

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 136/2012 de 6 marzo.

RESUMEN

El Tribunal Supremo estima apreciable la agravante de parentesco en el caso de un homosexual que mata a su pareja tras deducir la existencia de relación de pareja estable en base al hecho de compartir domicilio, de llevar una vida en común, y de la dependencia económica que tenía la víctima respecto de su agresor.

I. ANTECEDENTES

Primero

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 11 de Palma de Mallorca, incoó Causa nº 2/09, contra Félix , y una vez concluida, la remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección I, que por el procedimiento del Tribunal del Jurado y con fecha 30 de Mayo de 2011 dictó sentencia en la meritada causa; apelada dicha resolución por el antes citado Félix , la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, dictó sentencia con fecha 27 de Septiembre de 2011, que contiene, entre otros, los siguientes Antecedentes de Hecho :

"II.- Concluido el acto del juicio, el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, presidido por el Magistrado-Presidente Ilma. Sra. Dª Mónica de la Serna de Pedro, en fecha 30 de mayo de 2011, dictó la sentencia recaída en el Rollo nº 2/2010 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera , que en su parte dispositiva establece: "De conformidad con el veredicto de culpabilidad expresado por el Jurado, que debo condenar y condeno a Félix, como autor responsable de un delito previsto y penado en el artículo 138 del C.P., con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco [...].- III.- En dicha sentencia se declararon HECHOS PROBADOS de conformidad con el veredicto emitido por el Jurado, los siguientes: "1. El día 4/10/08 sobre las 21 horas, el acusado Félix -mayor de edad en cuanto nacido el día 5/02/78, de nacionalidad rumana y sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa desde el día de los hechos- y Cecilio , regresaban al apartamento que compartían sito en la CALLE000 nº NUM000, EDIFICIO000, apartamento NUM001 de la localidad de Palmanova, donde iniciaron una discusión que derivó en pelea, lo que motivó que Cecilio abandonara el domicilio 2. Seguidamente, el acusado, movido por la intención de acabar con la vida de Cecilio, salió detrás de él y, alcanzándole por la espalda, cuando bajaba por las escaleras, le cortó el cuello con un cuchillo de cocina de 32 centímetros, lo que le ocasionó una herida corto punzante de degüello de 27 centímetros de longitud que le provocó de manera inmediata la muerte por destrucción de centros vitales cervicales. 3. En el momento de los hechos, Félix y Cecilio mantenían una relación sentimental". (sic)

Segundo

SEGUNDO

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: 1º) Se estima en parte el recurso de apelación que Félix interpone contra la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado con fecha 30 de mayo de 2011, sentencia que se revoca parcialmente.- 2º) Se condena al Sr. Félix en calidad de autor de un delito

de homicidio previsto y penado en el art. 138 del, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

Tercero

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el Ministerio Fiscal y la representación de Félix, que se tuvieron por anunciados [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

[...]

Cuarto

CUARTO

Recurso del Ministerio Fiscal.

Su recurso está formalizado por un único motivo que encauzado por la vía del error iuris denuncia como indebida la eliminación que llevó a cabo la sentencia de apelación de la aplicación de la agravante de parentesco.

La sentencia de instancia, estimó que entre víctima y recurrente, existió una relación sentimental y por ello aplicó la circunstancia mixta de parentesco como agravante del art. 23 CP.

El Tribunal de apelación estimó que no procedía tal aplicación porque, según se razona en el f.jdco. tercero:

"...El art. 23 configura como una de esas circunstancias a la que concede eficacia atenuante o agravatoria, según la distinta naturaleza del delito, hallarse ligado de forma estable con el agraviado por análoga relación de afectividad que el cónyuge. El concepto es mucho más restrictivo y exigente que la simple relación amorosa, y que implica una exclusividad, una convivencia continuada y con proyección de futuro y una intención firme de continuidad de vida que en absoluto esta última comporta siempre.

En el presente supuesto, el relato fáctico de la sentencia se limita a afirmar que los Sres Félix y Cecilio mantenían una relación sentimental. Tan escueto aserto no permite agravar la pena por razón de parentesco, por cuanto nada dice acerca de la duración de esa relación afectiva, ni de si la misma perseguía propósito de permanencia, ni, en general, de sus condiciones intrínsecas. Esta inexpresividad jamás puede volverse en contra del acusado....".

Ya anunciamos nuestra discrepancia con este razonamiento y, en consecuencia, la admisión del recurso del Ministerio Fiscal.

El art. 23 CP , en su redacción actual, se refiere a "...ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad....".

La redacción actual tiene su origen en la L.O. 11/2003 que sustituyó la referencia a la "forma permanente" por "forma estable" en relación a la relación de afectividad.

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

a) **Existencia de una relación asimilada a la matrimonial ya sea la pareja heterosexual o como --es el caso de autos-- pareja homosexual**, aquí de dos varones, Félix el recurrente, y Cecilio la víctima, y

b) **Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas --STS 216/2007--**, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima.

Esta circunstancia de parentesco, tiene su proyección más típica en los arts. 153, 171-4 y 173 CP en relación a la violencia de género. En concreto, en el art. 173-2º, se recoge la expresión "...el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia....".

Volviendo a la atenuante del art. 23 es cierto que se exige una relación estable, nota que debe ser analizada caso a caso y en atención a las circunstancias concretas.

En este sentido, la sentencia de apelación excluye la agravante porque la referencia en el factum de la sentencia es muy escueta, sin que aparezca la nota de la perdurabilidad, el compromiso y el proyecto de vida en común.

Sin perjuicio de reconocer que en el factum solo se contiene esa referencia a la relación afectiva, es lo cierto que también contó en el mismo relato de manera implícita pero clara, que ambos --agresor y víctima-- compartían el mismo domicilio, pues la discusión previa tiene lugar en el domicilio de ambos, y el ataque del recurrente se produce en las escaleras del inmueble, pero hay más datos que colorean y dan consistencia a esa relación de afectividad existente entre ambos.

En efecto, en la pág. 8 de la sentencia del Jurado --fjdco. preliminar-- se nos dice expresamente:

"...Por último, el jurado consideró probada la existencia de una relación sentimental entre el Sr. Félix y el Sr. Cecilio , basando su conclusión en la documental existente en las fotos de explícito contenido sexual, la convivencia en el momento de los hechos, incluso compartiendo cama, y la dependencia económica del acusado respecto de la víctima, dado que el primero no tenía trabajo en la isla....".

Es evidente que a la luz de estos datos no puede dudarse de que se está ante una relación sentimental dotada del carácter estable al que se refiere el art. 23 CP .

Hay que recordar que la jurisprudencia de esta Sala en relación a los artículos más arriba citados de la violencia contra la mujer, 153, 171-4º y 173-2, estima que la eliminación de la nota de convivencia, ha dado entrada dentro de la violencia contra la mujer, no solo las relaciones de estricto noviazgo, sino aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual como se recoge en la STS 1376/2011 de 23 de Diciembre, aunque no falten otras que exigen un mínimo de consistencia y de vocación de futuro -- STS 1348/2011 de 14 de Diciembre--.

Estas reflexiones no deben hacernos perder de vista que la norma cuestionada aquí es la circunstancia de parentesco y que por tratarse de una pareja homosexual --dos hombres--, se está extramuros de todo supuesto de violencia de género, pues ese "género" es según la Ley única y exclusivamente la mujer, no pudiendo ser víctima el hombre.

Pues bien, resituado el debate en la circunstancia de parentesco, estimamos la relación que mantenían agresor y víctima responde a la nota de estabilidad: a) al compartir domicilio , b) llevar una vida en común, aunque no se precisa desde cuando ni los proyectos de futuro que tuvieron, siendo también dato relevante -- también incluido en la sentencia de primera instancia, aunque deslizado indebidamente en la fundamentación--, c) el de la dependencia económica que tenía la víctima respecto de su agresor.

Por lo demás, está fuera de toda duda que la relación estable a que se refiere el art. 23 CP incluye tanto la pareja heterosexual como la homosexual, y ello en virtud de la Ley 13/2005 de 1 de Julio de reforma del C.Civil que reconoció el matrimonio entre personas de igual sexo en clave de absoluta igualdad que el matrimonio heterosexual.

Hay que recordar la obviedad de que la Humanidad se divide entre hombres y mujeres no entre homosexuales y heterosexuales , por lo que no sería admisible excluir la relación estable afectiva entre dos personas del mismo sexo, cuando la razón de ser de la agravante es la misma en una pareja homosexual que heterosexual.

Como consecuencia de todo lo razonado, debemos estimar el recurso del Ministerio Fiscal y con revocación parcial de la sentencia de apelación, aplicar la circunstancia del parentesco como agravante en el delito de homicidio del que es autor Félix, lo que se acordará en la segunda sentencia.

[...]

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 27 de Septiembre de 2011, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar [...]

Por los razonamientos jurídicos incluidos en el f.jdco. tercero de la sentencia casacional, declaramos la concurrencia de la circunstancia de parentesco como agravante en el delito de homicidio del que es autor Félix , imponiéndole la pena de 13 años de prisión, esto es la misma que le impuso la sentencia de primera instancia, que vuelve a adquirir pleno valor como consecuencia de la estimación del recurso del Ministerio Fiscal. [...]