Dª. [redacted] mantuvieron una relación de convivencia marital.

Al menos desde 1997 y hasta el fallecimiento de Dª. [redacted] el acusado, hombre de carácter autoritario, ejerció conductas de control y posesión sobre su esposa, mujer de personalidad sumisa y retraída. Con ocasionales amenazas, recriminaciones constantes, actos de represalia de naturaleza emocional y vigilancia de sus movimientos, consiguió

limitar las salidas de la víctima a la calle, reducir sus relaciones sociales y condicionar de un modo importante las relaciones familiares con hermanas, cuñados y demás parientes de ella. Tales actos los realizaba el acusado, básicamente, en el domicilio común, sito en la

Entre los mismos cabe citar reproches porque ella no le quería más, recriminaciones por tratar con determinadas personas, retirarle temporalmente las cartillas de las bancarias que ella guardaba, impedirle dormir con el volumen de la radio, portazos o con ruido de desplazamiento de mobiliario, amenazas de matarla o de matarse si le dejaba, acusación por él de ciertas tareas domésticas, como las compras diarias, para evitar que ella saliera y prohibición de acudir a determinados lugares, como a las clases impartidas para la tercera edad.

Dichos actos respondían, no sólo a su carácter autoritario, sino también a un patrón de ideas machistas sobre el papel de la mujer en el matrimonio y a un sentimiento de celos de origen delirante y naturaleza patológica.

De esta manera, creó un estado de dominación sobre la vida cotidiana de D^a. y de tensión en el ambiente familiar que provocaba en ella un grave sufrimiento emocional, manifestado en llantos, tristeza, abatimiento y temor, tanto por lo que pudiera hacerle, como por lo que pudiera hacerse su marido si contrariaba sus deseos.

SEGUNDO.- Las actitudes de sometimiento y control sobre la víctima se intensificaban a la llegada del verano, época en que, con motivo del buen tiempo, D^a. salía más a la calle y venía al pueblo de su hermana el marido de ésta, persona por la que el acusado sentía celos desde hacía años.

En concreto, en el verano de 2008 D^a. presentaba un estado físico desmejorado, se mostraba más abatida y triste.

El jueves día 14 de agosto de 2008, por la tarde, D^a alió a visitar a su hermana D^a. y a su cuñado, que pasaban el verano en la casa colindante. Al día siguiente, 15 de agosto, sobre las 8:15 horas, el acusado bajó a desayunar y entró en el cuarto de baño. Estando allí, oyó que su esposa había bajado también y estaba en la cocina, no habiendo pasado a darle los buenos días. Fue allí y, en algún momento, el acusado cogió un cuchillo de cocina de hoja monocortante y catorce centímetros de filo y, con intención de matar a su esposa, la atacó de frente, infligiéndole diversos cortes y puñaladas, que, conforme al informe de autopsia, se detallan a continuación:

-herida número 1: amplia herida incisa a nivel de la cara anterior y media del cuello, dispuesta en posición horizontal (perpendicular en relación al eje mayor del cuerpo), herida de degüello, y dimensión de unos 9,5 por 4 centímetros de longitud en superficie, con un borde ligeramente más agudo en la zona izquierda y ligeramente más

como en la región derecha del cuerpo.

.-herida número 2: herida inciso-punzante a nivel de la cara anterior del cuello en su zona media izquierda, dispuesta en paralelo en relación a la herida número 1 e inmediatamente por debajo de ésta (a un centímetro por debajo de la misma), con unas dimensiones de un centímetro y medio en superficie y escasa profundidad.

.-herida número 3: herida inciso-punzante a nivel torácico superior anterior y derecho (por encima de la mama derecha), dispuesta en posición oblicua en relación al eje mayor del cuerpo (con un ángulo respecto al mismo de unos cuarenta y cinco grados), y dimensión de unos 2,5 centímetros de longitud en superficie y con ambos bordes agudos. Quedan situados los bordes de dicha herida a una distancia de 11 y 11,5 centímetros respectivamente de la línea media esternal.

.-herida número 4: herida inciso-punzante a nivel areolar de mama derecha (región torácica superior anterior y derecha), dispuesta en posición casi horizontal (perpendicular al eje mayor del cuerpo y desviada unos diez-quinze grados en relación al mismo), y dimensión de un centímetro y medio de longitud en superficie, con ambos bordes agudos. Quedan situados los bordes de dicha herida a una distancia de 18,5 y 19,5 centímetros respectivamente de la línea media esternal.

.-herida número 5: herida puntiforme a nivel infraclavicular izquierdo (región torácica superior anterior e izquierda), con unas dimensiones de unos tres milímetros de longitud en superficie y escasa profundidad.

.-herida número 6: herida inciso-punzante a nivel torácico superior anterior e izquierdo (por encima de mama izquierda), dispuesta en posición oblicua en relación al eje mayor del cuerpo (con un ángulo de unos cuarenta y cinco grados), y dimensión de unos 2,5 centímetros de longitud en superficie y con ambos bordes agudos. Quedan situados los bordes de dicha herida a una distancia de 11 y 10,5 centímetros respectivamente de la línea media esternal.

Además de las anteriores, le causó otras lesiones de carácter traumático:

I.- región facial:

.-erosión lineal de medio centímetro en región media y anterior del mentón.

II.- extremidad superior derecha: mano derecha

.-a nivel del primer dedo (pulgar): herida incisa en "L" de dos centímetros por medio centímetro y otra herida incisa de un centímetro con afectación del pulpejo de dicho dedo.

..herida incisa en "L" de dos por tres centímetros a nivel de la región tenar de la mano derecha.

..herida incisa de tres centímetros en tercio medio del borde cubital de la mano derecha. Inmediatamente por encima de ésta herida presenta otra herida incisa de unos 2,7 centímetros de características similares a la anterior.

..herida incisa de 1,8 centímetros en cara dorsal del pliegue interfalángico entre el primer y segundo dedos.

III.- extremidad superior izquierda: mano izquierda

..a nivel del primer dedo (pulgares): herida incisa de 3,5 centímetros a nivel del pliegue interfalángico. Otra herida incisa en "L" de 4 por 2,2 centímetros a nivel del pliegue interfalángico entre el primer y segundo dedos, herida amplia y profunda con sección tendinosa.

..tercer dedo: herida incisa en "C" de tres centímetros a nivel de la cara palmar de dicho dedo con extensión al pulpejo y destrozo local del mismo. Otra herida incisa de 2,3 centímetros a nivel de la base de la articulación metacarpofalángica de dicho dedo.

..cuarto dedo: herida incisa de 2,3 centímetros a nivel de la base de dicho dedo, herida incisa de 2 centímetros a nivel de la articulación interfalángica proximal, herida incisa de 2,5 centímetros a nivel interfalángica distal, herida incisa oval de unos 3,2 centímetros de diámetro a nivel del pulpejo de dicho dedo con sección tendinosa local.

..quinto dedo: herida incisa de 2 centímetros a nivel del borde cubital de dicho dedo en su región media, otra herida incisa de 3,2 centímetros a nivel de la articulación interfalángica distal.

..herida incisa en "L" de 2,5 por 3 centímetros a nivel de la región hipotenar de la mano izquierda y otra herida incisa de 2 centímetros a nivel de la apófisis estiloides del carpo izquierdo.

De las veintidós referidas heridas, dieciséis eran de naturaleza defensiva, doce en su mano y cuatro en otra, y seis de carácter ofensivo, tres de las cuales eran mortales, una herida de degüello (señalada con el nº 1) y dos en el hemitórax derecho (señaladas con los nº 3 y 4), infligidas de derecha a izquierda del cuerpo de la víctima, aunque no fueron las primeras en causarse.

Como consecuencia de las mismas, murió D^a.

TERCERO.- En torno a las 9:29 horas, Cristóbal Martínez llamó por teléfono al domicilio de su hija D^a. y le atendió su yerno D. , a quien le dijo, con voz y tono normales, que "Estibaliz está muerta y yo me estoy muriendo". En momento anterior y/o posterior a dicha llamada, el acusado se asustó varias puñaladas y cortes con el cuchillo con intención de acabar con su vida, lo que no logró, por la entidad de las lesiones y por la intervención y entrada en la vivienda

de agentes de policía y sanitarios.

CUARTO.- ha sido diagnosticado de trastorno de personalidad paranoide, celotipia. Desde el mes de septiembre de 1999 y hasta noviembre de 2005 siguió tratamiento psiquiátrico en el Centro de Salud Mental de Leza, con administración de antipsicóticos en algunas temporadas. A partir de la última fecha referida, siguió tratamiento con su médico de Atención Primaria, con administración de tranquilizantes (Lexatin) a demanda de sus ocasionales necesidades. En todo caso, el seguimiento del tratamiento farmacológico fue irregular y el paciente tomaba la medicación según sus deseos, con escasa conciencia de enfermedad.

Dicha enfermedad mental causaba una distorsión cognitiva, que afectaba a su voluntad, de modo que, al momento de atacar a la víctima, sus facultades volitiva y cognitiva se encontraban considerablemente disminuidas, pero no anuladas, conservando cierta capacidad de discernimiento.

QUINTO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer dictó auto de procesamiento el 29 de abril de 2009, resolución en la que se requería a para la prestación de fianza por importe de 57.438,92 euros, a fin de asegurar las responsabilidades pecuniarias.

El 19 de junio de 2009 el acusado consignó dicha cantidad en la cuenta de este Tribunal, en concepto de "fianza responsabilidad civil", según figura en el correspondiente extracto.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Los hechos declarados probados en el apartado primero del relato precedente son constitutivos de un delito de maltrato psíquico habitual en el ámbito de la violencia de género, penado en el artículo 173.2 del Código Penal, con la agravación específica de cometerse en el domicilio común (párrafo 2º de la citada norma).

La prueba del mismo es abundante y la primera, en términos cronológicos, es la documental consistente en la historia clínica psiquiátrica del acusado (folios 307 a 322). Allí, en 1999, ya se diagnosticó un "trastorno celotípico" con ideas centradas en el cuñado, y queda constancia de que "ha habido amenazas de muerte", del tipo "si me entero que está enamorada le he dicho que la mato"; que "su esposa se ha apuntado a talleres de la 3º edad, y ya se mostró celoso por el profesor, recriminándole a su esposa que se arreglaba, iba a la peluquería por él". Dª. contó entonces que "desde hace 2-3 a. no la deja vivir, ha llegado a tener miedo por su integridad física", y el médico apreció en ella "tristeza, abatimiento, rostro triste, ojeras, lloro frecuente". También se reseña que el acusado "piensa que su mujer atiende más a otros, le ha restringido las

salidas", " reivindica que le deje hacer por ella misma y no le planifique"; " ha marcado unas pautas alotópicas a su esposa", "dice que todo va mejor, pero es a costa de que su esposa no frecuente ni a su cuñado ni a sus hermanas y no salga apenas a la calle". Los informes revelan , además, las reticencias a la toma de medicación, la escasa conciencia de enfermedad y la culpabilización a la mujer.

Siguió después tratamiento con el médico de cabecera, quien ha declarado en el plenario que el acusado mostraba actitudes machistas, de control y posesión, y que veía mucho sufrimiento psicológico en lloraba, estaba afligida y se sentía controlada, privada de sus relaciones sociales. Cree que la víctima le tenía miedo.

Las actitudes controladoras, posesivas, autoritarias y machistas del acusado hacia su mujer, los actos en que tales actitudes se materializaban y que han quedado expuestos en el apartado primero del relato de hechos probados, así como el caracter sumiso y retraído de la víctima y su sufrimiento emocional por la conducta del marido, han sido acreditados de manera uniforme y reiterada por las pruebas testificales de (sobrino),

(hijas),
(sobrina),
hermana de la difunta) y g 'cuñada y
parcial, por el testimonio de D. e incluso , de manera
1 (hermano del acusado).
Declaraciones todas ellas depuestas en la fase de instrucción y reiteradas en el juicio oral,
que merecen plena credibilidad.

El carácter reservado de Dª. la idea de no dar que hablar en el pueblo y de no preocupar a la familia, hicieron que el conflicto no fuera percibido en toda su gravedad por el entorno, pero en los últimos años, al tiempo que el problema se agudizaba, ella era más explícita en sus confesiones, su sufrimiento psicológico más evidente y mayor la tensión en el ambiente familiar, según nos informan , de una u otra manera , casi todos los testigos citados.

El acusado creó una situación de sometimiento de la mujer, que se veía coartada en sus movimientos y cohibida en sus relaciones, con actos llevados a cabo, principalmente, " de puertas para dentro", en la intimidad del hogar familiar, lo que le permitió conservar en la localidad una alta consideración social, como, de igual modo, nos han informado algunos testigos.

Por tanto, la prueba de cargo es abundante, sólo contradicha por la declaración exculpatoria del acusado, y no ofrece dudas acerca de la concurrencia de todos los elementos del tipo penal; ni sobre la relación conyugal (no debatida), ni sobre la consideración de violencia psíquica de las recriminaciones, amenazas, represalias y restricciones de movimientos y contactos personales, ni sobre la habitualidad de dichos

actos (extendidos a lo largo de, al menos, diez años), ni sobre el dolo del autor (movido por un ánimo de control y dominación de su mujer), ni sobre la agravación específica de cometerse el delito en el domicilio común.

En pocos supuestos se apreciará con más claridad la vulneración del bien jurídico protegido por la norma, identificado por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2006 como *"la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un macrocosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja"*.

SEGUNDO.- Respecto de la muerte de D^a. hay poca discusión. El acusado reconoce que la mató y su defensa letrada admite el homicidio. Los detalles del acto los conoce él, pero ha ido variando sus declaraciones hasta negar el recuerdo en el juicio oral. Sin embargo, ha sido constante al afirmar que todo empezó cuando, estando los dos en la cocina, la esposa se levantó de la silla y, armada con el cuchillo, se fue hacia él para atacarle.

La asimilación del trabajo del juez en la "quaestio facti" a la labor del historiador, que ha sido estudiada con cierta frecuencia (v.gr. P. Calamandrei), nos permite emplear un criterio habitual en las investigaciones historiográficas, el de la credibilidad contextual. Se trata de un criterio que desempeña una función negativa, de modo que no se aplica para descubrir lo que sucedió, sino para descartar lo que no sucedió, por contradecir las demás fuentes de información respecto al acontecimiento, los intervinientes, su entorno y los antecedentes.

En la vieja retórica, la que empleaban los "rhetores" de la antigua Roma para ejercer la abogacía, se empleaba un esquema de exposición que nos puede servir, siguiendo la guía del "Pro Milone" de Marco Tulio Cicerón. Así, encontramos primeramente el argumento "probabile ex causa", cuajado en el proverbio "cui bono fuerit" para descubrir los móviles de la agresión. La desconfianza, los celos, los reproches, las recriminaciones existían, dentro del matrimonio, en una sola dirección; la esposa no ganaba nada agrediendo al acusado, el acusado castigaba la culpa que le atribuía a ella. El argumento "probabile ex vita" aparece claro, el carácter de los intervinientes y sus antecedentes no apunta a D^a. como agresora, sino como víctima. La personalidad sumisa de ella y la autoritaria y posesiva de él, unida a la pasada verbalización de una amenaza de muerte descartan la iniciativa violenta que el acusado atribuye a su cónyuge. El argumento "probabile ex factis", conocido también por los retóricos con los nombres de "indices" o "signa", y con los que se trataba las circunstancias del suceso, tampoco apoya la veracidad del hecho relatado por el acusado, ya que de sus declaraciones derivan, al mismo tiempo, una serie continuada de "provocaciones" de su mujer (visita al cuñado la tarde anterior, le dice al marido que se

lo pasa mejor con él, no le da los buenos días por la mañana), pero no hay ninguna causa que provoque la extraña e intempestiva reacción agresiva de D^a. que nos cuenta aquél. Finalmente, el argumento "probabile ex consequentibus", o sea, sobre la conducta de ambos tras la supuesta agresión de la mujer, demuestra que no existió, ya que todas las heridas de él fueron auto-infligidas y las de ella revelan que no empuñaba el cuchillo.

Por tanto, la iniciativa fue del acusado y de la intención homicida de su ataque no cabe dudar.

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha señalado que, salvo en los pocos casos en que el acusado reconoce su voluntad, tal ánimo se ha de descubrir o constatar a través de los actos antecedentes, coetáneos y posteriores.

Como ejemplo de esta jurisprudencia puede citarse la S 1427/98, de 23 de noviembre, de la Sala 2^a, según la cual el Alto Tribunal *"partiendo de la dificultad que ofrece la naturaleza psíquica e interna de tal elemento, opera sobre la consideración de todas las circunstancias objetivas y subjetivas, antecedentes, concomitantes e, incluso, subsiguientes a la acción, destacando aquellos signos reveladores de la voluntad criminal que aparecen en este tipo de delitos como más gráficamente expresivos de aquélla, tales son las relaciones existentes entre agresor y víctima, circunstancias desencadenantes de la acción, idoneidad de medios empleados para realizar la agresión, intensidad del ataque, dirección de los golpes, partes del cuerpo lesionadas, expresiones vertidas, naturaleza y localización de las heridas causadas, etc."*

En la misma línea, la Sentencia de la Sala 2 núm. 1843/1999, de 23 de diciembre, resume esta jurisprudencia que venía estableciendo como puntos de referencia para determinar la existencia de ánimo homicida, las circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores a la realización del hecho, entre las que señalaba, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes:

- a) Relaciones existentes entre el autor y la víctima;
- b) Personalidades respectivas del agresor y del agredido.
- c) Actitudes o incidencias observadas y acaecidas en los momentos precedentes al hecho, con especial significación de la existencia de amenazas.
- d) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del autor tras la perpetración del hecho criminal.
- e) Condiciones de espacio, tiempo y lugar.
- f) Características del arma e idoneidad para lesionar o matar.
- g) Lugar o zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital.
- h) Insistencia o reiteración en los actos agresivos.
- i) Conducta posterior del autor.

Tales máximas de experiencia apuntan a la concurrencia del "animus necandi", del que, por otro lado, no se hace debate. Basta decir que D^a. nurió degollada

(véase la fotografía al folio 220) y que la lista de lesiones habla por sí sola (en número y localización), como lo hacen las características del arma. Nada de todo ello habría sido resultado de un forcejeo por la posesión del cuchillo, como inicialmente manifestó el acusado.

TERCERO.- Donde sí hay controversia es en la concurrencia de la alevosía, de la que depende la calificación del hecho como homicidio (tesis del Ministerio Fiscal y de la defensa) o como asesinato (tesis de la acusación particular y de las dos acusaciones populares).

Al efecto, conviene empezar con un recordatorio de jurisprudencia, por lo que hacemos cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2006, que en los siguientes términos argumentaba:

"Esta Sala (STS. 24.4.2000), viene aplicando el concepto de alevosía a todos aquellos supuestos en que por el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo, resaltando en sentencia 24.1.92, un plus de antijuricidad y culpabilidad y reconociendo y afirmando en sentencia 30.6.93 que si bien en las últimas décadas, como se recogió en sentencia 19.1.91, era suficiente para la apreciación de la circunstancia con que la conducta fue objetivamente alevosa, lo cual entrañaba el plus de antijuricidad consistente en la utilización de medios, modos o formas de ejecución tendente a lograrla sin riesgo para el infractor procedente de la defensa del ofendido, pasó después la doctrina de esta Sala, a una etapa de transición en que, sin desconocer la naturaleza objetiva de la alevosía, se destacan y precisan en ellas aspectos subjetivos, principalmente para evitar su confusión con la circunstancia de premeditación.

Por ello, este Tribunal exige el plus de culpabilidad, precisando una previa escogitación o selección de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuente a lo proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que

dota a la acción de una mayor antijuricidad (S.TS. 9.3.93), denotando "de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal (S.TS. 2.10.95), de modo que:

"Al lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad" (sTS 16.10.96) lo que conduce a su consideración como mixta (sTS 28.12.2000 con cita de la SSTS. 11.5.94, 21.2.95, 9.6.98. En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos insitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001 de 13.2).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

- 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 "sorpresiva", 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 dificilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

c) Alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un animo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo)".

En el caso que nos ocupa, debemos descartar, en primer lugar, la alevosía proditoria que en su informe final expuso el letrado de la Asociación Clara Campoamor, puesto que constituye una aventurada relación de especulaciones sobre lo que pensó, quiso e hizo el acusado para planificar la muerte de su mujer, y, además, porque nada de todo ello integra los hechos de la acusación, que poco antes había elevado a definitivas.

De acuerdo con tales hechos, es la alevosía sorpresiva la que se atribuye al acusado ("de forma imprevista, fulgurante y repentina, sin esperárselo la víctima", dicen los escritos de acusación). Como no hubo testigos presenciales de la agresión, debemos valorar los indicios que nos aportan ciertos hechos probados. Que la vivienda tuviera la puerta cerrada y las persianas bajadas poca o ninguna relación guarda con ello y parece lógico que así estuvieran en una casa habitada por un matrimonio de edad avanzada, a primera hora de la mañana. Las limitaciones a una posible fuga o petición de auxilio por parte de la víctima, que tales circunstancias podrían entrañar y de las que cabría argüir que el acusado, si no las buscó, al menos se sirvió de ellas, carecen de relevancia en un ataque imprevisto y sorpresivo, y, en el presente caso, no consta que influyeran en la capacidad de defensa de D^a. , a la que nadie atribuye que intentara huir o buscara el socorro de terceros.

El principal apoyo de la tesis del asesinato es el orden en el mobiliario apreciado por los agentes de la Policía Autónoma Vasca que acudieron al lugar y accedieron, forzando la puerta del inmueble. No nos referimos al orden en toda la casa, al que a veces se referían las acusaciones, sino al que se veía en la estancia donde sucedió todo, la cocina. El agente nº 11054 detalló en el atestado y ratificó en el plenario que había una mesa y encima un tazón de leche con pan ("sopas"), un vaso de cristal y una pastilla, nada de todo lo cual estaba movido o caído, que no había señales de forcejeo en el mobiliario de la cocina; en igual sentido declararon los agentes nº 13376 y 01516. Ahora bien, si apreciamos las fotografías obrantes a los folios 219 y 225 y el croquis del folio 227 (del informe de la inspección ocular emitido por la Ertzaintza), comprobamos que entre la citada mesa y la esquina en que quedó el cuerpo de la interfecta hay un

espacio donde pudo desarrollarse un forcejeo con el agresor sin afectar a los muebles de la cocina. El indicio no es concluyente.

Sí lo es el dictamen médico-forense sobre las heridas.

Veintidós heridas en total, dieciseis de carácter defensivo, en las manos, provocadas en el intento de agarrar el cuchillo, siquiera por la hoja. Las seis de naturaleza ofensiva revelan que víctima y agresor estaban frente a frente, las tres heridas mortales causadas de derecha a izquierda del cadáver, como propias de un homicida diestro enfrentado a la víctima. Aclararon los forenses que el empleo de las manos para detener los golpes probablemente permitieron que fueran menos graves las otras tres heridas ofensivas y que si las mortales hubieran sido las primeras en causarse, habrían sido menos las de carácter defensivo.

Así pues, el acusado no actuó con sorpresa que impidiera la defensa de la mujer, quien se encontraba de pie, frente a él, e interpuso las manos para tratar de parar las cuchilladas y coger el arma. No sabemos lo que hablaron o si hablaron, ni cómo empezó la agresión y cuál era la situación de cada uno cuando eso sucedió, pero la prueba de cargo sobre la realidad de un ataque alevoso es claramente insuficiente, las pruebas apuntan en sentido contrario y, en todo caso, procede aplicar sobre este extremo la regla "in dubio pro reo".

Por consiguiente, el hecho ha de calificarse de homicidio conforme al artículo 138 del Código Penal, del que es responsable como autor, al igual que del delito precedentemente tratado, (art. 28 Cp.).

CUARTO.- En cuanto a las genéricas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las acusaciones estiman concurrente la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, en sentido agravatorio, obviamente referida al homicidio y no al maltrato psíquico habitual en el ámbito doméstico.

Sobre esta circunstancia, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2007 hacía la siguiente exposición doctrinal:

"Es indudable que el carácter mixto del parentesco se erige como principal elemento de distorsión de la circunstancia, pues resulta contradictorio derivar, sin más, de una relación interpersonal, efectos antagónicos.

Los términos naturaleza, motivos y efectos a que alude el art. 23, como determinantes del carácter atenuatorio o agravatorio de la circunstancia, constituyen la referencia del Tribunal para dilucidar si la circunstancia de parentesco supone un cambio de valor o de gravedad del comportamiento.

a) *Por naturaleza del delito debe entenderse la índole de la infracción perpetrada, en*

atención al bien jurídico que protege.

b) Por efectos las consecuencias derivadas de la manifestación volitiva integrante del respectivo hecho criminal, constituyendo una noción más amplia que la de resultados.

c) Los motivos son equivalentes a los móviles que impulsan al sujeto a actuar de modo antijurídico.

Conforme a esa conceptualización la jurisprudencia ha introducido unos criterios generales en razón del delito cometido o bien jurídico lesionado: la circunstancia actuará como agravante en delitos contra las personas y libertad sexual y como atenuante en los delitos patrimoniales y contra el honor. En delitos patrimoniales tendrá poco juego por la excusa absolutoria de sustracciones no violentas entre parientes (art. 268 C.P.).

El carácter agravatorio del parentesco en delitos contra las personas ha tenido excepciones en nuestra legislación. Así el delito de infanticidio y el de producción de lesiones a un pariente para liberarse del servicio militar les reconoció el Código Penal derogado efectos lenitivos.

Junto al criterio general se usa el criterio particular de la permanencia o ruptura de la relación de afectividad, que actúa como elemento corrector del mismo. En ocasiones funcionando como agravatoria, en delitos contra las personas, puede convertirse en atenuante, como en el caso de ruptura del vínculo inicial por rencillas familiares o intereses contrapuestos, cuando la ruptura ha generado un ambiente enrarecido entre los parientes; o también las hipótesis en que se apoya a la madre frente a otro pariente próximo.

En otros casos la ruptura de la relación familiar hace irrelevante la relación parental (ni agrava ni atenúa), como puede ser:

- 1) Cuando la víctima provoca el delito.*
- 2) Cuando la relación afectiva se ha transformado, desapareciendo la comunidad de intereses, sustituyéndose por la enemistad y el distanciamiento.*
- 3) Cuando en las relaciones familiares surgen intereses controvertidos o contrapuestos, etc.*

3. Resulta interesante destacar la naturaleza e incidencia del parentesco sobre la responsabilidad criminal. En este sentido la función de la familia como pilar social requería la implicación del derecho penal, en aras a reconocer o intensificar la protección de ese reducto de sentimientos, intimidades y especial respeto y ayuda que debe reinar entre sus miembros, en razón a que era perfectamente exigible que dichos miembros no se comportaran como si fueran extraños.

Entre la incidencia de la circunstancia en el injusto o la culpabilidad del delito en que deba aplicarse, la doctrina científica, en este punto dividida, parece inclinarse por la

última de las alternativas, de modo que el parentesco debe considerarse como un elemento graduacional de la pena de carácter objetivo, basado en un sistema de presunciones, que afectan a la culpabilidad del sujeto. Para que la circunstancia pueda operar es preciso:

- a) Que se dé la relación parental o asimilada a que se refiere el precepto.
- b) Que el sujeto activo sea consciente de su concurrencia.
- c) Que realmente en la relación parental o asimilada medie un mínimo de afectividad, respeto y consideración propios del vínculo o la situación, pues lo que importa no es la concurrencia formal, sino la realidad subyacente: afectividad o conciencia de la vinculación afectiva.

Esta última nota deberá ser matizada en los casos de vínculo matrimonial o uniones de hecho asimiladas, dada la objetivación del lazo parental ("ser o haber sido") consecuencia de la reforma operada por L. O. núm. 11 de 29-09-2003".

En el caso que nos ocupa es perfectamente comprobable que concurren las circunstancias referidas. El acusado era consciente de que mataba a su mujer, una persona a la que le unía el vínculo conyugal y con la que convivía. El fundamento agravatorio es el mayor nivel de exigencia en el comportamiento, nacida de la comunidad de afectos y sentimientos que debe reinar en la institución familiar. El Derecho penal no atribuye igual grado de reproche al hecho de privar de la vida a un extraño que a la propia esposa.

QUINTO.- Respecto a las circunstancias genéricas alegadas por la defensa, renunció en el trámite de conclusiones definitivas a la eximente completa del artículo 20.1 del Código Penal, elevando a principal la petición de una eximente incompleta de los artículos 20.1º y 21.1º, y, subsidiariamente, defendió una circunstancia atenuante analógica en relación con dichos preceptos, en lo que sí encuentra el apoyo del Ministerio Fiscal.

El acusado está diagnosticado de "trastorno de personalidad paranoide, celotipia" (folio 90), diagnóstico que aclaró el Dr. [redacted], al señalar que no se trata de una paranoia, sino de una base de personalidad paranoide de larga evolución, exacerbada en los días previos al suceso, con una distorsión cognitiva mayor de lo habitual. No sufría un cuadro psicótico, dijo, pero sí constituye una enfermedad mental. El Médico Forense Dr. [redacted] dictaminó que presentaba "un cuadro compatible con un trastorno de ideas delirantes: celotipia (delirio de celos o infidelidad)" (folios 540 y 541). Ambos señalaron que suponía una merma de sus facultades volitiva y cognitiva, pero que las mismas no quedaban anuladas, conservaba capacidad de discernimiento.

En la redacción del vigente Código, los trastornos de la personalidad pueden ser considerados dentro del ámbito del artículo 20.1º, ya que no exige exactamente una enfermedad mental, sino una anomalía psíquica, categoría en la que cabe incluirlos sin dificultad, pero su relevancia en la imputabilidad no responde a una regla general, " es

necesario atender a sus características y a las peculiaridades del hecho imputado para precisar sus concretos efectos " (S.TS. 23-diciembre-2002).

"Debe de tenerse en cuenta al efecto que los trastornos mentales incluidos en la categoría de trastornos de la personalidad se han denominado también psicopatías, y la jurisprudencia (SS de 5-5-95, 23-11-1996, 22-2-97, 23-3-98, 19-1-00, 7-5-01 y 15-5-01-01, 3-12-2002, 22-10-2003) entiende, de conformidad con la doctrina psiquiátrica y con la Novena revisión de la calificación de las enfermedades mentales elaborada por la O.M.S. que las psicopatías constituyen desequilibrios caracterológicos e integran enfermedades mentales de carácter endógeno, originadoras de trastornos de temperamento, de conducta y de la afectividad, con merma sensible de esta, y que merecen en principio una atenuación de la pena. Consiste en deficiencias psicológicas que, sin constituir una psicosis, afectan a la organización y cohesión de la personalidad y a su equilibrio emocional y volitivo. Son desviaciones anormales del carácter, de origen diversos (biológico, social o psicológico), que no se asientan en ninguna facultad concreta afectando al conjunto o equilibrio de todas ellas y que, cuando el hecho delictivo concreto se halla en la misma esfera en que la anormalidad específica se desenvuelve, afecta al comportamiento del sujeto, en cuanto que le impulsa a obrar en un determinado sentido, y puede tener relevancia en cuanto a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad en los hechos delictivos, ordinariamente porque su facultad de autocontrol, en el complejo mecanismo de su motivación ante una concreta conducta, se encuentra disminuida" (S.AP.Girona, Secc.3ª, 15-enero-2009).

Por otro lado, argumentaba la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1994 que *"es preciso distinguir -cfr. Tribunal Supremo S 3 julio 1989- entre la celopatía inserta en el síndrome paranoide y la simple celotipia, siendo la base diferencial entre una y otra, en que en la primera los celos son injustificados y no acordes con la realidad y sí en el segundo, situándonos en la celopatía, en el delirio propio del paranoico, y en la celotipia en una reacción vivencial desproporcionada, pero comprensible para los demás hombres. Es la diferencia entre los celos formales y el delirio de celos, que normalmente aquella entrará dentro de la atenuante pasional simple o cualificada según su intensidad, mientras que la última se ubicará dentro del trastorno mental transitorio completo o incompleto también según su intensidad.*

Estas personalidades paranoides, sujetos con trastornos de personalidad, afectados por una celotipia intensa, con reacción de violencia inusitada, no se puede afirmar le afectara una completa claudicación de las facultades psíquicas, que efectivamente no existió, pero si debe admitirse a estas psicopatías adjetivadas una sensible disminución de las condiciones básicas de imputabilidad con aplicación por la jurisprudencia de esta Sala, en casos sensiblemente iguales, de la eximente incompleta la del art. 9º CP en relación con el art. 8,1º del propio Cuerpo legal -cfr. TS, SS 20 febrero 1984, 21 enero 1986, 22 octubre 1987, 14 junio y 16 octubre 1.989, 8 octubre 1993 y 22 marzo 1994-."

Así pues, lo que en Derecho se llama celopatía es la celotipia que diagnostican los médicos, un trastorno de la personalidad paranoide, con ideas delirantes, que, en el caso del acusado tenía un pronóstico "sombrio" (folio 315) y fue tratado en su momento con antipsicóticos (folio 319). Sabemos por los testimonios que la conducta originada por la

enfermedad mental de ... estaba deteriorando la salud de D^a.
aquel verano y que el asunto iba a motivar una reunión familiar con los hijos, y por la
pericia del médico psiquiatra conocemos que la sintomatología se había exarcebado.

La larga evolución y el irregular tratamiento que seguía en los últimos tiempos, a
pesar de que el problema se estaba agravando, como declaran los testigos, permiten
calificar de considerable la afectación de sus facultades, que provocó una merma de su
imputabilidad.

La situación mental del acusado excedía de lo que podría considerarse una
atenuación pasional y procede aplicar la circunstancia eximente incompleta de anomalía o
alteración psíquica, previsto por el artículo 21.1º en relación con el artículo 20.1º, ambos
del Código Penal.

La alteración psíquica no sólo es predicable del acto de homicidio, sino también
del maltrato psíquico habitual. No cabe obviar que la primera prueba del mismo, en
términos cronológicos, es, precisamente, la historia clínica psiquiátrica del acusado, por
lo que sabemos que, al menos, el maltrato duró diez años, de modo que ambos
(enfermedad mental y violencia psíquica) aparecen inescindiblemente unidos. No es
posible atender al alegato de la acusación popular Asociación Clara Campoamor de que
no debe aplicársele la atenuante porque conocía su enfermedad y no se medicaba, dado
que la falta de conciencia de la enfermedad ha sido acreditada y, en muchas ocasiones,
constituye un síntoma de la propia enfermedad, lo que le llevaba a rechazar las medicinas.

SEXTO.- La defensa retiró al final del juicio la solicitud de una atenuante de
arrebato y obcecación (art. 21.3 Cp.) y mantuvo la de la confesión (art. 21.4), referida
sólo al homicidio, circunstancia sobre la que la jurisprudencia, de la que hacemos cita con
la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2006, dispone lo siguiente:

*"En relación a la atenuante de confesión del art. 21.4 la jurisprudencia última de
esta Sala, manifestada entre otras en SS. 3.10.98, 25.1.2000, 15.3.2000, 19.10.2000,
7.6.2002, 2.4.2003, ha puesto de relieve que la razón de la atenuante no estriba en el
factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos
de colaboración en la investigación del delito. Se destaca como elemento integrante de la
atenuante el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique
antes de que el inculcado conozca que es investigado procesal o judicialmente, no
bastando con que haya abierto el procedimiento judicial, como se decía en la regulación
anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá tal
virtualidad si aun no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de
entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera.*

*La razón de ser del requisito es que la confesión prestada cuando ya la autoridad
conoce el delito y la intervención en el mismo del inculcado, carece de valor auxiliar a la
investigación. Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las*

manifestaciones del confesante, solo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el "factum", introduciendo elementos distorsionadores de lo realmente acaecido (SSTS. 22.1.97, 31.1.2001, 20.2.2003). Tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales "a no declarar contra sí mismo" y "a no confesarse culpable", puesto que ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (STC. 75/87 de 25.5).

En la sentencia 25.1.2000, se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serán los siguientes:

- 1º Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción.*
- 2º El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable.*
- 3º La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial.*
- 4º La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial.*
- 5º La confesión habrá de hacerse ante la autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificada para recibirla.*
- 6º Tiene que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante (SSTS. 21.3.97, 11.6.2001). Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como primeras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS. 23.11.2005, con cita en las sentencias 20.12.83, 15.3.89, 30.3.90, 31.1.95, 27.9.96, 7.2.98, 13.7.98 y 19.10.2005)".*

En el caso que nos ocupa, no cabe calificar de confesión la llamada telefónica que hizo el acusado a su hija y que atendió su yerno, puesto que decir que " ... está muerta y yo me estoy muriendo" no supone un reconocimiento de los hechos que aporte " una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado " (S.TS.10-diciembre-2007). No dijo que la había matado y la autoría hubo de ser deducida por los agentes de policía con base en lo que allí vieron. Es más, habida cuenta de la situación, dicha llamada bien puede interpretarse como una petición de auxilio para él.

Tampoco la primera declaración que prestó ante la comisión judicial en el hospital reúne las condiciones para apreciar la atenuante, pues no pasa de ser una cobarde exculpación, donde la agresora es la víctima, que le apuñala, las cuchilladas se las hace ella misma en el forcejeo y el degüello es un accidente producido al pugnar por

el cuchillo. La segunda declaración judicial, cinco meses después, nada aporta al esclarecimiento de los hechos y se produce con una insalvable extemporaneidad para surtir efecto atenuatorio alguno, cuando ya estaba preso, habían pasado por el Juzgado casi todos los testigos y se habían practicado las más relevantes pericias.

Por consiguiente, no hay prueba de la circunstancia modificativa alegada, ni siquiera aplicada por analogía, máxime teniendo en cuenta que *"la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma"* (S.TS. 29-noviembre-2006).

SEPTIMO.- Sostiene también la defensa la circunstancia atenuante de reparación del daño causado (art. 21.5 Cp.).

Viene al caso recordar la doctrina jurisprudencial sobre la materia, ejemplificada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2.002, según la cual, *"por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante <<ex post facto>>, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del Legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.*

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del Legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica (STS 4-2-2000).

(...) El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril, entre otras) puede integrar las previsiones de la atenuante.

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Al mismo tiempo la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena".

Entiende la doctrina que la reparación del daño susceptible de atenuación es una forma de retorno del autor al ámbito del orden jurídico, del cual se alejó cometiendo el delito; constituye una rectificación del hecho y manifestación de acatamiento de la norma; supone un comportamiento postdelictivo del acusado que se traduce en una voluntad efectiva de restaurar el orden jurídico quebrantado con su actuación antijurídica.

La defensa presenta como prueba de la reparación, y en ella basa su pretensión, el documento justificativo de haber ingresado en la cuenta de este Tribunal la cantidad (57.438,92 euros) que el Juzgado instructor, en el auto de procesamiento, le había requerido como fianza para asegurar las responsabilidades pecuniarias (folios 650 a 653 de la causa y folio 45 del rollo de Sala). Sin embargo, según enseña el Tribunal Supremo, *"la jurisprudencia de esta Sala, ha rechazado considerar incluida entre las conductas que dan lugar a la apreciación de la atenuación la mera prestación de la fianza exigida por el Juez, sea en el Auto de procesamiento, en el de apertura del juicio oral o en cualquier estado de la tramitación, (STS núm. 455/2004, de 6 de abril; STS núm. 1320/2006, de 20 de diciembre; y STS núm. 833/2007, de 3 de noviembre, entre otras), pues una "cosa es afianzar el cumplimiento de lo ordenado por la Ley procesal para asegurar las responsabilidades de contenido económico que pudieran derivarse de un proceso penal y otra bien distinta entregar dinero a la víctima en concepto de indemnización antes de la celebración del juicio oral", (STS núm. 335/2005, de 15 de marzo). En el caso, el recurrente se limitó a cumplir la obligación de consignar que le fue impuesta por el Juez en el Auto de apertura del juicio oral, cuyo contenido hubiera sido cumplido con independencia de la voluntad del acusado a través de los medios previstos en la misma ley. No se trató, pues, de un acto de reparación del daño causado, sino del cumplimiento de una obligación impuesta por quien podía hacerlo" (S.TS. 26-diciembre-2008; en igual sentido, Ss. 23-junio-2008 y 3-noviembre-2007, entre otras). "No se trata de la admisión de los hechos y la consignación de la suma que se hubiese solicitado como indemnización a los perjudicados, sino de una fianza exigida en su momento por el Juez de instrucción que, en principio, no tiene ni la finalidad ni el propósito de resarcir a los perjudicados" (S.TS. 23-enero-2008). Como apuntaba la sentencia de 11 de diciembre de 2006, "el recurrente confunde el cumplimiento de una orden judicial como es la de prestar cautelarmente una fianza para atender a las responsabilidades civiles a que hubiera lugar, con la efectiva reparación efectuada*

directamente o por intermediación judicial a la víctima de los perjuicios económicos sufridos, y esto no lo ha efectuado el recurrente que sólo lo cumplimentó la orden judicial".

En el auto del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010 se dice que " en esta clase de delitos donde el bien jurídico protegido es la vida, es difícil concebir la atenuante de reparación por ser aquél bien jurídico imposible de reparar", y rechazada la concurrencia de la circunstancia por no apreciarse una reparación al daño moral de la hija de la víctima de un asesinato.

Consecuentemente, no cabe estimar concurrente la atenuación solicitada, dado que el acusado se limitó a cumplir el mandato judicial, sin hacer otras consignaciones con voluntad de pago, ni cualquier otro acto de reparación, siquiera moral, hacia los perjudicados, ante quienes, todavía en el plenario, ha presentado a su madre como iniciadora de la agresión con el cuchillo de cocina, hecho declarado inverosímil.

OCTAVO.-Con tales hechos y circunstancias, atendidas las precisiones de los peritos acerca del grado de afectación de las facultades superiores del acusado, procede rebajar un grado la pena prevista para el homicidio y para la violencia psíquica habitual en el ámbito de la violencia de género, por no apreciarse razones que sostengan una minoración mayor de las penas.

De esta manera, al homicidio le corresponde una pena de prisión de siete años, seis meses y un día, situando la sanción en la mitad superior de la inferior en grado, conforme a la circunstancia agravante de parentesco (art. 23) y en aplicación de los artículos 66.1.3º y 68 del Código Penal.

Respecto de la pena para el delito del artículo 173.2, con la agravación específica de cometerse en el domicilio común, procede imponer un año y tres meses de prisión, correspondientes a la mitad inferior de la pena inferior en grado. No estimamos proporcionado aplicar la pena mínima del margen legal, dada la reiteración de los actos de violencia y la duración del estado de dominación que padeció la víctima, a lo largo de una década.

Igualmente y con los mismos criterios, se fija en dos años y seis meses la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, sanción enmarcada también en la mitad inferior de la pena inferior en grado con la mencionada agravación específica de domicilio.

Procede aplicar la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo (art. 56.1.2º Cp).

Por otro lado, el artículo 57.1 del Código Penal dispone la posibilidad de añadir a la sanción una o varias de las prohibiciones reguladas en el artículo 48, y el segundo apartado del mismo artículo 57 establece de manera preceptiva la imposición de la prohibición de aproximación (art. 48. 2) cuando la víctima del crimen sea el cónyuge.

Atendidos los caracteres del delito, atentatorio contra la vida, el más grave que puede cometerse, estimamos adecuada la petición de las acusaciones acerca de las prohibiciones de residencia y aproximación a los familiares de la víctima, así como sobre la duración de las penas, la máxima, por un tiempo superior en diez años al de la pena de prisión acordada para el homicidio, lo que determina que dichas prohibiciones durarán dieciocho años y nueve meses y se cumplirán de manera simultánea a la privación de libertad, vigentes, por tanto, durante el disfrute de eventuales permisos de salida y de cualquier beneficio penitenciario que suponga libertad para el acusado.

Procede, sin embargo, hacer una precisión limitativa respecto de la solicitud de la acusación particular, pues si bien tiene justificación sancionar al acusado con la prohibición de residir y acudir a Baños de Ebro, entendiendo incluso extensible la misma al término municipal y no sólo al casco urbano, carece de razón de ser la prohibición de residir y acudir donde tengan sus domicilios (o puedan tenerlo en el futuro, a la vista de la amplitud de la pretensión) toda la línea descendente por consaguinidad y afinidad del acusado, puesto que la finalidad que se persigue encuentra medio suficiente en la prohibición de aproximarse a menos de quinientos metros de tales personas.

Conforme al artículo 127 del Código penal, procede acordar el comiso del cuchillo, como instrumento del delito.

Por último, dando respuesta a la expresa petición de la acusación particular y la Asociación Clara Campoamor, ejerciente de la acusación popular, consideramos que no viene al caso hacer mención de los artículos 76.1 y 78 del Código penal, ya que no concurre el supuesto regulado por tales normas, no ha lugar a declarar extinguida pena alguna por superar el máximo legal de cumplimiento efectivo, no estamos ante el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal supremo de 4 de octubre de 2007.

NOVENO.- En materia de responsabilidad civil, hallamos peticiones divergentes, desde el cálculo de la indemnización a baremo que realizan el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, hasta los 150.000 euros que solicita la acusación particular para cada uno de los hijos de la interfecta.

No cabe, obviamente, atenernos a un baremo dispuesto para infracciones imprudentes a la hora de cifrar el resarcimiento por el daño moral ocasionado a raíz de un delito doloso, pero tampoco acudir a precedentes judiciales, como hizo la acusación particular en su argumentación, para justificar tan elevada pretensión, ya que las diferencias son notorias entre los casos estudiados y resueltos en este mismo Tribunal. Los hijos de la finada son personas mayores de edad, independientes económicamente, casados y con vida propia, y su situación no puede equipararse con la de huérfanos jóvenes y dependientes. Aplicando criterios de prudencia en la difícil tarea de traducir el daño moral en numerario, fijamos la indemnización para cada uno en 50.000 euros, sin distinciones entre los hijos, puesto que el mayor impacto psicológico producido por el homicidio en las dos hijas no significa que el hijo sienta menos la pérdida de la madre,

sino sólo que posee mayores recursos para afrontar el dolor emocional.

DÉCIMO.- De conformidad con los artículos 123 y 124 del Código Penal y 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede imponer las costas del proceso al acusado, incluidas las de la acusación particular, por no existir razones para hacer salvedad de la regla general (vid. por todas, S.TS. 16 -julio-1998).

No así las costas causadas a instancia de las acusaciones populares, según dispone la jurisprudencia. *"Esta Sala ha venido manteniendo la general exclusión de las costas de la acusación popular (SSTS 224/95, de 21-2; 649/96, de 2-2; 2/98 de 29-7; 1237/98, de 24-10; 515/99, de 29-3; 1490/2001, de 24-7; 1811/2001, de 14-5 y 1798/2002, de 31-10).*

En efecto, el art. 240-3 L.E.Cr. prevé la imposición de costas al querellante particular o actor civil; y de ello no puede deducirse nunca, por hermenéutica de sentido contrario, que la acción popular, posibilitada constitucionalmente por el art. 125 CE. y en consonancia con él los arts. 19 LOPJ y 101 LECr., produzca una inflexión en los gastos del proceso repercutibles sobre la parte acusada. Ciertamente es que la condena en costas no se concibe ya como sanción sino como mero resarcimiento de gastos procesales; pero no menos exacto es que el ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando existe una acusación pública oficial ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento que repercutiría aditivamente sobre el acusado condenado (SSTS 224/95, de 21-2 y 649/96, de 2-2).

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado reiteradamente que el ejercicio de la acción popular por personas o entidades que no han sido directamente afectadas por los hechos delictivos nunca pueden dar origen al pago o resarcimiento de las costas originadas por su actuación procesal. (...)

Esta Sala reconoce que en excepcionalísimas ocasiones, siempre plenamente justificadas, se han impuesto al acusado las costas de la acusación popular, y aunque es cierto que tal instituto (derecho constitucional, art. 125 CE.) puede apartarse de su esencial función, convirtiéndose en objeto de abusos o usos instrumentales en el contexto de estrategias políticas o de otra índole, ello no debe gravar la posición de quienes, haciendo de él un uso acorde con sus fines constitucionales, contribuyan a dar efectividad al orden jurídico.

Serían perfectamente imponibles las costas en la proporción que determine el Tribunal en aquellos casos en que lejos de cualquier uso torticero o instrumental del instituto y sin existir acusador particular o cuando habiéndolo no se ha constituido en parte, la actuación de la acusación popular, además de no perturbadora o disonante con las pretensiones del Fiscal o las acogidas por el Tribunal (exigencia impuesta a la acusación particular), ha contribuido con su intervención de manera decisiva o notoria a descubrir y desenmascarar el delito, denunciando los hechos o sosteniendo pretensiones

acogibles, no aducidas por el Fiscal" (S.TS. 30-junio-2008).

No encontrándonos ante los supuestos excepcionales que prevé la jurisprudencia, no procede incluir en la condena las costas de las demás partes acusadoras.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Condenar a _____ como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio, con la circunstancia agravante de parentesco y la circunstancia eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica, a las penas de siete años, seis meses y un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Condenar a _____ como autor criminalmente responsable de un delito de maltrato psíquico habitual en el ámbito de la violencia de género, con la circunstancia eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica, a las penas de un año y tres de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años y seis meses.

Condenar a _____ a las penas de prohibición de residir y acudir al término municipal de _____ y prohibición de aproximarse a sus hijos y demás descendientes por consaguinidad y afinidad, a sus domicilios y lugares de trabajo a menos de quinientos metros, ambas por tiempo de dieciocho años y nueve meses.

Condenamos al acusado, como responsable civil, a que abone en concepto de indemnización 50.000 euros a cada uno de sus tres hijos, D^ª.
devengando tales importes los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Acordamos el comiso del cuchillo incautado.

Condenamos al acusado al pago de las costas del proceso, incluidas las de la acusación particular.

Frente a esta resolución cabe interponer **Recurso de Casación** ante la Sala del Segunda del Tribunal Supremo, preparándose ante esta Audiencia dentro del plazo de CINCO DÍAS, computados desde el siguiente al de la notificación de la sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.