



Roj: **STS 5377/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5377**

Id Cendoj: **28079120012023100890**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2023**

Nº de Recurso: **10573/2023**

Nº de Resolución: **917/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 917/2023

Fecha de sentencia: 14/12/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10573/2023 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/12/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10573/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 917/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 14 de diciembre de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación del acusado **D. Oscar**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 20 de marzo de 2023, en el que se desestimó el recurso de apelación formulado por la representación de indicado acusado y desestimó también los recursos supeditados de apelación interpuestos por la Acusación Particular y Popular contra sentencia dictada por la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda, que fue aclarada por auto de 18 de octubre de 2022 y que condenó al acusado por dos delitos de asesinato, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Patricia Lanzagorta Mayor y bajo la dirección Letrada de D. Alberto Ruano Alcubilla y los recurridos Acusación Popular Asociación Clara Campoamor representada por la Procuradora Dña. Verónica García Simal y bajo la dirección Letrada de Dña. María Galán López y la Acusación Particular Dña. Belinda, D. Valeriano, Dña. Cecilia y Dña. Coral representadas por la Procuradora Dña. Olatz Urresti Elozegui y bajo la dirección Letrada de Dña. Josefa Estrade Arluzea.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Barakaldo bajo el nº 3/2020 de Rollo del Tribunal del Jurado, se dictó sentencia con fecha 10 de octubre de 2022, aclarada por Auto de 18 de octubre de 2022, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declara probado que el acusado, Oscar, sobre las 15,00h del 10 de marzo de 2020 llegó al domicilio familiar sito BARRIO000 de la localidad de DIRECCION000 (Bizkaia) y, viendo a su mujer Milagros dormida tumbada en un sofá del salón de la planta baja, se dirigió a la cocina, donde días antes había dejado dos mazas de demolición de 190x80x90 a las que había cortado los mangos, cogió una de las mazas y un cuchillo de sierra de 210x30mm de hoja y, dirigiéndose de nuevo al salón en el que Milagros permanecía dormida, con la intención de acabar con su vida, la golpeó fuertemente en la cabeza con la maza para acto seguido degollarla con el cuchillo causando su muerte.

Las circunstancias de lugar y tiempo y el tipo de armas empleadas en el acometimiento facilitaron al acusado perpetrarlo sin riesgo para su persona y sin que Milagros tuviera ninguna posibilidad de defenderse.

La muerte de Milagros tuvo como causa fundamental un shock hipovolémico secundario a la herida de arma blanca sufrida a nivel cervical con sección de la vía aérea y vascular.

El cuerpo presentaba asimismo fractura de cráneo por los traumatismos recibidos en zona frontoparietal derecha de la cabeza incompatibles con la vida.

A continuación, llevando consigo el cuchillo y la maza, subió al dormitorio donde se encontraba su hija Berta adormilada sobre la alfombra con un antifaz sobre los ojos y, antes de entrar, se dirigió a la biblioteca para hacerse con unas bridas y unos trozos de cuerdas.

Ya en la habitación, y sin que la hija se percatara de que portaba el cuchillo y la maza, le dijo que iban simular un secuestro, logrando así que se dejara atar los pies con las cuerdas a la altura de los tobillos y las manos a la espalda con las bridas. Y, una vez inmovilizada en el suelo y con la cabeza boca abajo, con la intención de acabar con su vida, la golpeó fuertemente con la maza en la cabeza para acto seguido degollarla, causando su muerte.

Las circunstancias de lugar y tiempo y el tipo de armas empleadas en el acometimiento facilitaron al acusado perpetrarlo sin riesgo para su persona y sin que Berta tuviera ninguna posibilidad de defenderse.

La muerte de Berta tuvo como causa fundamental un shock hipovolémico secundario a herida de arma blanca a nivel cervical. Asimismo, el cuerpo presentaba diversos traumatismos craneoencefálicos incompatibles con la vida y un corte profundo en zona posterior cervical realizado con posterioridad a su fallecimiento.

Transcurrido un tiempo indeterminado, el acusado regresó a la habitación con un segundo cuchillo (de 190 mm x 47 mm) y, ya fallecida Berta, le realizó un corte profundo en la zona cervical posterior hasta llegar al plano óseo.

Oscar a la fecha de los hechos estaba casado desde hacía más de 30 años con Milagros, con la que había tenido como única hija a Berta, viviendo los tres en el domicilio familiar, sito BARRIO000, AVENIDA000, nº NUM000 de DIRECCION000 (Bizkaia).

Al tiempo de su fallecimiento Milagros contaba con 56 años de edad y Berta 24 años, y tenían como familiares directos a D^a Belinda, Coral, Cecilia, e Valeriano, madre y hermanas/o de Milagros.



El acusado tenía comportamientos machistas y despectivos hacia las mujeres en general, habiendo protagonizado diversos incidentes en reuniones familiares por dicho motivo. Entre otras, en una comida familiar en su domicilio propinó un puñetazo en la pared de la cocina a la que previamente le había indicado a Milagros con un gesto que le acompañara. En otra, durante el trayecto en coche también a una celebración familiar le recriminó acaloradamente su forma de conducir y falta de orientación al volante.

Y mató a Milagros y a su hija Berta en atención a su condición de mujeres en un acto de dominación, tras haber venido mantenido con anterioridad un comportamiento autoritario sobre ellas, quienes obraba conforme a su voluntad y sobre las que presentaba, además, una notoria superioridad física.

Los ingresos de la familia integrada por Oscar, Milagros y Berta procedían de una inmobiliaria, gestionada por aquél y un cuñado, y que venía atravesando en los últimos tiempos una mala situación económica, agravada en los meses anteriores a los hechos al denegarles la entidad bancaria con la que trabajaban la renovación de un crédito. Habiendo provocado en el acusado la situación económica que atravesaba la empresa inmobiliaria una vivencia angustiosa de ruina inminente de la familia de cuyo sustento se consideraba único responsable.

Oscar al momento de los hechos no presentaba alteraciones significativas de sus facultades intelectivas ni volitivas, por lo que podía conocer la realidad y actuar conforme a su voluntad libremente formada.

En la mañana del día siguiente relató en un bar de DIRECCION001 a sus hermanas y cuñado, con los que se había citado el día anterior para tratar asuntos económicos de la inmobiliaria, que había matado a Milagros y a Berta y les indicó que no denunciaran los hechos hasta transcurrido un tiempo porque se iba a suicidar, quienes, no obstante, acudieron a una Comisaría a relatar lo que el acusado les había referido.

Oscar relató al agente que le llamó por teléfono con anterioridad a su detención que había matado a Milagros y Berta. Y pocas horas después de ese mismo día, fue detenido por agentes de la policía en el interior de un trastero de la empresa familiar cercano al domicilio, tras referir haber ingerido unas 50 pastillas de orfidal y haber matado a su mujer y a su hija, siendo trasladado de urgencia al Hospital de DIRECCION002 donde fue atendido sin que se llegara a constatar que hubiera estado en riesgo su vida, presentando un nivel de alcohol en sangre de 1,29 g/l y restos de pastillas en dosis terapéuticas.

No se ha probado que el acusado cometiera los hechos guiado por la finalidad de que Milagros o Berta no sufrieran. Que en los meses anteriores a los hechos viniera consumiendo alcohol en cantidades excesivas o ingiriendo pastillas como orfidal (lorazepam) y frankimazin (alprazolam). Ni que cometiera los hechos en estado de intoxicación alcohólica."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"SE CONDENA A Oscar COMO AUTOR DE DOS DELITOS DE ASESINATO CON ALEVOSÍA, CON LA CONCURRENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE PARENTESTO Y DE GÉNERO Y ATENUANTE ANALÓGICA DE CONFESIÓN A LA PENA DE 22 AÑOS DE PRISIÓN POR CADA UNO E INHABILITACIÓN ABSOLUTA DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

Una vez cumplidas las penas de prisión, se le impone la MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA por tiempo de 10 AÑOS con obligación de participar en programas formativos contra la violencia de género.

CIVILMENTE deberá indemnizar a D^a Belinda en la cantidad de CIENTO SETENTA MIL EUROS (170.000 €) por la muerte de su hija Milagros y nieta Berta, y a Coral, Cecilia e Valeriano en la cantidad de CUARENTA MIL EUROS (40.000 €) a cada uno por la muerte de su hermana Milagros. Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero del art 576 LEC.

Se le condena al abono de las COSTAS PROCESALES, incluidas las de la acusación particular, no así las de las acusaciones populares.

Se MANTIENE la situación de PRISIÓN PROVISIONAL en que en la actualidad se encuentra hasta la firmeza de la presente resolución sin perjuicio de acordarse su prórroga en caso de interposición de recurso de resultar procedente.

Una vez firme la presente procedase a la destrucción de las mazas, cuchillos ocupados en la causa, y dese al resto de efectos ocupados su destino legal.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, mediante escrito presentado en el término improrrogable de diez días contados desde el siguiente al de la última notificación de la sentencia, autorizado por Abogado y Procurador, a presentar ante este Audiencia Provincial".

Por Auto de 18 de octubre de 2022 se aclaró la anterior sentencia conteniendo el siguiente Fallo:



"Estimando el recurso de aclaración formulado por la Asociación Clara Campoamor en relación a la sentencia dictada en la presente causa se subsana el error material manifiesto sufrido en el fundamento de derecho cuarto, párrafo 2º in fine al fijar en 23 la extensión de la pena de prisión impuesta por cada delito que se deja sin efecto para ser sustituida por la de 22 años por cada delito. Notifíquese a las partes la presente resolución haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno, sin perjuicio del recurso que proceda, en su caso, contra la sentencia de la que trae causa y que ya quedó indicado al ser notificada. El plazo para dicho recurso se interrumpe, en su caso, por la solicitud de subsanación o complemento y, en todo caso, comienza a computarse desde el día siguiente a la notificación de este auto".

Contra indicada resolución se interpuso recurso de apelación por la representación del acusado Oscar , dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que con fecha 20 de marzo de 2023 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"DESESTIMAMOS el Recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Oscar contra sentencia de fecha 10 de octubre de 2022, aclarada por Auto de 18 de octubre de 2022, dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia -sección segunda- en el Rollo Tribunal Jurado 3/2020, por dos delitos de asesinato, que se confirma.

DESESTIMAMOS los Recursos supeditados de apelación interpuestos por la Acusación Particular y por la Acusación Popular frente a la misma sentencia.

DECLARAMOS las costas de oficio.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante RECURSO DE CASACIÓN que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación del acusado **D. Oscar** , que se tuvo por 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 interpuesto por la representación del acusado **D. Oscar** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se sustanciará por el cauce establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 22.4 del Código Penal, en atención a los Hechos que han sido declarados Probados en la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bizkaia, y que ha sido íntegramente confirmada por la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior Justicia del País Vasco.

Segundo.- Se sustanciará por el cauce establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 21.4ª y 21.7ª del Código Penal, en atención a los Hechos que han sido declarados Probados en la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bizkaia.

Tercero.- Se sustanciará por el cauce establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de Ley, en atención a los Hechos que han sido declarados Probados en la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bizkaia.

Cuarto.- Se sustanciará por el cauce establecido en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la apreciación de la prueba documental realizada por el Juzgador.

Quinto.- Se sustanciará por el cauce establecido en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la apreciación de la prueba documental realizada por el Juzgador; en este caso el Jurado constituido en el Rollo del Tribunal del Jurado 3/2020 seguido ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bizkaia.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Popular Asociación Clara Campoamor, que solicitó igualmente su inadmisión y subsidiaria desestimación y la Acusación Particular Dña. Belinda y otros, que solicitó su inadmisión e impugnación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 13 de diciembre de 2023, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación de Oscar , contra la sentencia nº 20/2023 de fecha 20 de marzo de 2023, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

SEGUNDO.- 1.- Artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 22.4 del Código Penal.

Se plantea por la vía del "error iuris" la aplicación de la agravante de género del art. 22.4 CP confirmada por el TSJ en su sentencia ahora recurrida.

Al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Entiende el recurrente que existe contradicción en los hechos probados en los párrafos en los que permite al tribunal aplicar la agravante de género del art. 22.4 CP, pero ello hubiera hecho necesario que este planteamiento se articulara por la vía del art. 851.1 LECRIM y no por la vía del art. 849.1 LECRIM que es la ahora utilizada. En cualquier caso, frente a su disidencia, los hechos probados permiten la subsunción de los mismos en la agravante de género utilizada.

Cuestiona que la referencia a incidentes previos no permite articular la agravante de género y que se cite solo algunos en concreto a lo largo de 30 años de relación. A continuación, expone la queja de la valoración de la prueba que lleva a esa conclusión en cuanto a declaraciones testificales. Sigue incidiendo en su recurso en que no existen pruebas que permitan acreditar esta circunstancia aplicada y elabora un extenso relato descriptivo en cuanto a su disidencia valorativa tanto a la conclusión valorativa realizada por la AP como su validación por el TSJ.

Cita a continuación referencia jurisprudencial por la que entiende que no cabe aplicar la agravante de género en este caso.

Pues bien, los hechos probados a los que se refiere el recurrente en sus dos párrafos refieren que:

"El acusado tenía comportamientos machistas y despectivos hacia las mujeres en general, habiendo protagonizado diversos incidentes en reuniones familiares por dicho motivo. Entre otras, en una comida familiar en su domicilio propinó un puñetazo en la pared de la cocina a la que previamente le había indicado a Milagros con un gesto que le acompañara. En otra, durante el trayecto en coche también a una celebración familiar le recriminó acaloradamente su forma de conducir y falta de orientación al volante.

Y mató a Milagros y a su hija Berta en atención a su condición de mujeres en un acto de dominación, tras haber venido mantenido con anterioridad un comportamiento autoritario sobre ellas, quienes obraba conforme a su voluntad y sobre las que presentaba, además, una notoria superioridad física."

Hay que considerar, en primer lugar, que nos movemos en este motivo en una atención al proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal que es objeto de condena y en la aplicación de la agravante de género que ahora se cuestiona. Y ello sin poder hacer remisión alguna a queja referente a valoración de prueba, porque el cauce casacional escogido por el recurrente en este motivo exige el respeto de los hechos probados, sin poder reconducir la queja a la valoración que de la prueba ha hecho el tribunal y que ha validado el TSJ en su sentencia y plantear su disidencia valorativa postulando en sede casacional un proceso de "elección" de la prueba que se debió tener en cuenta en lugar de la valorada por el Tribunal del jurado validada, además, por el TSJ. No es este el objetivo ni la opción de la instauración de la casación tras la reforma procesal penal de introducir la previa apelación.

Por ello, el tema debe centrarse solo en el proceso de subsunción de los hechos probados en la aplicación de la agravante que se cuestiona de género del art. 22.4 CP.



Y dejando al margen "incidentes pretéritos que podrían denotar en sus modos y formas de actuar un comportamiento machista y despectivo con las mujeres", lo cierto es que ello no es contradictorio en modo alguno con el segundo párrafo, que sí que es claro y contundente y que señala que *mató a Milagros y a su hija Berta en atención a su condición de mujeres en un acto de dominación, tras haber venido mantenido con anterioridad un comportamiento autoritario sobre ellas, quienes obraba conforme a su voluntad.*

Con ello, no es válido centrar la queja en incidentes previos y en si son muchos o pocos estos para llegar a esa conclusión, ya que ello es valoración de prueba que no se puede plantear en el motivo que utiliza el recurrente de infracción de ley del art. 849.1 LECRIM, que se sujeta solo y exclusivamente a los hechos probados. Y en estos se hace constar que las mató a las dos *en atención a su condición de mujeres en un acto de dominación.*

Esta expresión asume y agota la suficiencia exigida y exigible para aplicar la agravante del art. 22.4 CP, sin que exista contradicción alguna con decir que en su vida han existido incidentes que categorizaban un comportamiento de machismo, lo que viene simplemente a mostrar una "actitud", pero que luego se complementa con la exigencia de concreción en los hechos probados de la causa y fundamento del asesinato a dos mujeres por el hecho de ser mujeres y en un acto de dominación claramente intencional sobre ellas, que es lo que consta en los hechos probados, y al momento de cometer ambos crímenes en la forma en la que los ejecutó como consta en los hechos probados.

No es válido, pues, centrar la queja en una especie de "indeterminación" referencial de los incidentes habidos durante la vida de autor y víctimas, o que se centran en unos pocos, cuando en el segundo párrafo concreta la razón y causa del crimen, que no es otro que la idea de dominación del autor hacia el sujeto pasivo mujer, y, precisamente, matarlas por ser mujeres y por el hecho de ser mujeres. Las mató *en atención a su condición de mujeres en un acto de dominación.* Eso es lo que consta en los hechos probados.

Nos encontramos, así, con un escenario muy repetitivo en los crímenes de género, y que se están dando en los casos de relaciones de pareja. Todo ello, bajo esa persistencia del sentimiento de posesión del hombre hacia la mujer que conlleva que, como ya hemos reflejado en esa Sala en varias ocasiones, se enfoquen estos casos desde la necesaria "perspectiva de género" con la que deben tenerse en cuenta las razones de estos crímenes basados en la creencia de una especie de derecho posesorio de quien entiende y considera que tiene la capacidad de decisión sobre la voluntad y libertad de la mujer. Pero, lo que es importante en este caso, no solo sobre su pareja, sino, también, sobre su hija mujer, estableciendo una extensión vicarial de la dominación sobre la hija mujer que se da con frecuencia en estos casos bajo la persistente idea de la dominación y que en este caso ha acabado con el crimen y en la forma descriptiva en que ambos se ejecutan, porque, en realidad, fue lo que se llevó a cabo al degollar a las dos después de haberles golpeado con contundencia.

Así, en esta violencia de género vicarial se extiende la dominación hacia la mujer pareja respecto a la mujer hija en un contexto grupal de violencia significativa de una dominación colectiva a ambas por el hecho de ser mujeres.

No se trata, además, de un crimen a un "extraño", o por razones ajenas a la relación de pareja, que pudieran ser económicas, o de otro tipo, sino que se trata de un crimen relacionado con la pareja. Y en este caso, además, a su hija, también mujer; de ahí, la perspectiva de género del enfoque a dar a estos casos. El autor percibe que ha fracasado en la creación de esas ataduras físicas y psicológicas que pretendía implementar en la psique de la víctima, -madre e hija propia- y el autor del crimen acaba con la vida de ambas mujeres fijando el Tribunal en los hechos probados que lo hizo *en atención a su condición de mujeres en un acto de dominación, tras haber venido mantenido con anterioridad un comportamiento autoritario sobre ellas, quienes obraba conforme a su voluntad.*

Pues bien, sobre esta agravante de género se ha pronunciado esta Sala de forma reiterada en la jurisprudencia que a continuación citamos para fijar la actualización de la aplicación de la misma en su naturaleza y presupuestos esenciales pudiendo secuenciar algunas de las sentencias en las que esta Sala más recientemente se ha pronunciado para fijar y centrar las características de la agravante de género del art. 22.4 CP:

1.- *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 707/2018 de 15 Ene. 2019, Rec. 10353/2018*

"En este caso se trató de un asesinato cualificado por la alevosía y el ensañamiento, pues el ataque mortal se produce sin advertencia previa y el agresor asesta más de cuarenta cuchilladas a su esposa -en la cabeza, cuello y abdomen- cuando descansaba en la cama. Concurrió la agravante de discriminación por razón de género, ya que quedó acreditada la relación de dominación y subordinación a la propia voluntad, con negación de la libre autodeterminación de la víctima para separarse o divorciarse e incluso de su mera autonomía económica

Incluso en este caso esta Sala apreció la agravante de género en segunda sentencia al estimar el recurso de la acusación particular señalando que: "De conformidad con los razonamientos contenidos en los fundamentos



jurídicos de la sentencia casacional, procede apreciar la concurrencia de la agravante de cometer el delito por discriminación basada en razones de género del artículo 22.4º CP ."

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 351/2021 de 28 Abr. 2021, Rec. 10643/2020

"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."

Es decir, que ya esta Sala había admitido desde la sentencia del Tribunal Supremo 565/2018 de 19 Nov. 2018, Rec. 10279/2018 que esta agravante se aplicará, incluso, fuera de la relación de pareja o ex pareja, añadiendo: 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.

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 136/2020 de 8 May. 2020, Rec. 10621/2019

"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".



4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 571/2020 de 3 Nov. 2020, Rec. 10427/2020

"El fundamento de la agravante de género reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a la víctima y como medio para demostrar que la considera un ser que debe ser dominado."

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 571/2020 de 3 Nov. 2020, Rec. 10427/2020

"La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de dominación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la subyugación de éstas. Algunas resoluciones de esta Sala Casacional señalan que no requiere la agravante de género un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer (así lo hemos dicho en la STS 99/2019), pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto (artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que el autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad.

De todos modos, será necesario que el delito se cometa "por razones de género", como se enuncia en la circunstancia 4ª del art. 22 del Código Penal. De manera que esa es la vertiente subjetiva de la agravación.

Cuando la agravante de género se introduce en una relación de pareja, generalmente se refiere a actos de control o de humillación. Por los primeros, el sujeto activo del delito controla la forma de vestir de la mujer, sus relaciones sociales, sus gustos y preferencias, incluso su autonomía económica, habiendo casos de retirada de su documentación como modo de controlar sus movimientos, y cuando nos estamos refiriendo a actos de humillación, el maltratador desprecia a la mujer por el hecho de serlo, le dice que no sirve para nada, y otras expresiones similares. Pero que concorra con una relación de pareja, no quiere decir que no sea compatible con la agravante de parentesco, como ha pronunciado ya esta Sala Casacional de manera reiterada.

En los delitos fuera de la relación de pareja, que habitualmente son los de índole sexual, perpetrados entre desconocidos, la agravante de género se configura en la actuación del agente cosificando a la mujer, de tal forma que se cometen actos de humillación de naturaleza sexual.

La agravante se configura en ocasiones como un acto de discriminación, pero propiamente no hay tal, se trata de un acto de dominación por razones de superioridad, esto es, el autor pretende hacer patente la relación de inferioridad que se predica de la mujer por parte de aquél, el maltratador; este aspecto le diferencia de la agravante de sexo, en donde la discriminación es lo que justifica la mayor antijuridicidad de la acción, al realizarse una postergación por razón de sexo. Aquí no hay propiamente discriminación por razón de género, sino dominación de género, que es algo completamente diferente."

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 23/2022 de 13 Ene. 2022, Rec. 10303/2021

"El de la pareja es uno de esos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que atribuyen a la mujer un papel de subordinación y dependencia respecto del varón, relegándola a tareas esencialmente domésticas, que resultan infravaloradas. Las expresiones que el acusado profirió a su compañera como prolegómeno de la agresión, menospreciando su trabajo, imputándole el mantener relaciones sexuales con terceros o reprochándole la desatención de las tareas que tradicionalmente se han atribuido a la mujer en las relaciones de pareja, como el hacer la comida, reproducen claramente esos tradicionales roles de dominación. Patrones que el agresor conscientemente asume como propios, en su expresión más extrema, cuando acto seguido intenta disponer de su vida, lo que otorga a esta acción la consideración de un acto de subyugación machista, que confiere un plus respecto a los elementos de tipificación del asesinato, distintos de los que sustentan la agravación de parentesco, y que prestan soporte sobrado a la agravante discutida."

7.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 666/2021 de 8 Sep. 2021, Rec. 10277/2021



"El fundamento de la agravación de género radica en la situación de discriminación hacia la mujer basada en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, al considerarlo el autor como un ser inferior, sin derechos, y sin legitimidad para un comportamiento propio y desconectado del hombre.

En el objeto del veredicto se planteó el Jurado si la acción objeto de la acusación se realizó "con notable desprecio por la condición de mujer de Esperanza ", y fundamenta su convicción en las expresiones que la dirigió días antes, que fueron objeto de enjuiciamiento, según el Jurado completadas en las argumentaciones de la sentencia por el hecho de que ella estaba haciendo la maleta porque tenía que abandonar la casa lo que es considerado como "la culminación del macabro propósito de subyugación o dominación del acusado sobre su esposa".

8.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 509/2021 de 10 Jun. 2021, Rec. 10756/2020

"Algunas resoluciones de esta Sala Casacional señalan que no requiere la agravante de género un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer (así lo hemos dicho en la STS 99/2019), pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto (artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que el autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad.

No cabe duda que el hecho enjuiciado responde a los patrones que justifican la agravación y que en este caso han quedado probados con suficiencia a través de las declaraciones de los familiares que comparecieron en el juicio".

9.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 662/2021 de 8 Sep. 2021, Rec. 10142/2021

"Declarado probado la relación sentimental, de pareja, entre víctima y acusado, la actuación de éste movido por los celos y su sentido de posesión sobre aquélla, concurre la motivación discriminatoria que, por razón de su dominación sobre la víctima, con la que el acusado mantenía una relación por ser su pareja sentimental, viene exigiendo la jurisprudencia, y que fue definitiva para la consumación de su acción homicida, lo que nos lleva a la confirmación de la agravante de discriminación por razón de género impuesta en la sentencia de instancia y ratificada en apelación."

10.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 650/2020 de 2 Dic. 2020, Rec. 10302/2020

"Todos los elementos que se exponen vienen a confirmar la concurrencia del ánimo de matar en el recurrente, y, además, hacerlo por el sentimiento de propiedad que tenía con respecto a la víctima, ya que ella ya le había comunicado que no quería continuar la relación sentimental con él, lo que no fue aceptado por el recurrente.

Ello motivó su actuación premeditada de acudir al domicilio donde sabía que iba a estar indefensa, y, con la clara intención de acabar con su vida por la circunstancia de que no quería aceptar una relación con él, la intentó matar, lo que supuso una actuación machista, al aplicar el Tribunal la agravante de género ex art. 22.4 CP por la consideración del derecho de propiedad que entendía que ejercía sobre la víctima, lo cual le llevó a acudir a su domicilio, y, aprovechando la indefensión en la que ésta se encontraba, y hallándose sola con su bebé, utilizó un instrumento claramente mortal para golpearle en la cara y acabar con su vida.

El recurrente pensó que lo había conseguido, pero, finalmente, fue rescatada con vida y recibiendo asistencia médica que evitó que falleciera, lo que deriva la condena por tentativa de asesinato en lugar de hacerlo por asesinato consumado, pero aplicando la agravante de género por esa clara circunstancia del ánimo de dominación que tenía el agresor sobre la víctima.

Los hechos probados son sumamente graves, consecuencia de la no admisión del rechazo de su ex pareja, lo que supone la consecuencia de la agravante de género y la perversidad de dejarla en la casa sola con la idea de haberla matado, o dejarla agonizante, lo que denota la crueldad de su conducta."

11.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 521/2020 de 16 Oct. 2020, Rec. 10087/2020

"Discriminación de género al actuar el acusado como reacción a la decisión de la víctima de finalizar la relación sentimental."

Así las cosas, pese a la queja del recurrente, la construcción de los hechos probados, sobre todo en el párrafo segundo antes citado, permiten la subsunción de los hechos en el tipo penal y la agravación de género ex art.

22.4 CP, por cuanto del relato de hechos probados se desprenden como circunstancias habilitantes para la construcción de la agravante de género los siguientes parámetros:

- 1.- Que la ejecución del hecho esté construido, o basado, en una pretensión de ataque del hombre sobre la mujer por el hecho de ser mujer.
- 2.- La agravante de género se puede aplicar, incluso, cuando sujeto activo y pasivo no sean pareja siguiendo los criterios del Convenio de Estambul.
- 3.- La agravante de género tiene un sustrato del desprecio a la mujer por ser mujer. Quiso acabar con la vida de las mujeres y solo de ellas por razón de género.
- 4.- El hecho probado recuerda que las mató a las dos " *en atención a su condición de mujeres en un acto de dominación*".
- 5.- El ataque y la forma de ejecutar el hecho que lleva aparejada la agravante de género lleva tras de sí un sustrato de jerarquización del autor y subordinación de la mujer. Había dominación a la mujer, y ello consta en los hechos probados.
- 6.- La agravante de género en delitos de asesinato, homicidio, o formas imperfectas de ejecución supone un intento de subyugación de la mujer al hombre. Mató a las mujeres por el hecho de ser mujeres.

Por todo ello, y como resumen, sobre la agravante de género existe una doctrina de la Sala reiterada, y que ya hemos citado, en orden a fijar como características las siguientes que ha fijado esta Sala de forma reiterada, a fin de reflejar con claridad las "ideas base" o *Key issues* sobre esta agravante:

- 1.- 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. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 351/2021 de 28 Abr. 2021, Rec. 10643/2020).
- 2.- 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.
- 3.- 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, -aunque no debemos confundir sexo con género- 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.
- 4.- 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.
- 5.- El fundamento de las agravaciones 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. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 136/2020 de 8 May. 2020, Rec. 10621/2019).



6.- 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".

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.

7.- El ámbito de aplicación de la agravante de dominación por razones de género extravasa las relaciones conyugales o de pareja. En cuanto a los delitos sobre los que puede operar, siempre que su configuración lo permita, en principio no habrá que establecer más exclusiones que la de aquellos que incluyan en su descripción típica factores de género. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 571/2020 de 3 Nov. 2020, Rec. 10427/2020).

8.- 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.

9.- La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de dominación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas.

10.- La agravante de género, ya lo hemos dicho y repetimos en palabras que ahora tomamos de la STS 420/2018, de 25 de septiembre, hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian a 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). (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 23/2022 de 13 Ene. 2022, Rec. 10303/2021).

11.- El fundamento de la agravación de género radica en la situación de discriminación hacia la mujer basada en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, al considerarlo el autor como un ser inferior, sin derechos, y sin legitimidad para un comportamiento propio y desconectado del hombre. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 666/2021 de 8 Sep. 2021, Rec. 10277/2021).

12.- Su fundamento trae causa del mayor reproche que resulta respecto a quien comete cualquier delito por "razones de género", como plasmación de un entendimiento que se sustenta en la existencia de prejuicios relativos a la superioridad del género masculino respecto al femenino y, en consecuencia, al papel de subordinación que se reserva a las mujeres respecto de los hombres, hasta llegar a entendimientos meramente "despersonalizadores" o "cosificadores" de aquéllas, relación de desequilibrio o sometimiento que el autor procura con su conducta delictiva afianzar o mantener, llanamente incompatible con nuestra Constitución y los principios que la identifican. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 325/2022 de 30 Mar. 2022, Rec. 5849/2021).

13.- Se analiza esta agravante desde un punto de vista objetivo y debe atribuirse un mayor injusto al hecho, estableciendo que lo determinante no serán los motivos o razones que llevan al autor a ejercer la violencia en ese momento o situación concreta, sino el hecho en sí de utilizarla como forma de relacionarse con su pareja, desarrollando una pauta de conducta que efectivamente tiene que ver con las relaciones de dominio y subordinación entre los sexos propias del patriarcado.



14.- Se acude al móvil o intención del acusado (el sometimiento de la víctima por razón del género) pero el cual es demostrado por la conexión de los hechos sucedidos en un contexto de dominación sobre la víctima, hechos que son configurados por elementos objetivos probados a través de la acción externa del sujeto activo, no desde el fuero interno de este.

15.- Como apunta la mejor doctrina al respecto no estamos ante una cuestión puramente subjetiva que hace depender su aplicación en función de si queda demostrado una determinada personalidad del autor de los hechos, sino que depende de las acciones llevadas a cabo conectadas entre sí por una pauta de conducta coincidente con la construcción social y las relaciones de poder que configura el género, siendo dicha conducta la justificación de la aplicación del agravante por razones de género del art. 22. 4º CP.

16.- Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva a las relaciones de pareja o expareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer.

17.- Todo este contexto y la prueba en el proceso penal deben analizarse desde una perspectiva de género necesaria para la valoración de unas conductas donde se eleva el injusto del hecho, su gravedad y el reproche penal que lleva consigo.

Pues bien, bajo estos parámetros generales que permiten la consolidación jurisprudencial de esta agravante del art. 22.4 está claro que, planteándose este motivo por infracción de ley, el respeto de los hechos probados determina la desestimación del motivo, habida cuenta que existe un ataque motivado por la condición de mujer de las víctimas, y no por otro dato.

La claridad de la subsunción del hecho probado con las características y propia naturaleza de la agravante de género que cuestiona el recurrente es evidente y relacionado con el criterio de la Sala en cuanto a la naturaleza y características de la agravante.

Así, expuesta esta referencia jurisprudencial sobre esta agravante hay que señalar que, en definitiva, son reiterados los supuestos en donde se repite la escenografía del presente supuesto de hecho, aunque puede que no en la gravedad como en el mismo se desarrollaron los hechos, ya que en éste la intención del recurrente no solamente era la de matar, sino hacerlo de una forma desproporcionada, como consta en el relato de hechos probados y su gravedad descriptiva, lo que denota la realidad acontecida y las razones que motivan el crimen ahondando en el sentimiento de dominación y posesión del autor que se atribuye el factor decisorio de acabar con la vida de las dos mujeres en la forma en la que las ejecuta.

Del antes citado relato de los hechos probados existe un sustrato fáctico bastante para aplicarla y que se ha narrado un elemento subjetivo inherente al delito cometido de dominación machista y discriminación del género femenino al que se atribuye un rol subordinado que lesiona el principio de igualdad que se conecta con el elemento objetivo antes referido en la aplicación de esta agravante al aplicarla a una situación conductual objetiva de dominación.

Además, no es válido introducir en el escenario del "error iuris" discrepancias valorativas sobre la prueba. El debate lo es sobre el proceso de subsunción de los hechos probados que se aplica a la concurrencia de los elementos antes citados en el presente fundamento en cuanto a la concreción al momento de los hechos de la razón de la muerte y el sustrato de dominación, subyugación y desigualdad entre hombre y mujer en el que el doble crimen se produjo. Las mató con una base de dominación y por su condición de mujeres. Se cumplen los presupuestos para la admisibilidad de la agravante de género del art. 22.4 CP que esta Sala ha requerido y se han citado.

Y, además, frente a la tesis del recurrente, no requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, (así se ha dicho en la STS 99/2019) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador.

Y como incide el Fiscal de Sala la agravante se aplicó en cuanto a las dos víctimas, porque lo hizo con ese fundamento subjetivo y objetivo, también respecto a su hija en una *forma vicaria de violencia de género*, por cuanto esta agravante no se aplica solo respecto al ataque a la pareja o ex pareja, sino que también puede ser aplicable en el ataque a la hija mujer por el hecho de ser mujer y con la clara intención subyacente que tiene el agresor de dominarle y subyugarle, acabando por matarla después de haberlo hecho con su mujer, y engañándole, como consta en los hechos probados y para facilitar su ejecución, que es lo que llevó a cabo, por la presencia del factor de dominación y para, finalmente, hacer patente la desigualdad de género existente.

Ello nos lleva a admitir, también, la agravante de género en los crímenes a hijas del agresor, como en este caso ha ocurrido, en una acción de crimen vicarial con agravante de género matándolas a las dos por la misma razón estructural y el mismo fundamento, que debe ser enfocado con perspectiva de género para poder ahondar en el conocimiento y gravedad de esta agravante que supone una reiteración conductual de dominación, y que en algunos casos, como aquí ha ocurrido, puede acabar con el asesinato, de ahí que la referencia al primer párrafo no es superflua para referir una trayectoria en su forma de actuar que concluye en los dos crímenes ejecutados en la forma descrita en los hechos probados.

El relato descriptivo de los probados supone una evidencia del proceso seguido a cabo "antes" en su trayectoria para acabar con el "después" a la hora de ejecutar los dos crímenes, del fundamento de dominación de su acción y la razón de matarlas por ser mujeres y del sustrato psicológico y cosificador llevado a cabo que termina con la forma y modo de acabar con la vida con las dos mujeres que son su mujer y su hija a quienes les golpeó fuertemente con una maza para luego degollarlas.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de ley por aplicación indebida del artículo 21. 4ª y 21. 7ª del Código Penal.

Nos encontramos de nuevo, como en el motivo anterior, con otro basado en "error iuris" que exige de nuevo el respeto de los hechos probados.

Se incide en que aunque se le haya reconocido la atenuante de confesión por la vía de la analogía ex art. 21.7 CP, en aras de la rigurosidad y de la seguridad jurídica; solicitando se aprecie la atenuante recogida en el artículo 21.4ª del Código Penal por entender que en el presente supuesto se cumplen todos los requisitos para su apreciación.

La cuestión planteada no tiene, de todos modos, una relevancia penológica, sino que lo que se suscita es la modificación de la atenuante ex art. 21.7 por la del art. 21.4 CP. De suyo, no se postula una consecuencia concreta más allá del cambio de la atenuante, sino nada más que la admisión de la vía del art. 21.4 CP, que, de todos modos, no se puede estimar.

Hay que volver a señalar que ello lo impide el relato de hechos probados en un motivo por error iuris. Pero, sobre todo, porque lo actuado, probado y ocurrido desde las propias exigencias del precepto que reclama aplicar que se dirige a *"la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades"*.

El recurrente no da un paso para confesar a las autoridades el delito cometido. En modo alguno.

Pues bien, lo que consta en los hechos probados es que:

"En la mañana del día siguiente relató en un bar de Portugalete a sus hermanas y cuñado, con los que se había citado el día anterior para tratar asuntos económicos de la inmobiliaria, que había matado a Milagros y a Berta y les indicó que no denunciaran los hechos hasta transcurrido un tiempo porque se iba a suicidar, quienes, no obstante, acudieron a una Comisaría a relatar lo que el acusado les había referido."

Oscar relató al agente que le llamó por teléfono con anterioridad a su detención que había matado a Milagros y Berta . Y pocas horas después de ese mismo día, fue detenido por agentes de la policía en el interior de un trastero de la empresa familiar cercano al domicilio.."

Es decir, que el recurrente no se persona en unas dependencias policiales a confesar los dos crímenes, sino que, muy lejos de ello, los agentes policiales contactan con él, porque son las personas a las que él se lo cuenta los que lo trasladan en comisaría, por lo que no se cumple el presupuesto objetivo de "confesar a las autoridades la infracción". Lo confesó a personas distintas a la noción de autoridad o funcionario. No lo hace antes de que se inicie el procedimiento. Lo hace "ad extra" del cauce que hace merecedor la vía del art. 21.4 CP.

Por ello, el Tribunal aplica la vía analógica en lugar de la ordinaria, porque no se cumple el presupuesto de la confesión a persona que tenga la condición de autoridad o funcionario público, pero no de forma indirecta cuando es la autoridad la que contacta con él para averiguar la veracidad de lo que les han expuesto que ha ocurrido, que es lo que en este caso ha ocurrido.

En cualquier caso, sea como fuere, se le reconoce y da virtualidad al operativo que realiza, pero sin ser posible "retorcer" los criterios y elementos de la atenuante del art. 21.4 CP, porque en casos de que estos no se cumplan en su totalidad es cuando cabe la vía de la analógica del art. 21.7 CP, que es lo que en este caso ha ocurrido, pese a la queja del recurrente.



El fundamento de la circunstancia del art. 21.4 CP se aminora o desaparece cuando la confesión se realiza tras saber que el procedimiento judicial se ha iniciado y en este caso se había iniciado ya porque las personas que lo comunican a la comisaría son las que abren una vía de confesión de la que no se puede beneficiar el recurrente, ya que el agente se comunica cuando ya les habían trasladado lo ocurrido. El "procedimiento" ya se había iniciado, y no cabe la atenuante del art. 21.4 CP. No obstante, la confesión tardía merece el premio de la circunstancia analógica, que es la aplicada.

No cabe, pues, considerar que si se han iniciado ya las investigaciones policiales cabría aplicar la atenuante ex art. 21.4 CP, que es la ahora reclamada.

La confesión exige que no exista investigación y el autor incida en descubrir la autoría con su confesión, evitando un trabajo policial y judicial. Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1526/2002 de 26 de septiembre de 2002, Rec. 421/2001 que:

"En relación con esta circunstancia atenuante, tiene declarado este Tribunal.:

1) que en el concepto de procedimiento judicial deben estimarse comprendidas las actuaciones policiales (v. ss. de 10 de mayo de 1991 y de 21 de marzo de 1997); y,

2) que la confesión ha de ser veraz, por lo que no cabe apreciar esta circunstancia cuando la confesión es tendenciosa, equívoca o falsa, y además ha de ser esencialmente completa, por lo que no es válida a los efectos de poder ser apreciada cuando sea meramente parcial y se oculten datos relevantes para el debido enjuiciamiento de los hechos (v. ss. de 5 de noviembre de 1993, 11 de marzo y 13 de junio de 1997)". Cabría acudir a la atenuante analógica.

La confesión ha de hacerse, pues, ante la autoridad, sus agentes o funcionario cualificado para recibirla y no ante familiares que luego lo ponen en conocimiento de agentes policiales.

Debe concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión no tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiéndose entendido que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante (SSTS 477/2016, de 2 de junio).

La expresión "antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él" debe interpretarse como "antes de ser sorprendido por los órganos encargados de la represión judicial de hechos delictivos, incluyendo:

a. Tanto las actuaciones instructoras que realiza la autoridad judicial como.

b. La investigación que realiza la policía judicial (art. 126 CE) para la investigación de un hecho delictivo" (STS núm. 1619/2000, de 19 de octubre)".

No cabe estimar el motivo planteado ante la suficiencia motivadora de la aplicación realizada y validada por el TSJ en el FD nº 6 de la sentencia recurrida.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Art. 849.1 LECRIM en cuanto a la responsabilidad civil y Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en su aplicación analógica en el resto de jurisdicciones.

Se queja el recurrente de la indemnización fijada en la sentencia, postulando su reducción en atención a la necesaria aplicación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en su aplicación analógica en el resto de jurisdicciones, lo que conecta con el principio de igualdad.

Entiende que no debe admitirse la "discrecionalidad" del juzgador en estos casos y que para ello existe el baremo de la circulación, añadiendo que *las víctimas ya no sufren ningún dolor, por lo que únicamente queda el tratar de reparar lo máximo posible el dolor de los familiares; sabiendo que ninguna indemnización será nunca suficiente, pero siendo necesario fijar una cantidad racional y ajustada a derecho.*

Entiende como más ajustada la indemnización pedida por el Fiscal de una indemnización de 120.000,00.- euros en favor de *Esmeralda*, de los cuales 70.000,00.- euros corresponden a indemnización por la muerte de su hija *Milagros* y 50.000,00.- euros corresponden a indemnización por la muerte de su nieta *Berta*. Igualmente, el Ministerio Público interesó indemnización en favor de cada uno de los hermanos de *Milagros* por importe de 20.000,00.- euros.

Hay que señalar que el baremo de la circulación no es de aplicación en delitos dolosos directamente, y que el principio de igualdad no puede convertirse en referente en estos casos, porque la casuística es muy diversa



y supuestos como el en este caso reflejado es absolutamente desigual con los ocurridos en las actuaciones del tráfico cometidos por imprudencia, que es para lo que se aplica el baremo de tráfico, pudiendo acudir de forma no vinculante a este baremo en otros supuestos, pero en los delitos dolosos no puede plantearse la queja casacional de "no haber acudido a aplicar los criterios del baremo de la circulación".

Se ha expuesto por esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 614/2022 de 22 Jun. 2022, Rec. 3228/2020 que:

La cuantificación baremada de las indemnizaciones dimanantes de hechos que deberían estar cubiertos por la garantía de un seguro obedece no a estrictos criterios objetivos o de justicia, sino a cálculos matemáticos obtenidos a partir de un estudio de posibilidades entre la cobertura técnica en función del mercado, las ramas de explotación y las reservas matemáticas que hay que contemplar para que el sistema pueda subsistir sin riesgos inasumibles para los fondos de cobertura. Por ello la fluctuación al alza o a la baja no responde a criterios equitativos sino a factores como el alza o la baja de la siniestralidad e incluso a ponderaciones mercantiles de cuotas de mercado. La indemnización baremada es la permisible para el sistema. En el caso de los delitos dolosos se rompería cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad si se trasvasara sin más el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro en tanto que los criterios de determinación son radicalmente diferentes (SSTS 47/2007, de 8 de enero ; 126/2013, de 20 de febrero ; y 222/2017, de 29 de marzo).

El "Baremo", no obstante, ha sido tomado en la práctica judicial como parámetro orientativo cuando se trata de fijar indemnizaciones civiles en el orden penal, aunque no nos movamos en el ámbito de la circulación viaria. Se atiende a las puntuaciones de las lesiones y de las secuelas padecidas que determinan los informes médico-forenses. No siendo legalmente exigible la aplicación del baremo en los casos de delitos dolosos, las cantidades que resultan de la aplicación de las Tablas tienen valor orientativo y, constituyen en todo caso, un cuadro de mínimos (SSTS 126/2013, de 20 de febrero , 480/2013, de 21 de mayo , 799/2013, de 5 de noviembre ó 580/2017, de 19 de julio ó 528/2018, de 5 de noviembre). Pero se hace lógico en esos casos, según se conviene, un incremento derivado justamente de la presencia de dolo.

El apartado primero del Anexo del RDL 8/2004, en efecto, excluye los daños dolosos del sistema de baremo: "El presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso".

Pese a esa taxativa previsión, el efecto expansivo del Baremo, previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados , a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos del mundo del automóvil ha sido admitido como referencia orientativa no vinculante, sin perjuicio de valorar las circunstancias concurrentes en cada caso y con respeto al principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil (SSTS 596/2013, de 2 de julio ; 480/2013, de 22 de mayo y 799/2013, de 5 de noviembre).

La concesión de cantidades superiores al baremo en esos casos de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos, se ha reconocido asimismo reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 772/2012, de 22 de octubre , y 799/2013, de 5 de noviembre ó 580/2017 de 19 de julio , entre otras).

Así pues:

- a) *En delitos dolosos las cuantías que resultan del baremo no rigen.*
- b) *Eso no impide acudir a ellas como referencia orientativa, si bien en principio su carácter doloso aconseja un incremento."*

Con ello, lejos de lo que postula el recurrente sí que existe discrecionalidad en la fijación de las cantidades a indemnizar en delitos dolosos, a no confundir con la arbitrariedad, y en este caso se consideran cantidades ajustadas a la realidad y gravedad de los hechos ocurridos.

Además, el dolor de los familiares que es indemnizable se produce en estos supuestos de delitos dolosos no solamente por el conocimiento del crimen que se produce que en estos casos, que es de la madre e hija, sino, también, por la *forma en la que el crimen se produce*, y que en el caso presente lo fue en la forma descrita en los hechos probados con empleo de una maza y degollando a ambas mujeres en la forma en que lo hizo. Y, además, en el caso de Berta , después de haberla matado consta que *ya fallecida Berta , le realizó un corte profundo en la zona cervical posterior hasta llegar al plano óseo.*

El precio del dolor de los familiares es personal, pero eso no impide que se pueda "medir" en el plano económico, porque aunque las víctimas ya están muertas el autor debe ser condenado a la reparación de un daño moral que resulta en ocasiones difícil de cuantificar, por no decir imposible realmente, pero que se debe hacer un esfuerzo para llevarlo a cabo, sin que pueda ser exigible acudir a un baremo de la circulación previsto para indemnizar a los familiares y perjudicados por hechos imprudentes. Que no es el caso en modo alguno.



Actos como el que ahora se debate están muy lejos de una imprudencia y dentro de los dolosos en un rango muy elevado por la forma en la que se han cometido los hechos perfectamente conocidos por los familiares a los que se les reconoce el derecho a ser indemnizados, sin que pueda hablarse de una especie de "enriquecimiento por el daño moral", ya que la pérdida de sus familiares supone un "empobrecimiento moral" no solo por la pérdida de la vida, sino por la perdurabilidad del recuerdo acerca de cómo se cometió el crimen y la perpetuación en los familiares del sufrimiento en la ocurrencia de los hechos ante la violencia exagerada en la manifestación formal de ambos crímenes. Ciertamente es que la indemnización no devuelve o "anula" ese recuerdo de lo ocurrido y lo hace desaparecer, pero es la justa compensación por un "precio del dolor" que existe objetivamente.

El TSJ desestima este mismo motivo en el FD nº 7 apuntando que:

"La fijación del quantum de la responsabilidad civil es competencia del Tribunal de instancia, que dispone de "un criterio valorativo soberano" lo que la convierte en "...una cuestión totalmente autónoma (...) discrecional facultad del órgano sentenciador, como ha venido a señalar la jurisprudencia de esta Sala que únicamente permite el control en el supuesto que se ponga en discusión las bases o diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva, o lo que es igual, el supuesto de precisar o si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza (SSTS. 18.3.2004 , 29.9.2003 , 29.9.99 , 24.5.99)"

Esta jurisprudencia supone que nos encontremos ante un limitado control, restringido a la existencia o no de obligación de indemnizar, pero no su alcance cuantitativo, siempre que sea congruente con las peticiones de las partes, y no pueda ser tildado de irracional, ilegal o contrario a la lógica, pues en estos supuestos entraríamos dentro del alcance general de la revisión que nos compete. "

La fijación del quantum indemnizatorio en el acceso a la casación no puede estar sustentada en una pretensión de rebaja por aplicación del baremo de la circulación en un delito doloso y de la gravedad de los aquí cometidos. Hay que atender a la motivación y su suficiencia, que es lo que ha hecho el TSJ debidamente en este fundamento descartando acudir, obviamente, al baremo de la circulación. Además, ya hemos expuesto que el "sufrimiento indemnizable" no es tan solo por perder para siempre a sus familiares cercanos, sino "conocer" la forma en la que acabaron con su vida, porque no puede merecer el mismo criterio de daño moral la comunicación de los agentes policiales a los familiares de una persona que ha fallecido en un accidente de tráfico que la de que han sido asesinados de la forma en la que lo fueron las víctimas en estos casos.

El principio de igualdad no puede ser en modo alguno ni el patrón ni el referente para resolver la minoración del quantum ya fijado por el Tribunal del jurado avalado, además, por el TSJ. Y ello, porque si se acudiera, precisamente, al principio de igualdad para extender el baremo de tráfico a cualquier evento dañoso es cuando se incurriría en "desigualdad" por atender con el mismo parámetro a hechos en sí mismos desiguales. Y no puede tratarse de forma igual dos crímenes de género que un accidente de tráfico. En modo alguno. Y de ser así entonces sí que se atentaría contra otros principios y, sobre todo, a la debida tutela judicial efectiva que en justa compensación exige una adecuada adecuación del quantum en materia de daño moral en supuestos tan graves como los aquí ocurridos con dos crímenes.

Añade, además, el TSJ con acierto que: no es ajeno a la lógica, sino todo lo contrario, aumentar las cantidades que se determinan en aplicación del baremo teniendo en cuenta otros factores: no es el mismo el daño psicológico derivado de un atropello imprudente que el derivado de un doble asesinato, en concreto de la esposa e hija del condenado. La existencia de un grave dolor psicológico derivado de los hechos por los que se condena no requiere una especial prueba.

Viene a señalar la sentencia del tribunal del jurado que para la definición del quantum indemnizatorio hay que apelar a "la desmesurada violencia en la dinámica comitiva empleada contra ellas y el trato diario que mantenían con ellas sugestivo de un intenso afecto, y que necesariamente ha de tener reflejo en el quantum indemnizatorio".

Y, además, es correcta la motivación del TSJ en cuanto a que es irrelevante a estos efectos el fallecimiento de D.ª Belinda en tanto el daño moral que sufrió se produjo en el momento del asesinato de su hija y nieta, quedando integrado en su patrimonio el derecho a ser resarcida; derecho que se transmite a sus herederos en virtud del artículo 19.2 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco

No puede reclamarse, pues, una especie de "objetivación" de las indemnizaciones a familiares de crímenes tan graves como el en este caso ocurrido con el asesinato de una madre e hija por el marido de la primera y padre de la segunda en la forma en que las mató, y mediante una remisión casi obligatoria que se postula por el recurrente al baremo de la circulación aplicable a supuestos imprudentes y no dolosos, porque, además, dentro de estos últimos también hay que establecer subescalas en donde encuadrar hechos tan graves como



el aquí ocurrido y el conocimiento y sufrimiento de los familiares cercanos ahora indemnizados no solo de la noticia del crimen, sino de cómo éste se cometió, perdurando ello durante el resto de la vida de los familiares perjudicados directos.

La obligación en materia de responsabilidad civil fue la de que "deberá indemnizar a D^a Belinda en la cantidad de CIENTO SETENTA MIL EUROS (170.000 €) por la muerte de su hija Milagros y nieta Berta, y a Coral, Cecilia e Valeriano en la cantidad de CUARENTA MIL EUROS (40.000 €) a cada uno por la muerte de su hermana Milagros", cantidades que no son desorbitadas y ajustadas al "precio del dolor" que está correctamente justificado y motivado atendidas las circunstancias del caso.

Cierto es que el "precio del dolor" puede ser subjetivo en cada persona según su "capacidad de sufrir o tratar de olvidar", pero es preciso objetivarlo para fijar indemnizaciones atendidas las circunstancias de cada supuesto de hecho y en este caso no existen razones, de ninguna manera, para minorar unas sumas que están perfectamente conectadas con la realidad de lo ocurrido y la necesidad de fijar una indemnización lo más ajustada al dolor, que no será puntual, sino permanente, porque el daño moral en los casos de crímenes no es transitorio, precisamente, y, mucho menos, el recuerdo de cómo se cometieron los crímenes que permanecerá de por vida en la retina y mente de los familiares directos a los que se les reconoce el derecho indemnizatorio fijado en la sentencia.

Hay que tener en cuenta que la premoriencia de un hijo o hija a la madre, y en este caso en situación de conmoriencia con una nieta, en un doble crimen de familiares tan directos como hija y nieta, así como el fallecimiento de un hermano, tienen un valor incalculable desde el punto de vista moral, que hace muy difícil la traducción en un componente económico que es muy difícil de evaluar, pero no por ello de imposible reflejo económico en la cantidad que se debe fijar en una sentencia condenatoria al autor de la muerte, que es lo que en este caso ha ocurrido. Teóricamente resulta este valor incalculable, porque es difícil "medir" el dolor del ser humano ante la pérdida anticipada de su hijo/a y nieto/a y en un escenario de un crimen (también en un hecho imprudente, porque supone de igual modo una premoriencia sumamente dolorosa). Pero el cálculo estimado es obligatorio, porque aunque no se compense el dolor y se rebaje, no por ello hay que fijar una cantidad simbólica por el hecho de que el dolor no se anule con la entrega de dinero. El dolor de la premoriencia de hijo/a y en conmoriencia con la nieta en este caso supone un dolor imposible de reparar. Ni con el dinero que se pretenda abonar, por lo que mucho menos cabe una reducción apelando a un baremo de la circulación.

En cualquier caso, hay que destacar que no puede establecerse una minoración de la cantidad fijada en sentencia previa ante un recurso interpuesto si no concurren circunstancias especiales que denotan la prueba de quien lo alega de la inexistencia de ese daño moral, o ruptura de las relaciones personales entre el familiar superviviente y el que ha fallecido a manos del autor de un crimen.

Por ello, la circunstancia de tratarse del padre o madre del fallecido, o de su hermano, no exigen el aditamento de una específica relación personal más cuidada o directa, o un mayor trato, para suponer una elevación de la cantidad indemnizatoria, o de una minoración en caso contrario, ya que en todo caso debe ser la parte que reclama una cantidad menor, o, incluso, la anulación de todo el derecho indemnizatorio la que está en condiciones de probar, y así lo debe hacer en el procedimiento judicial, cuando concurren causas de desmerecimiento del derecho indemnizatorio del familiar directo superviviente, cómo pueden ser las causas de desheredación de los arts. 852 a 855 CC y de indignidad para suceder fijadas en el art. 756 del código civil.

El derecho indemnizatorio en un padre o una madre, cuyo hijo o hija muerto, y, sobre todo, en casos de delitos dolosos, y más en crímenes, pero también en casos imprudentes, existe de forma natural por la relación directa familiar y sin necesidad de adiciones concretas en relaciones personales, ya que son las citadas causas objetivas en el código civil las que pueden suponer la anulación de ese derecho o su reducción. Y lo mismo ocurre con la condición de hermano, que ya de por sí otorga el derecho indemnizatorio por el fallecimiento en casos de delitos dolosos o imprudentes, suponiendo una mayor cantidad económica en el caso de los dolosos por la mayor afectación psicológica y personal, que supone la pérdida de un hermano, o de un hijo o hija en una causación directa y voluntaria del crimen por el autor.

De esta manera padres, madres y hermanos son sujetos acreedores de la indemnización que corresponda en caso de delitos dolosos con imposición directa al autor del mismo, y sin poder evaluar la mayor o menor relación directa o indirecta que pueda existir entre víctima y familiar en el grado directo, como es el de un ascendiente, o el de un hermano del fallecido a consecuencia del crimen y corriendo la carga de la prueba de circunstancias impeditivas en el derecho indemnizatorio a la parte que lo alega y autora del ilícito penal.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la apreciación de la prueba documental realizada por el juzgador.



Se sostiene este motivo "en cuanto a la no concurrencia de la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica por enfermedad mental" descartada en la sentencia de instancia y por el TSJ en el FD nº 4 apuntando que: *en el presente caso expresamente consta: Oscar al momento de los hechos no presentaba alteraciones significativas de sus facultades intelectivas ni volitivas, por lo que podía conocer la realidad y actuar conforme a su voluntad libremente formada.*

(...)

No se ha probado que el acusado cometiera los hechos guiado por la finalidad de que Milagros o Berta no sufrieran. Que en los meses anteriores a los hechos viniera consumiendo alcohol en cantidades excesivas o ingiriendo pastillas como orfidal (lorazepam) y frankimazin (alprazolam). Ni que cometiera los hechos en estado de intoxicación alcohólica."

Por tanto, no existen hechos probados que permitan concluir la concurrencia de la eximente incompleta reclamada por la parte recurrente; adicionalmente debe tenerse en cuenta que las circunstancias relativas al estado del recurrente fueron tenidas en cuenta por la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado a la hora de determinar la pena.

Hay que señalar, en primer lugar, que el motivo se basa en el art. 849.2 LECRIM, y en cuanto a la comparación entre informes periciales pretendiendo sostener que es posible acudir a la vía del art. 849.2 LECRIM que debemos recordar que exige documentos literosuficientes.

Pues bien, sobre ello, como hemos señalado recientemente en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 180/2021 de 2 Mar. 2021, Rec. 10242/2020:

"Dichos informes no son en realidad documentos sino pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba.

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediatez (SSTS. 5.6.2000 , 5.11.2003).

Por ello la Sala Segunda solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como:

a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario.

b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2 , 1224/2000 de 8.7 , 1572/2000 de 17.10 , 1729/2003 de 24.12 , 299/2004 de 4.3 , 417/2004 de 29.3).

En el primer caso se demuestra un error porque asumiendo su informe al incorporar a los hechos las conclusiones del único informe pericial sin explicación que lo justifique se hace de un modo que desvirtúa su contenido probatorio, y en el segundo se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo (STS. 2144/2002 de 19.12).

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim . Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediatez para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediatez no puede ser revisado en el recurso de casación.



En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECrim . No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental Si, como hemos dicho, en definitiva la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. (art. 849.2) en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efectos nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio, (SSTS. 275/2004 de 5.3 y 768/2004 de 18.6).

En la misma dirección la STS 19/2020, de 28-1 , precisa que: "Hay que advertir que los informes periciales no resultan vinculantes para el órgano de enjuiciamiento. Los informes periciales, como decimos, no son literosuficientes para evidenciar el error en la valoración de la prueba que se denuncia. El primer requisito que exige el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que el error surja de forma incontestable del particular de un documento. Este carácter no puede atribuirse, como se ha dicho, a las pruebas personales. En cuanto a la prueba pericial, esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que, en realidad, se trata de una prueba personal, aunque excepcionalmente le haya reconocido virtualidad para permitir la alteración del relato fáctico cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen."

Pues bien, confronta el recurrente en este caso el Informe emitido por la Unidad de Valoración Forense Integral del Instituto Vasco de Medicina Legal de fecha treinta de agosto de 2020 y los Informes de Osakidetza emitidos por la Psiquiatra Candelaria en fechas 28 de abril de 2020, 21 de mayo de 2020, 29 de mayo de 2020, 23 de abril de 2021 y 15 de febrero de 2022.

Pero hay que insistir con carácter previo en el carácter estrictamente restrictivo de la aplicación de esta vía del art. 849.2 LECRIM para sostener el error en la valoración de la prueba cuando está "edificado" este motivo en "documentos literosuficientes" que hacen prueba por sí mismos, lo que resulta dudoso de los informes periciales.

Así, no puede utilizarse el cauce del error en la valoración de la prueba por la vía del artículo 849.2 de la ley procesal penal para establecer una nueva "revaloración" de la prueba en sede de casación después de haberse desestimado ya por el TSJ este alegato como consta en la sentencia recurrida.

La vía de la alegación de documentos que exige el artículo que se utiliza en la exposición del motivo exige la referencia a la literosuficiencia del documento y cuando se utiliza la vía de cuestionar informes periciales debe resultar una clara desconexión valorativa por parte de un jurado o del tribunal a la hora de plasmar en la sentencia las conclusiones que se fijaban realmente en el informe pericial, lo que no es el caso, ya que el recurrente lo que postula es que se otorgue mayor relevancia probatoria al informe de la psiquiatra frente al realizado por el informe forense, aunque pretende, en cualquier caso, establecer una conclusión valorativa respecto a lo que concluye el informe forense que no ha sido aceptada por el tribunal del jurado, ni tampoco por el TSJ .

En este contexto, el cauce utilizado solo permitiría acudir a la prevalencia del alegato basado en el error en la valoración de la prueba vía documental cuando exista una patente desconexión entre la realidad del informe y la fáctica y jurídica reflejada en la sentencia, lo que no es el caso, sino que la queja comprende tan solo una preminencia en la valoración respecto a uno de los informes, lo que no puede plantearse por vía de casación, al haber sido desestimada esta alegación por parte del del TSJ y debidamente motivado en la sentencia del Tribunal del jurado, ya que se da relevancia probatoria y conclusiva al informe del médico forense respecto a que el recurrente "no presentaba alteraciones significativas, y actuaba de acuerdo a su voluntad libremente formada, y que no observó ningún elemento psicopatológico para describir que se trataba de un delirio, presentando correctas sus capacidades cognitivas y volitivas."

Debe, además, rechazarse la queja acerca de la forma en que se lleva a cabo el examen por parte del perito, ya sea presencial o por videoconferencia, ya que esta no es una alegación susceptible de ser tenida en cuenta en respecto al formato de percepción de la realidad existente y el reflejo en las conclusiones que constan en el informe explicado ante el tribunal del jurado.

Así, en la sentencia de instancia se efectúa una comparativa clara y de forma explicativa del informe sobre el que se llega a su conclusión. Se confrontan ambos informes descartando el jurado la existencia de una afectación del recurrente que impidiera tener conciencia y conocimiento de lo que estaba llevando a cabo, concluyendo que no existían circunstancias reveladoras de que el momento de los hechos tuviera afectada sus capacidades para interpretar la realidad y comprender la ilicitud de su conducta y actuar libremente conforme

dicho conocimiento, por lo que lo que se lleva a cabo es descartar el contenido de una pericia y aceptar otra, lo que no es susceptible de apelar a ello por la vía del error en valoración probatoria sustentada en documento literosuficiente refiriéndose a prueba pericial.

Por otro lado, las circunstancias de brutalidad en la forma de cometer dos crímenes como los aquí cometidos y en el círculo propio familiar matando a su mujer y a su propia hija no puede conllevar por sí mismo que la extrañeza de estos actos deba conllevar de forma categórica una afectación a la conciencia y voluntad del sujeto que así actúa, porque la "maldad humana" en estos casos de crímenes en el seno de la familia no puede suponer una especie de suposición, o presunción, de alteración de la psique del sujeto.

De esta manera, los expertos en psiquiatría destacan que el mal no es una categoría psicótica, sino que simplemente se refiere a personas que cometen un delito, asumiendo la maldad del hecho y con conocimiento y voluntad de causarlo, pero sin poderse introducir esta forma de actuar en una categoría psicótica.

En casos de gravedad extrema en la forma ejecutiva del crimen hemos apuntado en la reciente sentencia del Tribunal Supremo 300/2023 de 26 Abr. 2023, Rec. 10652/2022 que:

"Sobre este tipo de casos hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo 513/2022 de 26 May. 2022, Rec. 10662/2021 en un caso de un condenado que mató a su padre, madre y un hermano con un cuchillo y en su propio hogar de uno en uno conforme iban llegando a su casa que:

"Los mata a sangre fría y de la despiadada forma que se describe en los hechos probados. Ya hemos rechazado en el primer motivo la existencia de la alegada inimputabilidad que se sostiene, quizás derivado de la extrañeza que en este tipo de casos pueda existir de la capacidad de maldad de un ser humano de llevar a cabo conductas como las descritas en los hechos probados, pero siendo conscientes de que la imposibilidad de entender cómo la mente humana puede llegar a ser capaz de acabar con la vida de sus seres más queridos no puede llevar consigo sin más una inimputabilidad como justificación de esta conducta. Se ha rechazado de forma motivada en las dos sentencias tal circunstancia y existe prueba de las razones de su rechazo.

Y ello, porque todo el desarrollo del escenario descrito puede también contemplarse desde la mera "maldad" que existe en algunos seres humanos que les lleva a cometer actos tan crueles como los de acabar con la vida de las personas de su propio núcleo familiar. Y sin que por esta circunstancia pueda llegar a entenderse que este tipo de actos solo puede concebirse desde la afectación mental, ya que la crueldad descriptiva de los hechos se describe desde la lucidez y voluntad con la que se actúa desde un prisma de pura maldad, y no desde una afectación de la salud mental que no existía y que no tiene por qué relacionarse siempre y en cualquier caso con hechos ilícitos. El triple crimen se perpetró por pura maldad del autor y con conocimiento de lo que estaba llevando a cabo. Era imputable y lo hizo a sabiendas de lo que estaba realizando. Fue esperando a sus víctimas/familiares hasta acabar con la vida de todos ellos."

En efecto, pueden existir casos en los que la gran agresividad en su modalidad ejecutiva pueda dar a entender que solo desde el punto de vista de una grave afectación de la conciencia y voluntad la mente humana puede llegar a ejecutarlos. Pero hay que tener en cuenta que la maldad humana como concepto no puede asimilarse a un derecho de crédito a disponer de una circunstancia modificativa de responsabilidad penal por grave y extraño que parezca un crimen.

Los expertos en estas materias de las reacciones graves en casos de crímenes con circunstancias semejantes a la aquí tratada recuerdan que dentro de la psicología social, de forma genérica, se describe la maldad humana como "el daño intencional, planeado y moralmente injustificado que se causa a otras personas, de tal modo que denigra, deshumaniza, daña, destruye o mata a personas inocentes".

En cuanto a la maldad extrema, los psicólogos describen en esta categoría acciones que causan horror, que se consideran inhumanas y que están por fuera de los límites. No puede asociarse, así, en modo alguno maldad con el DIRECCION003, ya que no todo quien sufre este causa un mal, ni el que lo causa de tanta gravedad como el aquí descrito, debe estar en situación de DIRECCION003, que es lo que se alega por el recurrente. Hay que estar siempre al caso concreto. La maldad no es una enfermedad mental."

Ocurre lo mismo en el presente caso donde al recurrente no se le apreció en el informe descrito por la sentencia esta anomalía determinante de la eximente incompleta que se reclama de anomalía o alteración psíquica por enfermedad mental. Y la "preferencia" que se postula de un informe frente a otro o una revaloración de la pericial en la sede casacional después de haber sido ya analizado por el jurado, por la sentencia del tribunal de instancia, y por el TSJ no tiene cabida en el cauce del art. 849.2 LECRIM.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la apreciación de la prueba documental realizada por el Juzgador relativo a la atenuante de embriaguez.



Se queja el recurrente por el mismo cauce del art. 849.2 LECRIM ya analizado en el anterior fundamento de la no concurrencia de la atenuante de embriaguez.

Basa su alegato para la admisión en los historiales clínicos que cita y en el informe forense, y entiende que, al menos, ello lleva a "la concurrencia de la atenuante de embriaguez recogida en el artículo 21.2ª del Código Penal en relación con el artículo 20.2ª del mismo texto legal." Añade que no se ha valorado el "Informe de Urgencias del Hospital de DIRECCION002 , de fecha 11 de marzo de 2020, correspondiente a la asistencia médica recibida por mi representado tras su detención", así como las declaraciones testificales.

Nos encontramos en la misma situación anterior en cuanto al planteamiento de documentos que no tienen el carácter de literosuficientes exigidos para dar pie a su consideración en el empleo del motivo ex art. 849.2 LECRIM, y mucho menos la referencia a las pruebas personas que cita en torno a alegar en esta sede casacional por esta vía que las declaraciones testificales probaban la razón de la admisión de la atenuante de embriaguez, lo que no puede admitirse.

Como ya dijo esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 547/2020 de 26 Oct. 2020, Rec. 10647/2019:

"Es necesario, según el art. 849.2, que el razonamiento tome como base auténtica prueba documental. No lo son las pruebas personales documentadas. Algunos de los razonamientos del recurrente arrancan de declaraciones efectuadas por testigos, o por los propios acusados. Amén de no ser prueba documental, sino prueba personal documentada, tales manifestaciones carecen de literosuficiencia en relación a lo que se trata de probar (estado de embriaguez,...)

Por otra parte, no basta con citar documentos como mera excusa para discutir sin limitación alguna sobre la prueba. Es necesario (i) que los documentos sean literosuficientes, es decir demostrativos de lo que se quiere acreditar; (ii) que se hayan designado tanto los documentos como sus particulares concretos relevantes; (iii) que las aseveraciones que quieren extraerse de ellos no estén contradichas por otros elementos probatorios; y, por fin, (iv) que se consigne la redacción alternativa del hecho probado que se propone.

De todos esos requisitos el recurrente respeta la designación de documentos; o, mejor, de informes periciales, tipo de prueba que en ciertas condiciones ha sido admitido por esta Sala como palanca para activar el mecanismo previsto en el art. 849.2º LECrim ; así como la proposición de una redacción alternativa. Pero no se atiende al resto de requisitos. Así, v.gr., acude a la prueba testifical para refutarla o reclamar su ayuda; lo que constituye argumentación extraña a la morfología del art. 849.2º LECrim "

No cabe en este caso acudir ni a informes médicos no hospitalarios, pero mucho menos a declaraciones testificales que no pueden utilizarse en el cauce del art- 849.2 LECRIM.

Tiene razón el Fiscal, además, cuando sostiene que se altera la forma en que este motivo se planteó en la apelación, ya que se hizo por la vía del art. 846 bis c) apartado b) LECRIM y ahora se plantea por error en la valoración de la prueba ex art. 849.2 LECRIM., lo que es inviable alterar el cauce elegido para el planteamiento del motivo en sede de casación con respecto a lo que se sustentó en sede de apelación, circunstancia que ocurre en igual sentido con respecto al motivo anterior ya desestimado.

Por otro lado, como ya se ha expuesto, no cabe acudir a informes médicos, y menos a declaraciones testificales, como se ha expuesto, para sostener en sede casacional la admisión de una atenuante de embriaguez cuando el tribunal de instancia, ratificado en sede de TSJ ha desestimado que ello quedara probado en la medida necesaria para la admisión de esta atenuante.

En cualquier caso, lejos de lo que plantea el recurrente del informe forense no se desprende la concurrencia de la atenuante de embriaguez recogida en el artículo 21.2ª del Código Penal en relación con el artículo 20.2ª del mismo texto legal en las condiciones requeridas para la admisión de esta atenuante.

El jurado no ha considerado probada esta influencia del alcohol al momento de cometer los hechos y en su consideración de relevancia para la admisión, al analizar el conjunto de la prueba, por lo que no puede "elegirse" una serie de informes médicos para, después de la sentencia de instancia validada por el TSJ, y utilizando en sede de apelación la vía del art. 846 bis c) apartado b) LECRIM plantear la admisión de la atenuante de embriaguez ex art. 849.2 LECRIM en sede casacional por carecer los documentos referidos del carácter de literosuficiencia y por no poder convertir la casación en una "segunda vuelta" en valoración de prueba, o en sede de "revaloración" de la misma.

Pero es que, además, en cuanto a esta atenuante del art. 21.2 CP hemos señalado como requisitos se exigen para apreciar esta atenuante:

1. La constatación de la grave adicción.



2. La adicción sea el motivo de la actuación delictiva.

3. La capacidad intelectual y volitiva del sujeto esté mermada, si bien de forma mínima.

La STS de 23 de abril de 2004 señala que para la aplicación del art. 21.2 CP "no basta que se acredite el padecimiento por el recurrente de una grave adicción a las sustancias estupefacientes, sino que a ello debe añadirse el carácter motivacional o funcional de tal adicción en relación al delito cometido. Para apreciar la atenuación es necesario, por tanto, además de la adicción una relación de conexidad o lazo de causalidad entre tal efecto y el delito perpetrado (...).

Lo básico en el juego de la atenuante, es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia de la hipótesis del art. 20.2 CP y su correlativa eximente incompleta (21.1.º CP), en que el acento se sitúa en la afectación morbosa de las facultades anímicas".

No puede plantearse la sede casacional como el proceso de elección o selección de la prueba que avala los postulados del recurrente frente al proceso valorativo llevado a cabo por el tribunal de instancia validado ante el TSJ, porque supone alterar el objeto y régimen del recurso de casación, y menos utilizando el cauce reflejado con el planteamiento que ya se había hecho ante el TSJ ex art. 846 bis c) apartado b) LECRIM como sostiene el Fiscal.

Además, en estos casos ex art. 21.2 CP hemos dicho que lo primero que ha de constatarse para la aplicación de esta atenuante es la adicción. No podrá aplicarse, por tanto, el art. 21.2 a los supuestos de intoxicación aguda (esto es, la intoxicación plena del art. 20.2) puesto que, en ese caso, no habrá necesariamente adicción y ya existe un precepto específico para ello (art. 20.1 CP, que exige de responsabilidad al que se encuentra, al tiempo de cometer la infracción en un estado de intoxicación crónica).

Una vez constatada la adicción, deberá valorarse ésta como grave. Es el juez o tribunal el que ha de valorar esa gravedad de la adicción de acuerdo con el criterio que da la experiencia. El número de años de adicción podría ser un dato para apreciar esta gravedad.

Es necesario, además, que la adición sea el motivo o la causa de la actuación. Se hace referencia, por tanto, a la llamada "delincuencia funcional".

Por último, aunque el Código no menciona la necesidad de que las facultades intelectivas y volitivas del sujeto resulten alteradas, éstas deben estarlo, puesto que el fundamento de la atenuante reside en que afecta a la imputabilidad del sujeto.

Esta necesidad de la alteración mínima de las facultades intelectivas y volitivas implica también que no será suficiente la mera condición de consumidor de alcohol para la aplicación de la atenuante.

E incluso la mejor doctrina apunta que en los casos de adicciones leves o mero consumo perjudicial las facultades del sujeto no se ven mermadas y, en consecuencia, no hay ningún fundamento dogmático para aplicar una analógica en estos supuestos. Si el legislador hubiera querido atenuar estos supuestos hubiera bastado con suprimir del 21.2.ª el adjetivo "grave" pues, en todo caso, la analógica ha de ser de análoga significación no de menor significación. Y el mero consumo excesivo de alcohol no es suficiente para apreciar la atenuante, ya que éste únicamente produce una euforia o excitación nerviosa que afecta al carácter, pero no perturba la conciencia, siendo irrelevante para el Derecho.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Oscar** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 20 de marzo de 2023, en el que se desestimó el recurso de apelación formulado por la representación de indicado acusado y desestimó también los recursos supeditados de apelación interpuestos por la Acusación Particular y Popular contra sentencia dictada por la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda, que fue aclarada por auto de 18 de octubre de 2022 y que condenó al acusado por dos delitos de asesinato. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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



Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ