

EDJ 2015/177782 STS Sala 2ª de 30 septiembre de 2015

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-9-2015, nº 568/2015, rec. 10238/2015

ROJ: STS 4122:2015, ECLI: ES:TS:2015:4122

C/PRESENCIA DE UN NIÑO

Pte: Giménez García, Joaquín

STS Sala 2ª de 30 septiembre de 2015

Anula parcialmente

SAP Guadalajara de 23 enero 2015 (J2015/19261)

Resumen

Tentativa de asesinato de compañero sentimental a su pareja. Penalidad. Privación de la patria potestad y alejamiento de la hija común. El TS modifica la condena por delito de asesinato en grado de tentativa y priva al condenado de la patria potestad respecto a la hija que tenía con la víctima e impone una pena de alejamiento de la menor. El hecho de haber presenciado la menor el ataque de su progenitor a su madre constituye un dato que acredita suficientemente el nexo entre el delito y el perjuicio para el desarrollo integral de la menor que se vería victimizada del hecho de mantener el padre la patria potestad y del derecho de visitas (FJ 5).

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre de 1995. Código Penal

art.22.1 , art.46 , art.55 , art.139

CE de 27 diciembre de 1978. Constitución Española

art.24

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOSAGRAVANTES⁺ALEVOSÍA⁺

Integrante del asesinato

Apreciación

MIXTA DE PARENTESCO

ANIMUS NECANDI⁺EN EL ASESINATO⁺ASESINATO⁺

FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN

Grados de ejecución

Tentativa

PENALIDAD[✦]

En general

MEDIDAS DE SEGURIDAD[✦]

APLICACIÓN

Quebrantamiento de medidas

PENALIDAD[✦]

FACULTADES JUDICIALES

Principio de proporcionalidad

PROCESO PENAL[✦]

SUMARIO[✦]

Medidas cautelares[✦]

Prohibición de acercamiento

SENTENCIA[✦]

Redacción y fundamentación

Motivación

Inexistente o insuficiente

; Desfavorable a: Condenado

Procedimiento: Recurso de casación

☰ Índice

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

– FALLO

SEGUNDA SENTENCIA

🔍 Documentos relacionados

– Legislación

Aplica art. 22.1 , art. 46 , art. 55 y art. 139 de LO 10/1995 de 23 noviembre de 1995. Código Penal

Aplica art. 24 de CE de 27 diciembre de 1978. Constitución Española

Cita

LO 5/2010 de 22 junio de 2010. Modificación de la LO 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre de 1995. Código Penal

Cita art. 5.4 y art. 11 de LO 6/1985 de 1 julio de 1985. Poder Judicial

Cita RD de 24 julio de 1889. Código Civil

Cita RDLeg. de 14 septiembre de 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

— Jurisprudencia

Anula parcialmente SAP Guadalajara de 23 enero 2015 (J2015/19261)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 18 febrero de 2015 (J2015/20777)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 octubre de 2014 (J2014/183945)

Cita en el mismo sentido sobre AGRAVANTES - ALEVOSÍA - Integrante del asesinato - Apreciación

STS Sala 2ª de 12 junio de 2014 (J2014/115753)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 mayo de 2014 (J2014/86604)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 enero de 2013 (J2013/15641)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 12 noviembre de 2008 (J2008/227772)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 6 julio de 2001 (J2001/25290)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 11 septiembre de 2000 (J2000/25623)

Citada por SAP Barcelona de 17 noviembre 2015 (J2015/255012)

Citada por SAP Vizcaya de 10 noviembre 2015 (J2015/278575)

Citada por AP Soria de 16 marzo de 2016 (J2016/56632)

Citada por STS Sala 2ª de 26 junio de 2017 (J2017/124821)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Guadalajara, instruyó Sumario nº 3/2013, seguido por delito de homicidio en grado de tentativa, contra Inocencio , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección I, que con fecha 23 de Enero de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado y así se declara que I.- El procesado Inocencio, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantenía una relación sentimental con Mariana desde hacía varios años, conviviendo juntos en el domicilio sito en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Fontanar (Guadalajara). Fruto de dicha relación tienen una hija María, de tres años de edad.- II.- Como consecuencia de un episodio de violencia de género acaecido el día 27 de julio de 2013, Mariana interpuso denuncia contra el procesado, dando origen a las Diligencias Previas Proc. Abrev. 2833/2013 del Juzgado de Instrucción num.2 de Guadalajara. En el seno de dicho procedimiento se dictó auto de fecha 29 de julio

de 2013 por el cual se prohibía al procesado aproximarse a una distancia inferior a 500 metros del domicilio, lugar de trabajo o persona de Mariana, así como comunicarse con ella por cualquier medio mientras durase la tramitación de la causa, siéndole notificado al procesado dicho auto el día 31 de julio de 2013.- III.- A pesar de tener perfecto conocimiento de la prohibición impuesta y mostrando absoluto desprecio hacia la resolución judicial, en la mañana del viernes día 2 de agosto de 2013, el procesado, que sabía que Mariana iba a ir al centro de Guadalajara, se dirigió a dicho lugar, y cuando alrededor de las 12:00 horas la vio en compañía de su hija, su hermana y su sobrino, la siguió hasta que entraron en la zapatería "Andarín", sita en la calle Juan Miranda.= El procesado estuvo esperando en la puerta del establecimiento sin que pudiera ser visto por Mariana hasta que esta salió del local. En ese momento el procesado, movido por el propósito de acabar con la vida de su pareja, la abordó por la espalda, la agarró por el cuello y con un cuchillo de cocina de 14 cms. de hoja, le asestó múltiples puñaladas en la zona del cuello y de la espalda, siendo completamente inútiles los esfuerzos de la víctima por zafarse del agresor, ya que este la tenía fuertemente sujeta, impidiéndole cualquier tipo de movimiento.= Acto seguido el procesado arrastró por el suelo a su pareja, llegando en ese momento una pareja de agentes de la Policía Local, en cuya presencia y a pesar de los gritos de "alto" que le daban, al acusado continuó asestando puñaladas a Mariana por la espalda y el abdomen.= Finalmente, el procesado pudo ser detenido por los agentes, los cuales dieron aviso inmediato a los servicios sanitarios, dado el serio peligro que corría la vida de la perjudicada. Estos hechos fueron presenciados por la hija menor de la pareja.- IV.- Como consecuencia de estos hechos, Mariana sufrió lesiones consistentes en heridas por arma blanca en zona mandibular izquierda, zona supracavicular derecha (con trayecto próximo a la vena yugular externa pero sin afectarla), hombro izquierdo, flanco abdominal izquierdo, región posterior del hemitórax derecho, flanco lateral de hemitórax derecho y región lumbar axial (en el eje de la columna). Dichas heridas ocasionaron dos laceraciones del lóbulo inferior derecho de pulmón (la mayor de aproximadamente 4 cms. de extensión), cursando con enfisema subcutáneo, leve neumotórax y hemotórax de 14 mm. de espesor, laceración hepática en dos segmentos del lóbulo derecho: laceración en segmento VII (segmento anterior) con longitud aproximada de 6 cms. y en segmento VI (segmento posterior) de aproximadamente 4,5 cms. y laceración de polo inferior del bazo, cursando estas últimas lesiones con hemoperitoneo (extravasación de sangre en la cavidad abdominal). Estas lesiones requirieron para su sanidad tratamiento médico quirúrgico consistente en anestesia general, laparotomía, hemoxia de laceración esplénica, hemostasia de laceración hepática, sutura de heridas penetrantes (en peritoneo), en hipocondrio derecho e izquierdo, sutura del conjunto de heridas con colocación de drenajes (penroses), y tubo de tórax en VI espacio intercostal derecho (toracostomía cerrada), sueroterapia, antibioterapia, analgesia, antiinflamatorios y reposo.= Dichas lesiones tardaron en curar 97 días, 7 de ellos de hospitalización, 13 impeditivos para su actividad habitual y 77 no impeditivos para la misma. Quedan como secuelas trastorno de estrés postraumático y el siguiente conjunto de cicatrices: cicatriz de un cm. en zona supraclavicular derecha, cicatriz de 1,7 cms. en región deltoida izquierda, cicatriz de 19 cms. de longitud en región abdominal (desde región epigástrica hasta zona suprapúbica), dos cicatrices de 2,5 y 2 cms. respectivamente en flanco izquierdo de región dorsolumbar (próximo al borde superior de la espina ilíaca) cicatriz de un cm. en región lumbar (axial), dos cicatrices en región posterior de hemitórax derecho, tres cicatrices en flanco torácico derecho, una cicatriz en flanco abdominal derecho (periumbilical). Estas cicatrices son el resultado de las heridas y las actuaciones quirúrgicas (laparotomía, zona de drenaje quirúrgico, ampliación de heridas para poder estudiar trayectorias y afectaciones de regiones internas de la economía corporal) y ocasionan un perjuicio estético medio.- V.- A causa de este episodio acaecido, mediante auto de fecha 4 de agosto de 2013, dictado por el Juzgado de Instrucción num. 2 de Guadalajara, se acordó la prisión provisional comunicada y sin fianza del acusado y se le prohibió aproximarse a una distancia inferior a 1.000 m del domicilio, lugar de trabajo o personal de Mariana, así como comunicarse con ella por cualquier medio mientras durase la tramitación de la causa.= Mediante auto del Juzgado de Instrucción num. 2 de Guadalajara de fecha 28 de agosto de 2013, se amplió dicha medida cautelar y se prohibió al procesado aproximarse a una distancia inferior a 1.000 metros a su hija menor de edad Maria, cualquiera que fuere el lugar donde esta se encontrara, así como comunicarse con ella por cualquier medio mientras durase la tramitación de la causa". (sic)

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

FALLAMOS: Debemos condenar y condenamos a Inocencio, como autor responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco y como autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar a las siguientes penas: 1.- Por el delito de asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de trece años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y la prohibición aproximarse a Mariana a una distancia inferior a mil metros, a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que frecuentado por ella por

tiempo de veintitrés años, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual por tiempo de veintitrés años.- 2.- Por el delito de quebrantamiento de medida cautelar a la pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- El condenado, Inocencio, deberá de abonar en concepto de responsable civil por las lesiones y secuelas causadas a Mariana, la cantidad de treinta y siete mil setecientos cinco euros (37.705 euros) y el pago de las costas causadas.- Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa". (sic)

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

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal formalizó su recurso de casación en base a un UNICO MOTIVO: Al amparo del art. 849.1 LECriminal (EDL 1882/1).

La representación de Inocencio formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 y 11 de la LOPJ y art. 24.2 C.E. (EDL 1978/3879) SEGUNDO: Sin fundamentación en precepto alguno.

TERCERO.- a QUINTO: De nuevo sin base en precepto alguno.

Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 29 de Septiembre de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 23 de Enero de 2015 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Guadalajara, condena a Inocencio como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco y como autor, asimismo, de un delito de quebrantamiento de medida cautelar a las penas fijadas en el fallo con los demás pronunciamientos incluidos en el mismo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que con ocasión de un episodio de violencia de género cometido por el condenado / recurrente Inocencio en la persona de su compañera sentimental Mariana ocurrido el 27 de Julio de 2013 y que dio lugar a las Diligencias Previas 2833/2013 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Guadalajara, por resolución judicial de 29 de Julio de 2013 se le prohibió a Inocencio acercarse al domicilio, lugar de trabajo o persona de Mariana, así como comunicarse por cualquier medio con ella, resolución que le fue notificada el 31 de Julio de 2013.

En esta situación el 2 de Agosto de 2013, Inocencio con conocimiento de que su compañera iba a ir al centro de Guadalajara, la buscó y encontró en compañía de la hija común de ambos, su hermana y su sobrina, y escondiéndose para no ser visto, la esperó a la salida de la zapatería "Andarin". Al salir de dicho establecimiento, y con la finalidad de acabar con la vida de ella, la abordó por la espalda, agarrándole del cuello y con un cuchillo de cocina de 14 cms. de hoja, le asestó múltiples puñaladas en el cuello y espalda, siendo inútiles los esfuerzos de la víctima por liberarse de su agresor al tenerla fuertemente agarrada.

Al momento llegó una pareja de la policía municipal, continuando el recurrente dándole cuchilladas a Mariana en la espalda y abdomen, hasta que pudo ser reducido.

Mariana fue evacuada a un centro hospitalario, sufriendo las lesiones descritas minuciosamente en el hecho probado.

Los hechos descritos fueron presenciados por la hija menor de la pareja.

Por auto de 4 de Agosto de 2013 dictado por el Juzgado de Instrucción n° 2 de Guadalajara, se acordó la prisión provisional comunicada y sin fianza del ahora recurrente y se le prohibió la aproximación a su compañera Mariana en los términos fijados en dicha resolución, y por nuevo auto del mismo Juzgado de 28 de Agosto de 2013 se amplió la prohibición de aproximación en relación a la hija menor de edad María.

Contra la expresada sentencia se ha formalizado recurso de casación tanto por el Ministerio Fiscal como por el condenado.

Segundo.- Recurso de Inocencia.

Su recurso está desarrollado a través de cinco motivos a cuyo estudio pasamos seguidamente.

El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales y con la cita genérica de violación del art. 24 de la Constitución denuncia la violación del derecho a la proporcionalidad de las penas y del derecho a un proceso con todas las garantías. Se dice que la condena a trece años y seis meses por el delito de asesinato en grado de tentativa con la agravante de parentesco, y, además, otra condena por el delito de quebrantamiento de medida cautelar resulta desproporcionada.

Asimismo cuestiona la calificación de asesinato por estimar que no concurre la alevosía estimando que se estaría ante una tentativa de homicidio para a continuación añadir con gran inconsecuencia, que "...si la víctima fue atacada por la espalda, el degollamiento es la forma más fácil de llevar a cabo el propósito, y sin embargo no se realiza el mismo, lo que acredita la condición de que no se tenía intención de matar...".

Tres cuestiones, de forma un tanto anárquica se suscitan en el motivo y a las tres daremos respuesta.

En relación al "animus necandi" o intención de matar, es patente su concurrencia dado el arma empleada --un cuchillo con 14 cm. de hoja--, la proliferación de cuchilladas --once-- y la zona vital --cuello, espalda y abdomen de la víctima--.

Es reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala --entre las últimas STS 466/2014 de 12 de Junio --, que extrae o infiere de estos datos objetivos el hecho subjetivo de la intención que animara la acción del condenado. En la sentencia sometida al presente control casacional se razona in extenso y con buena doctrina la ocurrencia de dicho animus necandi --véase f.jdco. primero, págs. 6 a 9 de la sentencia. Retenemos de su acertado razonamiento el siguiente párrafo:

"...En otras palabras, se estima que obra con dolo quien conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar...".

En el presente caso la verdadera intención que tenía el recurrente es clara a la vista del relato de hechos que recoge, como se ha dicho, la sorpresa del ataque, la forma de espaldas y el medio, con un cuchillo de 14 cm. de hoja, a lo que se debe añadir la multitud de cuchilladas y la zona vital afectada de la víctima, y la consecuencia de que "...dado el serio peligro que corría la vida de la perjudicada...".

Es patente el animus necandi, que, además, como se dice en la sentencia no fue objeto de debate esta cuestión, toda vez que la defensa admitió el animus necandi.

En relación a la concurrencia de la alevosía también está cumplidamente argumentada tal agravante cualificativa del asesinato en la sentencia.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala y a la vista de la definición de alevosía que se contiene en el art. 22-1º del Cpenal, tal agravante se integra por la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Un elemento normativo constituido por el hecho de que tal agravación solo es posible en delitos contra las personas.

b) Un elemento objetivo constituido por la ejecución de medios, modos o forma objetivamente adecuados para la eliminación de las posibilidades de defensa de la víctima, es decir que objetivamente se elimine o se aniquile la

defensa posible de la víctima.

c) Un elemento subjetivo constituido por el conocimiento y consentimiento por parte del autor de que con ello se está aniquilando las posibilidades de defensa de la víctima.

En definitiva, en la actual jurisprudencia aparece superado el debate sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de tal agravación, ya que en definitiva, se dan ambos elementos, de un lado hay un plus de antijuridicidad objetivado precisamente en la elección de tales medios, y ese plus de antijuridicidad genera un plus de culpabilidad entendida como merecimiento de pena, merecimiento que es claramente mayor por la perversidad del agente demostrada en la elección de tales medios.

Nos encontramos con el elemento sorpresa del ataque, súbito e inesperado, a lo que se une el ataque de espaldas y con un arma cuya capacidad homicida está fuera de dudas, produciendo todo ello el aniquilamiento de toda reacción defensiva de la víctima.

En relación a la desproporcionalidad de las penas, el recurrente la anuda a la pena de prisión por el delito de asesinato intentado, debemos recordar la doctrina de la Sala sobre la vigencia de este principio.

Es doctrina de la Sala, que el principio de proporcionalidad, aunque no expresamente reconocido en la Constitución, debe ser considerado como el " eje definidor de cualquier decisión judicial " , singularmente en la fase de individualización judicial de la pena, adecuándolo al nivel de culpabilidad y a la gravedad del hecho, pues ambos parámetros deben de tenerse en cuenta a la hora de imponer la pena que actúa como compensación o merecimiento de sanción por el hecho cometido.

En tal sentido, SSTS 747/2007; 817/2011; 452/2012; 33/2013; 430/2014; 658/2014 ó 84/2015.

Todo enjuiciamiento lo es desde la medida y la ponderación, desde el respeto a las previsiones legales.

A ello debe añadirse que tal principio está expresamente reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el art. 49 del Tratado de Lisboa --BOE de 18 de Julio 2008--, donde se reconoce el principio de proporcionalidad de delitos y penas "....la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción....".

Pues bien, desde este principio hay que concluir diciendo que no existió desproporción en la imposición de la pena de trece años y seis meses de prisión por el delito de asesinato en tentativa del que es autor el recurrente.

El delito de asesinato previsto en el art. 139 Cpenal tiene pena de quince a veinte años, al ser delito en tentativa, el Tribunal, con toda corrección rebajó en un grado la pena, ex art. 62 Cpenal (EDL 1995/16398) atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución, situándose la nueva pena entre los siete años y seis meses hasta los quince años menos un día. Ya en esta nueva situación, al concurrir la agravante de parentesco, le impuso la pena en la mitad superior fijándola en los expresados trece años y seis meses, pena legal correctamente y pena proporcionada al grado de culpabilidad y a la gravedad del hecho.

Procede el rechazo de todas las alegaciones efectuadas al amparo de este motivo.

Tercero.- El segundo motivo por el cauce del error iuris --aunque no cita artículo de la LECriminal (EDL 1882/1)-- cuestiona la calificación de asesinato postulando la tesis de las lesiones.

El motivo carece de todo fundamento y en definitiva vuelve a cuestionar el animus necandi que ya efectuó como se ha dicho, en el motivo anterior.

Procede el rechazo del mismo, que además incurre en causa de inadmisión por no respetar los hechos probados donde se explicita con toda claridad el animus necandi.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.- Pasamos al estudio de los motivos tercero, cuarto y quinto, los tres formulados por el cauce del error facti aunque tampoco se cita expresamente el art. 849-2º LECriminal (EDL 1882/1).

Se trata de tres motivos prácticamente ayunos de argumentación por lo que su inadmisión es clara. Además hay que recordar que es presupuesto de admisibilidad del cauce del error facti, la existencia de "documentos" en el preciso y exacto sentido que tal término tiene en clave casacional, por todas STS de 10 de Noviembre de 1995.

Al respecto el recurrente se refiere a declaraciones ingenuas.

Procede el rechazo de los tres motivos citados.

Quinto.- Recurso del Ministerio Fiscal.

En un único motivo encauzado por la vía del error iuris del art. 849-1º denuncia dos cuestiones :

a) **En primer lugar la indebida inaplicación de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad del recurrente en relación a la hija menor,** de acuerdo con los arts. 46 y 55 del Cpenal . y

b) **En segundo lugar denuncia como indebidamente inaplicada la pena de prohibición de aproximación del recurrente a la hija menor, así como de comunicarse con ella.**

Al respecto la sentencia sometida al presente control casacional aborda expresamente ambas cuestiones con el resultado en el f.jdeo. cuarto en los términos siguientes:

"...No procede, sin embargo acordar la pena de privación de patria potestad con respecto a la hija menor María pedida por las acusaciones. En efecto, la petición se fundamenta en el artículo 55 del Código Penal en relación con el artículo 46 del citado Código . En este sentido, esta Sala considera que **no se puede imponer la pena solicitada porque no se trata de una pena cuya imposición sea automática. En efecto, el legislador ha condicionado la imposición de la pena de privación del ejercicio de la patria potestad a que tuviera relación directa con el delitocometido,** lo que no acontece en el caso de autos; pero además el propio artículo 46 del Código Penal (EDL 1995/16398) dice: "La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil (EDL 1889/1), incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas". Todo ello, por la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 junio 2010 (EDL 2010/101204), lo que significa que **deberá de atenderse en estos casos a la relación circunstanciada que deberá de recogerse en la sentencia con relación a los hechos probados,** lo cual tampoco acontece en este caso, pues lo cierto es que **no siendo una pena cuya aplicación proceda de forma automática, deberá de probarse y acreditarse conforme a las exigencias del derecho penal la necesidad de su imposición,** pues no basta la mera alegación o pretender su imposición por el mero reproche objetivo de la conducta cometida por el acusado, debiendo acreditar, pues así lo exige el derecho sancionador, que los hechos son perjudiciales para el menor, prueba esta que no ha acontecido, y criterio este al que se puede acudir, pero ahora insuficiente por lo antes expuesto, toda vez que no tiene relación directa con el delito cometido.

Por tanto, esta falta de prueba en este orden jurisdiccional no implica que **en el ámbito civil pueda instarse y pretender lo que aquí ahora se deniega penalmente ante la falta de acreditación por parte de quien debe de acreditar lo que quiere, esto es la acusación.**

No procede por tanto, imponer la pena de privación de patria potestad, sin perjuicio de que como ya se dijo en la sentencia de esta sala de fecha 17 de octubre de 2014 . que: "En cualquier caso y en el seno del procedimiento civil tendrán las partes mayor libertad de alegación y prueba pudiendo en aquella sede debatir nuevamente esta cuestión".

No procede poner la pena de alejamiento con relación a la hija menor María por lo antes expuesto, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse o se haya resuelto en la Jurisdicción Civil....".

La Sala no puede compartir esta argumentación y la decisión adoptada. En la actualidad, existe en el Cpenal (EDL 1995/16398) desde la L.O. 5/2010 (EDL 2010/101204) cuatro expresas referencias a la pena de inhabilitación especial de la patria potestad.

Una se encuentra en el art. 55 del Cpenal que la prevé como potestativa y con naturaleza de accesoria para toda condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una vinculación entre el delito y el ejercicio de la patria potestad.

Las otras tres proceden del texto original de la L.O. 10/1995 del nuevo Código Penal (EDL 1995/16398), y se encuentran en los arts. 192 relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en el art. 226 delitos contra las relaciones familiares y en el art. 233, también dentro del mismo título.

En todos los casos su imposición no es vinculante sino potestativa lo que exige una específica motivación.

La peculiaridad de la posible imposición de tal pena de privación de la patria potestad prevista en el art. 55 del Cpenal (EDL 1995/16398) es que aparece prevista, con carácter potestativo pero de forma general en todo delito castigado con pena igual o superior a diez años, exigiéndose una vinculación entre el delito y la privación del derecho a la patria potestad. "Relación directa" exige el tipo penal.

En general, la jurisprudencia de la Sala Penal ha sido reacia a la adopción de esta pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en vía civil se pudiera acordar tal medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad, se pueden señalar, entre otras, las SSTS de 6 de Julio 2001, la nº 568/2001, la nº 750/2008 de 12 de Noviembre y la 780/2000 de 11 de Septiembre. En esta última se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el Tribunal penal de las normas del derecho de familia ex art. 170 Ccivil (EDL 1889/1). El caso al que se refería la STS 780/2000 era el de un autor de homicidio de su cónyuge que aparecía en la sentencia de instancia privado de la patria potestad sobre la hija menor común.

El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de Mayo de 2000 acordó la no privación de la patria potestad, estimando el recurso del condenado.

El presente caso es idéntico al analizado en la sentencia indicada 780/2000, pero actualmente se cuenta con la nueva redacción del art. 55 Cpenal que prevé la imposición de tal pena en cualquier delito sancionado con pena igual o superior a diez años, siempre que exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de la patria potestad.

El Tribunal de instancia rechaza tal imposición dada su naturaleza pero no vinculante y de no aparecer en el hecho probado los datos objetivos que justifique "...la necesidad de su imposición, pues no basta la mera alegación o pretender su imposición por el mero reproche objetivo de la conducta cometida por el acusado...".

En el factum se recoge expresamente que el acuchillamiento de lamadre por el recurrente fue efectuado en presencia de la menor, que a la sazón tenía tres años, dato que el Ministerio Fiscal estima de extraordinaria relevancia al constituir tal acción, además de un delito contra la madre de la menor, un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, impensable si se mantuviera la patria potestad del padre condenado.

De aquí extraemos en este control casacional que si bien le corresponde al Tribunal sentenciador valorar la existencia de un nexo entre eldelito y el desarrollo integral de la menor, es claro que la revisión de la decisión negativa del Tribunal solo puede ser revisada en esta sede casacionalcuando aparezca inmotivada o sea arbitraria. Pues bien, se está en el caso de considerar que la decisión del Tribunal de instancia no resulta acorde con el derecho ni muy especialmente con la protección que merecen los menores, pues es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad, que por ello resulta incompatible y por tanto aparece sin justificación razonable la decisión del Tribunal de instancia, máxime si se tiene en cuenta que se incurre en unacontradicción patente con lo decidido por la misma Audiencia en el auto de 15de Abril de 2014, que ante la petición de una pericial por parte de la defensa tendente a acreditar si podía existir algun perjuicio para la menor de visitar a su padre en prisión, la clara y contundente decisión del Tribunal fue la de

denegar tal prueba por ser patente los perjuicios que para la menor se requerían de permitirle visitar a su padre en prisión.

Textualmente se dice en el auto argumentando la innecesariedad de tal prueba pericial:

"...Resulta evidente que habiendo presenciado la agresión a su madre, las consecuencias resultaran claramente negativas. En segundo lugar, porque la práctica de tal prueba, insistimos inútil para los hechos que constituyen el objeto de esta causa, podría perjudicar a la menor dada su corta edad, agravando el proceso de victimización de la misma, cuyo interés ha de ser siempre priorizado y objeto de una primordial y preferencia protección....".

Si durante la tramitación de la causa se razonó por el Tribunal de este modo, no puede por menos de sorprender, negativamente que después del dictado de la sentencia se olviden tales argumentos y no se prive ni de la patria potestad, ni del derecho de visitas, ya que tampoco se le impone la pena de alejamiento.

Ciertamente, repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencia el severo intento del padre de asesinar a su madre.

Hay que recordar que la patria potestad se integra, ex art. 154 Ccivíl (EDL 1889/1) por una serie de deberes de los padres para sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de las menores que es el fin primordial de la misma, debiéndose acordar tal privación en el propio proceso penal evitando dilaciones que si siempre son perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor.

Procede en consecuencia estimar el recurso del Ministerio Fiscal, habida cuenta de que la decisión negativa del Tribunal de instancia no responde al canon de razonabilidad y motivación.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, relativa a la pena de alejamiento del padre en relación a su hija menor, como simple consecuencia de la privación de la patria potestad de acordarse asimismo, en ambos casos en los términos que se dirá en la segunda sentencia.

Procede la estimación del motivo.

Sexto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal (EDL 1882/1), procede la declaración de oficio de las costas correspondientes al recurso del Ministerio Fiscal, condenándose a Inocencio a las derivadas de su recurso dada su total desestimación.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Inocencio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección I, de fecha 23 de Enero de 2015, con imposición al recurrente de las costas del recurso.

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal contra la expresada sentencia, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección I, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Cándido Conde Pumpido Tourón José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro

Carlos Granados Pérez Joaquín Giménez García

10238/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Fallo: 29/09/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 568/2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. José Manuel Maza Martín

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Carlos Granados Pérez

D. Joaquín Giménez García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Septiembre de dos mil quince.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Guadalajara, Sumario nº 3/2013, seguida por delito de homicidio en grado de tentativa, contra Inocencio, nacional de Rumania, con NIE NUM001, mayor de edad; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.- Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos incluidos en el fjdco. quinto de la sentencia casacional, debemos acordar la pena de privación de la patria potestad de Inocencio en relación a la hija menor María.

Asimismo acordamos la pena de alejamiento en relación a la indicada menor María hasta que ésta llegue a la mayoría de edad, pudiendo decidir libremente ella lo que proceda al respecto a partir de ese momento. Esta pena le prohíbe al condenado Inocencio aproximarse a distancia inferior a mil metros de su hija, sea cual sea el lugar en el que se encuentre, así como comunicarse por cualquier medio con ella.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Inocencio a la pena de privación de la patria potestad en relación a su hija menor María, y asimismo a la pena de alejamiento de la indicada menor hasta que éstallegue a la mayoría de edad, prohibiéndole al condenado aproximarse a distancia inferior a mil metros al lugar donde se encuentre María, así como comunicarse con ella por cualquier medio.

Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, no afectados por la presente resolución.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Cándido Conde Pumpido Tourón José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro

Carlos Granados Pérez Joaquín Giménez García

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012015100558

EDJ 2015/221904 STS Sala 1ª de 26 noviembre de 2015

Sentencia que establece criterio doctrinal

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 26-11-2015, nº 680/2015, rec. 36/2015

ROJ: STS 4900:2015. ECLI: ES:TS:2015:4900

• Sup. Ref
— VISITAS

Pte: Arroyo Fiestas, Francisco Javier

STS Sala 1ª de 26 noviembre de 2015

Casa parcialmente

SAP Cádiz de 18 septiembre 2014 (J2014/199832)

Resumen

Régimen de visitas con un menor. Suspensión por previa condena de maltrato. Fijación de doctrina. Declara el TS, fijando doctrina, que el órgano judicial puede suspender el régimen de visitas de un menor con su progenitor cuando ha sido condenado por un delito de maltrato contra su cónyuge o pareja o contra el menor u otro hijo. Deben valorarse los factores de riesgo existentes, debiendo primar siempre el interés del menor (FJ 2).

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 1/2004 de 28 diciembre de 2004. Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

art.65 , art.66

LO 10/1995 de 23 noviembre de 1995. Código Penal

art.153

Instr. Ratif de 30 noviembre de 1990. Ratificación de la Convención ONU de 1989, sobre los Derechos del Niño.

art.9.1 , art.9.3 , art.18.1.1

CE de 27 diciembre de 1978. Constitución Española

art.39

RD de 24 julio de 1889. Código Civil

art.94.1 , art.154 , art.158.4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Régimen de visitas

Favor "filii"

Supresión

Otras cuestiones

Favorable a: Madre; Desfavorable a: Padre

Procedimiento: Recurso de casación

☰ Índice

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

🔍 Documentos relacionados

— Legislación

Aplica art. 65 y art. 66 de

LO 1/2004 de 28 diciembre de 2004. Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Aplica art. 153 de LO 10/1995 de 23 noviembre de 1995. Código Penal

Aplica art. 9.1, art. 9.3 y art. 18.1.1 de

Instr. Ratif de 30 noviembre de 1990. Ratificación de la Convención ONU de 1989, sobre los Derechos del Niño.

Aplica art. 39 de CE de 27 diciembre de 1978. Constitución Española

Aplica art. 94.1, art. 154 y art. 158.4 de RD de 24 julio de 1889. Código Civil

Cita

LO 8/2015 de 22 julio de 2015. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Cita Ley 37/2011 de 10 octubre de 2011. Medidas de agilización procesal

Cita art. 398 y art. 477.2.3 de Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art. 93 de RD de 24 julio de 1889. Código Civil

— Jurisprudencia

Casa parcialmente SAP Cádiz de 18 septiembre 2014 (J2014/199832)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii"

STS Sala 1ª de 13 febrero de 2015 (J2015/7309)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 11 febrero de 2011 (J2011/8439)

Citada por SAP A Coruña de 17 junio 2016 (J2016/134930)

Citada por SAP Jaén de 1 septiembre 2016 (J2016/218387)

Citada por ATS Sala 1ª de 29 marzo de 2017 (J2017/33926)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La procuradora doña Estrella Vargas Rivas, en nombre y representación de don Alexander, interpuso demanda de solicitud de adopción de medidas paterno-filiales contra doña Rafaela y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia «por la que, estimando la presente demanda, declare la adopción definitiva de las siguientes medidas respecto de su hija menor Sofia, dejando vigentes las adoptadas por convenio regulador de fecha 12 de Septiembre de 2.006 respecto de la hija mayor:

a.- Respecto a la guarda y custodia :

La hija menor de edad habida de su unión, Sofia, quedará bajo la guarda y custodia de su madre y ambos progenitores mantendrán la patria potestad sobre la misma, por lo que cualquier decisión de interés para la vida, salud, formación y educación de la menor será adoptada por los progenitores conjuntamente.

b.- Respecto al régimen de visitas :

Teniendo en cuenta la situación judicial que existe en estos momentos, ya relatada, se solicita el siguiente régimen de visitas:

b.1.- Durante un plazo de tres meses desde su inicio, el padre podrá visitar a su hija durante tres horas, un día por semana en el Punto de Encuentro de Algeciras. Dicho día se determinará por este organismo teniendo en cuenta las necesidades laborales de los progenitores y las necesidades educativas o médicas de la menor.

Una vez transcurrido dicho plazo de tres meses y previo informe por parte del Punto de Encuentro de Algeciras, y hasta la finalización de la orden de alejamiento vigente en favor de la hija mayor, D. Alexander podrá visitar y tener consigo en su exclusiva compañía a Sofia dos días por semana desde las 17:00 a las 19:30 horas, recogiendo y entregando a la menor en el Punto de Encuentro de Algeciras. Dicho organismo será el encargado de establecer los días de visita dependiendo de las obligaciones laborales de los progenitores y las escolares de la menor, con el fin de no interferir en ellas.

b.2.- Desde la finalización de la orden de alejamiento mencionada, el padre podrá tener a su hija en su exclusiva compañía los martes y los jueves, de 17:00 horas a las 20:00 horas y los primeros y terceros fines de semana de cada mes desde las 18:00 horas del viernes a las 20:00 horas del domingo, así como la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y semana blanca. Dichas mitades serán alternas a lo largo de los años, eligiéndolas el primer año, en caso de discrepancia, la madre. En todo caso, recogiendo y entregando a la niña en el domicilio materno por sí o mediante un familiar.

Respecto de las vacaciones escolares de verano, corresponderá al padre un mes de dicho período, que se repartirá quincenalmente entre julio y agosto, sin ser consecutivos, y con un periodo intermedio mínimo de quince días, eligiéndose dichos periodos procurando adaptarlos en la medida de lo posible a las obligaciones laborales de los progenitores. En todo caso, recogiendo y entregando a la niña en el domicilio materno por sí o mediante un familiar.

Los días 25 de diciembre, 31 de diciembre y 6 de enero, así como el día del cumpleaños de la menor, podrá visitarla el progenitor que no la tenga en su compañía, por tiempo de dos horas, recogiendo y entregando a la niña en el domicilio custodio por sí o mediante un familiar.

Ambos progenitores tienen derecho en todo momento a conocer la información sobre la evolución escolar de su hija, así como todos los datos referentes a su salud, de manera que deberán ser proporcionados al otro progenitor de forma puntual y precisa.

Cualquier cambio de domicilio de los progenitores deberá ser comunicado de forma inmediata al otro, con el fin de que el régimen de visitas pueda ser desarrollado con normalidad. Este régimen de visitas (punto b.2) será flexible en todo momento teniendo en cuenta el horario laboral de los progenitores y las necesidades escolares de la menor.

pudiendo sufrir las variaciones necesarias, bajo acuerdo de las partes y siempre en beneficio de la menor. Si existe discrepancia, se estará a lo especificado en el régimen mínimo aquí descrito.

c.- Respecto a la pensión en concepto de alimentos para la hija común :

D. Alexander, en concepto de alimentos para su hija, viene obligado a satisfacer una pensión a favor de la menor, conforme dispone el Art. 93 del Código Civil (EDL 1889/I), y así lo reconoce y asume, por lo que abonará la cantidad de CIENTO CINCUENTA EUROS (150.-Eur.) mensuales, cuyo pago se efectuará en la cuenta bancaria que la madre designe y notifique fehacientemente al padre, dentro de los diez primeros días de cada mes, por mensualidades anticipadas. Dicha cantidad será revisada anualmente conforme al índice de precios al consumo que cada año publica el INE u organismo que lo sustituya.

Los gastos considerados legal y jurisprudencialmente extraordinarios, serán abonados por mitad entre los progenitores, siempre que hayan sido previamente notificados y con consentimiento expreso de ambos progenitores.

Todo ello con expresa imposición de las costas del proceso al demandado para el caso en que se opusiera a esta demanda y se rechacen sus pretensiones».

2.- El Ministerio Fiscal, contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes interesando «se dicte sentencia acorde con lo probado y los preceptos jurídicos oportunos».

3.- El procurador don Carlos Villanueva Nieto, en nombre y representación de doña Rafaela, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado «la suspensión del presente procedimiento hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento penal abreviado 244/2011, del Juzgado de lo Penal nº 4 de Algeciras, y en segundo lugar previos los trámites legales de rigor se proceda a la desestimación íntegra de la demanda deducida de contrario y todo ello con expresa condena en costas».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Violencia sobre la mujer número Uno de Algeciras se dictó sentencia, con fecha 22 de marzo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO. Que debiendo estimar parcialmente como estimo la demanda presentada por D. Alexander, representado por la Procuradora Sra. Vargas Rivas, contra D.ª Rafaela, representada por el Procurador Sr. Villanueva Nieto debo acordar las siguientes medidas referentes a la guarda y custodia y alimentos de la hija menor común (Sofía):

A) Se atribuye a la madre, D.ª Rafaela la guarda y custodia de la hija menor de edad (Sofía) fruto de la relación que mantuvo con el demandado, D. Alexander. La patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores.

B) En cuanto al régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, éste será el que sigue: un día semanal (jueves) durante dos horas, desde las 17:00 a las 19:00 horas, a desarrollar de forma tutelada en el Punto de Encuentro Familiar de Algeciras. Este régimen de visitas no se iniciará en su aplicación práctica en tanto se produzca la excarcelación del actor y tenga, en consecuencia, la posibilidad de acudir al Punto de Encuentro Familiar conforme al horario antedicho. De la misma forma, se condiciona el disfrute de tal régimen de visitas a que por parte del actor se justifique documentalmente que se ha sometido a programa terapéutico en el que se le trate de su violento carácter y que le habría llevado a cometer los hechos por los que ha resultado condenado.

C) En concepto de alimentos para la hija menor a satisfacer por D. Alexander se establece la cantidad de ciento cincuenta euros mensuales (150 euros mensuales), que deberán ingresarse en los primeros cinco días de cada mes en la cuenta que designe D.ª Rafaela, actualizándose anualmente conforme a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo (IPC) que establezca el Instituto Nacional de Estadística (INE) o cualquier otro organismo público. Los gastos extraordinarios serán asumidos por mitad entre ambos progenitores, previa acreditación documental de los mismos. Ello no obstante, y mientras se encuentre privado de libertad, tal cantidad se reducirá hasta los 50 euros mensuales, además de los gastos extraordinarios por mitad.

No procede hacer especial imposición en las costas causadas en la tramitación de este procedimiento a ninguna de las partes.

· **SEGUNDO.-** - Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia, con fecha 18 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS.** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Rafaela, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia nº Uno de los de Algeciras, en fecha 23 de marzo de 2013, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución en sus propios términos, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.

TERCERO.- - 1.- Por la representación procesal de D.ª Rafaela se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo único.- Vulneración de los siguientes principios y preceptos de nuestro ordenamiento jurídico: arts. 9.1 y 9.3, en relación con el art. 18.1.1 de la Convención del Niño, arts. 94.1, 154, 158.4 del Código Civil , art. 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, art. 153 del Código Penal (EDL 1995/16398) y art. 39 de la Constitución Española (EDL 1978/3879). Alegación de existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. Se cita como fundamento de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y como opuesta a la recurrida la STS, Sala 1ª, de fecha 11-2-2011 y las que en ella se citan.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 3 de junio de 2015, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días y al Ministerio Fiscal con el mismo término.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador don Vicente Javier López López, en nombre y representación de don Alexander, presentó escrito de oposición al mismo. Por su parte el Fiscal no impugnó el recurso de casación, por el contrario interesa en su escrito que se case la sentencia recurrida y que se dicte otra suprimiendo el régimen de visitas otorgado al padre.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día diecisiete de noviembre del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- - D. Alexander interpuso **demanda de juicio verbal** contra D.ª Rafaela en la que se solicita la **adopción de medidas materno filiales respecto de la menor Sofía.**

Basa la parte actora su demanda en lo siguiente:

a) El demandante contrajo matrimonio con la demandada el 15 de septiembre de 2001. De dicho matrimonio nació el NUM000 de 2003 una hija llamada Elisabeth, la cual, al momento de interponerse la demanda, contaba ocho años de edad.

b) Por sentencia de 15 de enero de 2007 se decreta el divorcio entre los cónyuges, aprobándose asimismo el convenio regulador firmado de mutuo acuerdo el 12 de septiembre de 2006, en el que ambos cónyuges establecen las medidas respecto de su hija común y liquidan los bienes conyugales. Dicho convenio sigue en vigor al momento de interponerse la demanda.

c) Posteriormente al mencionado divorcio y tras una reconciliación, previa a la ruptura definitiva de la pareja, nació una segunda hija el NUM001 de 2008, Sofía, que al momento de interponerse la demanda cuenta con tres años de edad.

d) Por sentencia de fecha 2 de diciembre de 2011, emitida por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Algeciras se **condenó al demandante por un delito de malos tratos habituales contra la demandada, dos delitos de malos tratos respecto de su hija mayor, Elisabeth, y un delito de amenazas** a las penas de dos años y ocho meses, seis meses y seis meses de prisión y accesorias. Al momento de interponerse la demanda **existe una orden de alejamiento**

provisional respecto de la demandada y la hija mayor, Elisabeth. No existe ninguna limitación de comunicación o visitas impuestas judicialmente respecto de la hija menor, Sofía.

e) A través de la demanda se solicita que la hija menor de edad, Sofía, quede bajo la guarda y custodia de la madre, manteniendo ambos progenitores la patria potestad, así como la fijación de un régimen de visitas respecto de dicha menor.

La parte demandada se opuso a la demanda, solicitando la desestimación de cualquier medida que pudiera suponer un régimen de visitas del progenitor con su hija. Apoya tal petición en que debido a la situación de maltrato que ella y su hija Elisabeth han sufrido el demandante no es una persona apta para atender y cuidar a su hija, existiendo el riesgo de que el actor pueda ocasionarle algún daño a una niña de tan solo tres años de edad. Añade que las consecuencias para su hija mayor, Elisabeth, serían nefastas al ver como su padre puede tener una relación con su hermana y no con ella. Asimismo indica que la menor sobre la que se solicita el régimen de visitas no conoce a su padre ya que dejó de tener contacto con él cuando tenía un solo año de edad, siendo para ella un completo desconocido.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. Dicha resolución acuerda atribuir la guarda y custodia de la menor, Sofía, a la madre, con ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores. En cuanto al régimen de visitas opta por el establecimiento del mismo en favor del padre. Apunta en cuanto a tal extremo que aun cuando es cierto que existe una desvinculación total entre padre e hija, también lo es que ninguna condena entre el padre y Sofía existe, no siendo razonable prolongar de forma indefinida esa falta de contacto respecto de la menor. Ahora bien, en atención a las circunstancias concurrentes dicho régimen de visitas deberá tener un carácter restrictivo, a saber, un día a la semana, durante dos horas, de 17,00 a 19,00 horas, a desarrollar en el Punto de Encuentro Familiar de Algeciras de forma tutelada. Añade que se considera adecuado tal régimen de visitas para ir fomentando la relación paterno filial a medida de que la menor vaya retomando el contacto de forma progresiva y no traumática con su padre. Este régimen de visitas no se iniciará en su aplicación hasta que se produzca la excarcelación del actor y tenga, en consecuencia, posibilidad de acudir al Punto de Encuentro Familiar. De la misma forma se condicionará el disfrute de tal régimen de visitas a que por parte del actor se justifique documentalmente que se ha sometido a un programa terapéutico en el que se le trate de su violento carácter y que le habría llevado a cometer los hechos por los que ha resultado condenado.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, D.^ª Rafaela, dictándose sentencia de segunda instancia por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Quinta, de fecha 18 de septiembre de 2014, la cual desestimó el recurso interpuesto, confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos en ella expuestos.

Recurre en casación la parte demandada, D.^ª Rafaela.

Utilizado por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC 2000 (EDL 2000/77463), dicho cauce constituye la vía casacional adecuada de conformidad con la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre (EDL 2011/222122), de medidas de agilización procesal.

El escrito de interposición del RECURSO DE CASACIÓN se articula en un motivo único, en el que tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 9.1 y 9.3 de la Convención de los derechos del niño , 94.1, y 158.4 del Código Civil , el artículo 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, el artículo 153 del Código Penal y el artículo 39 de la Constitución Española, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

Como fundamento del interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo se cita como opuesta a la recurrida la Sentencia de esta Sala de fecha 11 de febrero de 2011 y las que en ella se citan.

En dicha resolución se establece la siguiente doctrina:

"CUARTO. Uno de los supuestos admitidos para la suspensión de las visitas del padre se produce cuando existen episodios de violencia entre los progenitores o bien contra el propio hijo por parte de quien pretende el derecho de visita. Así el Art. 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género , dice que " El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria

potestad de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera" y el Art. 66 admite que "El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpaado por violencia de género a sus descendientes".

En el presente recurso de casación se impugna una sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se considera probada la conducta violenta del recurrente. Así, se acredita que la madre se encuentra en unas circunstancias frente al padre que obligaron en su momento a redactar una orden de protección, que no consta a este Tribunal que en este momento haya sido revocada; se abrieron diligencias penales, aunque se sobreseyeron; el recurrente protagonizó unos episodios de violencia ante los propios tribunales que entendían en los trámites del juicio de guarda y custodia de alimentos del hijo menor. Todo ello ha llevado al Tribunal a negar el régimen de visitas, con base a la protección del interés del menor.

QUINTO.- Respecto a las sentencias que el recurrente alega para justificar el interés casacional a cuyo amparo interpone el presente recurso de casación, debe negarse que puedan fundar el presente recurso. Así, la sentencia de 9 julio 2002, estima que concurre falta de prueba de los factores de riesgo de despreocupación por parte del padre y alejamiento temporal y por tanto admitía el recurso porque no se había probado el perjuicio, que en cualquier caso, no tenía nada que ver con episodios de violencia; en la de 19 octubre 1992 no se apreciaron circunstancias de riesgo, así como en la de 21 de julio de 1993. Por ello no puede alegarse un interés casacional que resulta absolutamente artificioso, frente a una apreciación de la prueba por parte de los jueces que han intervenido en el presente procedimiento, que han llegado a la conclusión que la conducta del padre llevada a cabo hasta el momento de presentar el recurso, no permitía apreciar que el interés del menor quedara protegido si se reconocía a dicho padre el derecho de visitas. Y todo ello sin perjuicio de la posibilidad de la modificación de medidas en el caso de que cambien las circunstancias que ahora han determinado la denegación."

Como fundamento del interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales se citan como opuestas a la recurrida la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, de fecha 12 de febrero de 2014 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, de fecha 17 de marzo de 2011. En dichas resoluciones se acuerda no establecer un régimen de visitas a favor del padre por entender que la relación padre-hijo puede resultar perjudicial para el menor. Apoya tal conclusión en que el padre se halla en prisión precisamente por un delito de maltrato habitual respecto de la progenitora y la hija primogénita, así como la falta de contacto entre el padre y el hijo con la consiguiente desestabilización del menor.

Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina señalada por cuanto el régimen de visitas acordado es perjudicial para el interés del menor, habiéndose adoptado en contra del informe emitido por el Instituto de Medicina Legal de Cádiz, el cual desaconseja expresamente que se realicen visitas por el progenitor a la menor.

El Ministerio Fiscal, ante esta Sala, no impugnó la casación.

SEGUNDO.- - Motivo único. **Vulneración de los siguientes principios y preceptos de nuestro ordenamiento jurídico: arts. 9.1 y 9.3, en relación con el art. 18.1.1 de la Convención del Niño, arts. 94.1, 154, 158.4 del Código Civil, art. 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, art. 153 del Código Penal (EDL 1995/16398) y art. 39 de la Constitución Española (EDL 1978/3879).** Alegación de existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. Se cita como fundamento de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y como opuesta a la recurrida la STS, Sala 1ª, de fecha 11-2-2011 y las que en ella se citan.

Se estima el motivo.

Alega la recurrente que en la sentencia recurrida no se tiene en cuenta que la menor (Sofía) no ha convivido, prácticamente, con su padre; que no se ha preocupado de ella, que el padre está cumpliendo condena por malos tratos a la recurrente y a su hija (Elisabeth), hermana de Sofía, que el tribunal está priorizando los derechos del padre sobre los de la hija menor de edad y que no tuvo en cuenta el informe del Instituto de Medicina Legal, que desaconsejaba las visitas.

El Ministerio Fiscal informó ante esta Sala que se había "priorizado el derecho del padre frente a los riesgos que pueda sufrir la menor. Es decir no se ha aplicado debidamente el principio del interés del menor".

En la sentencia recurrida se declaró que el régimen de visitas era sumamente restrictivo y expresamente condicionado a la salida de prisión del padre y a que acreditase cumplidamente que se había sometido a terapia, visitas que se desarrollarían dos horas en semana y en un punto de encuentro familiar.

Sobre el particular, el art. 94 del C. Civil permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente el art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004 (EDL 2004/184152) autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita. Por su parte el art. 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, establece como esencial la salvaguardia de intereses del niño.

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio (EDL 2015/125943) de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".

Igualmente el art. 2 de la mencionada LO 8/2015 (EDL 2015/125943) exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia" y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Este Tribunal en la sentencia invocada de 11 de febrero de 2011 mantuvo la suspensión del régimen de visitas dada la situación de violencia concurrente deducible de una orden de protección.

Igualmente en sentencia de 13 de febrero de 2015, rec. 2339 de 2013, en supuesto de muerte del padre a manos de la madre, se fijó por esta Sala la custodia a favor de la tía paterna en lugar de los abuelos maternos, en interés del menor, evitando cualquier factor de riesgo.

A la vista de las normativa y doctrina jurisprudencial expuesta debemos declarar que **los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa.**

La recurrente solicita la suspensión del régimen de visitas.

El Ministerio Fiscal apoyó dicha tesis sin perjuicio de que el padre, una vez fuera de la prisión, pudiera plantear procedimiento contradictorio en el que acreditase fehacientemente que las visitas no generaban riesgo a la menor.

Esta Sala ha de declarar que en la sentencia recurrida no se respeta el interés de la menor, al no concretarse los aspectos que debe contener el programa terapéutico que establece, ni ante quién lo debe desarrollar, ni quién homologará los resultados obtenidos, por lo que de acuerdo con el art. 94 del C. Civil y art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004 (EDL 2004/184152) no ha lugar a fijar régimen de visitas del demandante con su hija Sofía, sin perjuicio de que cuando cumpla la pena impuesta pueda instar el establecimiento de medidas, en procedimiento contradictorio, con las garantías y cautelas propias que preserven el interés de la menor para que pueda descartarse absolutamente el riesgo para Sofía, dados los antecedentes existentes de agresión para con su madre y con su hermana Elisabeth.

→ Se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

TERCERO.- - Estimado el recurso de casación no procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000) (EDL 2000/77463).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D.^a Rafaela representada por la Procuradora designada de oficio, D.^a María Isabel Garvín Ceacero contra sentencia de 18 de septiembre de 2014 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz.
2. CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en el sentido de declarar que no procede fijación de régimen de visitas del demandante con su hija Sofía.
3. Se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.
4. No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.
5. Procédase, en su caso, a la devolución del depósito para recurrir.

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012015100638

Raas fixos.

→ Traje a medida.

| Procure
o menor.

EDJ 2017/11459 STS Sala 2ª de 23 febrero de 2017

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-2-2017, nº 118/2017, rec. 10444/2016

ROJ: STS 691:2017. ECLI: ES:TS:2017:691

Pte: Granados Pérez, Carlos

CONCEPTOS
 PARA PRESTADO
 Y PRESENCIA
 DE LA VÍCTIMA

STS Sala 2ª de 23 febrero de 2017

Desestima el recurso interpuesto contra

SAP Madrid de 26 mayo de 2016 (J2016/136858)

Resumen

Tentativa de asesinato. Alevosía. El TS confirma la condena por delito de asesinato intentado. La alevosía requiere que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad (FJ 2).

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre de 1995. Código Penal

art.138 , art.139

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

AGRAVANTES*

ALEVOSÍA*

Integrante del asesinato

Concepto

Apreciación

ANIMUS NECANDI*

EN EL ASESINATO*

ASESINATO*

CUESTIONES GENERALES

FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN

Grados de ejecución

Tentativa

PARTÍCIPES*

Autor

PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

Favorable a: Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Condenado

Procedimiento: Recurso de casación

☰ Índice

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

🔗 Documentos relacionados

-- Legislación

Aplica art. 138 y art. 139 de LO 10/1995 de 23 noviembre de 1995. Código Penal

Cita

LO 5/2010 de 22 junio de 2010. Modificación de la LO 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal

Cita art. 21.3 , art. 22.1 , art. 46 y art. 55 de LO 10/1995 de 23 noviembre de 1995. Código Penal

Cita art. 5.4 y art. 248.4 de LO 6/1985 de 1 julio de 1985. Poder Judicial

Cita art. 24.2 de CE de 27 diciembre de 1978. Constitución Española

Cita art. 154 de RD de 24 julio de 1889. Código Civil

Cita art. 849.1 , art. 850.1 , art. 852 , art. 854 y art. 855 de RDLeg. de 14 septiembre de 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

-- Jurisprudencia

Desestima el recurso interpuesto contra SAP Madrid de 26 mayo de 2016 (J2016/136858)

Cita en el mismo sentido sobre AGRAVANTES - ALEVOSÍA - Integrante del asesinato - Concepto

STS Sala 2ª de 3 febrero de 2016 (J2016/4105)

Citada por STSJ Madrid de 4 mayo de 2017 (J2017/113051)

Citada por SAP Badajoz de 21 junio de 2017 (J2017/116091)

Citada por STS Sala 2ª de 26 junio de 2017 (J2017/124821)

Citada por STSJ Madrid de 27 junio de 2017 (J2017/174951)

Citada por SAP Madrid de 10 julio de 2017 (J2017/182787)

Citada por STS Sala 2ª de 14 septiembre de 2017 (J2017/183865)

Citada por SAP Vizcaya de 20 marzo de 2017 (J2017/19205)

Citada por ATS Sala 2ª de 13 julio de 2017 (J2017/197597)

Citada por SAP Barcelona de 23 mayo de 2017 (J2017/215662)

Citada por SAP Barcelona de 14 marzo de 2017 (J2017/75979)

Citada por SAP Madrid de 20 abril de 2017 (J2017/98889)

Cita STS Sala 2ª de 11 enero de 2017 (J2017/947)

Cita STS Sala 2ª de 8 marzo de 2016 (J2016/15691)

Cita STS Sala 2ª de 16 marzo de 2015 (J2015/36425)

Cita STS Sala 2ª de 24 febrero de 2015 (J2015/26819)

Cita STS Sala 2ª de 25 noviembre de 2014 (J2014/204323)

Cita STS Sala 2ª de 16 abril de 2014 (J2014/57336)

Cita STS Sala 2ª de 20 diciembre de 2012 (J2012/295668)

Cita STS Sala 2ª de 22 junio de 2012 (J2012/154698)

Cita STS Sala 2ª de 25 junio de 2012 (J2012/146070)

Cita STS Sala 2ª de 18 enero de 2012 (J2012/7044)

Cita STC Sala 2ª de 14 marzo de 2011 (J2011/28557)

Cita STS Sala 2ª de 28 diciembre de 2010 (J2010/303017)

Cita STS Sala 2ª de 23 febrero de 2010 (J2010/16393)

Cita STS Sala 2ª de 29 diciembre de 2009 (J2009/327300)

Cita STS Sala 2ª de 26 noviembre de 2008 (J2008/222314)

Cita STC Sala 2ª de 22 septiembre de 2008 (J2008/172221)

Cita STS Sala 2ª de 29 enero de 2008 (J2008/31042)

Cita STC Sala 1ª de 21 mayo de 2007 (J2007/39871)

Cita STS Sala 2ª de 16 enero de 2007 (J2007/2700)

Cita STC Sala 2ª de 20 noviembre de 2006 (J2006/311594)

Cita STC Sala 2ª de 21 noviembre de 2005 (J2005/197279)

Cita STC Sala 2ª de 23 mayo de 2005 (J2005/61837)

Cita STS Sala 2ª de 4 febrero de 2005 (J2005/23864)

Cita STS Sala 2ª de 3 febrero de 2005 (J2005/13302)

Cita STS Sala 2ª de 10 enero de 2005 (J2005/4959)

Cita STS Sala 2ª de 22 enero de 2004 (J2004/8220)

Cita STC Sala 1ª de 3 abril de 2002 (J2002/7116)

Cita STS Sala 2ª de 13 febrero de 2002 (J2002/3148)

Cita STS Sala 2ª de 6 octubre de 2000 (J2000/41114)

Cita STS Sala 2ª de 28 mayo de 1992 (J1992/5451)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de DIRECCION000 instruyó Sumario ordinario con el número 2/2015 y una vez concluso fue elevado a la Sección 26 de la Audiencia Provincial de Madrid que, con fecha 26 de mayo de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: " El acusado Ovidio, mayor del edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental durante 16 años con Virtudes. De dicha relación nació una niña Andrea el NUM000 de 2009, la relación cesó el 23 de diciembre de 2014, abandonando el acusado el domicilio familiar.

El día 27 de abril de 2015, el acusado y su ex pareja mantienen una conversación telefónica, que produce desavenencias entre los mismos, por lo que el acusado decide ir al día siguiente a casa de Virtudes con la intención de acabar con la vida de esta.

A tal fin sobre las 8:50 horas del día 28 de abril de 2015, el acusado acudió al domicilio en el que residen Virtudes y la menor, sito en la CALLE000 NUM001, NUM002 NUM003, de DIRECCION000, que había sido el domicilio familiar, sabiendo que ella no estaban.

El acusado llegó a dicho lugar en un vehículo de su propiedad Renault matrícula....-LRG, que dejó aparcado en una calle trasera, en la que se cambió de ropa, vistiendo con ropa vieja, guantes y gorra.

Para acceder al interior de la vivienda, el acusado saltó el muro perimetral de la vivienda de 2,50 metros de altura, y una vez en el patio del inmueble, accedió al interior de la vivienda por una puerta de acceso a la cocina que estaba abierta.

Una vez en la cocina cogió un cuchillo de una sola pieza metálica de 31 cm. con 18 cm; de hoja, y se dirigió al salón donde esperó la llegada de Virtudes.

Esta llega a la vivienda sobre 9:20 y cuando entra en el salón, de forma inopinada ve al acusado escondido entre el sofá y una librería, y sin mediar palabra, este se dirige a ella portando el cuchillo, propinándola primero un golpe en la cara, a causa del cual ella cae al suelo, para a continuación, y con intención de acabar con la vida de Virtudes, asestarla diversas cuchillas en cara, boca, lengua y cuello, ante los reiterados ataques del acusado Virtudes agarra el cuchillo con las manos, para evitarlos, intentando salir de la casa, si bien en un primera momento no lo logra porque el acusado cierra la puerta que ella había abierto, continuando este su ataque, lo consigue en un segundo intento, abriendo la puerta de la vivienda y saliendo a la vía pública donde es asistida por personas que se encontraban en la calle.

El acusado, una vez sale Virtudes a la calle, abandona la vivienda, portando el cuchillo y se dirige hacia su coche Renault....-LRG, y en la huida tira el cuchillo en una parcela sita en la confluencia de la Calle agosto Ros Bastos con Mario Vargas Llosa, y posteriormente se desprende de la ropa ensangrentada en la calle Doctora de Alcalá, arrojándola a un contenedor de reciclaje.

Como consecuencia de estos hechos Virtudes sufrió 4 heridas transversales en región dorsal del cuello de unos 5,4,3 y 2 cm; las dos mayores alcanzan el músculo trapecio, con escaso sangrado en sábana a este nivel, y las otras dos se limitan a dermis y tejido celular subcutáneo, herida en tercio anterior de dorso lingual, superficial, comprometiendo mucosa, cortes en ambas comisuras bucales (la del lado derecho parece afectar al músculo orbicular), lesiones en dedos de ambas manos con compromiso tendinoso y alteración de sensibilidad de primer dedo de mano izquierda, que ha precisado para su sanidad tratamiento médico consistente en tratamiento hospitalario, puntos de aproximación, ortesis (tratamiento ortopédico), rehabilitación, psicoterapia y fármacos. (analgésicos, antiinflamatorios, ansiolíticos, antidepresivos), y tratamiento quirúrgico consistente en sutura de lesiones de mano izquierda, sutura de heridas del cuello, sutura de lesión de comisura bucal, sutura lesión en lengua, neurorafia y tenorrafia de lesiones tendinosas. Así la perjudicada ha invertido en su curación 182 días de los cuales ha precisado 7 de tratamiento hospitalario, estando impedida 182 días para sus ocupaciones habituales. en dos de las heridas de la perjudicada se describe un sangrado activo que no cede a la comprensión, de no haberse producido tratamiento médico adecuando se podría haber entrado en situación de shock hipovolémico.

Han quedado secuelas consistentes en cicatrices, alteraciones de la movilidad y síndrome de estrés postraumático. las siguientes Cicatrices: En región cervical posterior, cuatro cicatrices lineales y horizontales, paralelas entre sí, de 5,4,3 y 2 cm. de longitud respectivamente. En lengua, cicatriz de 2 cm de longitud, no visible pero que da lugar a una zona ligeramente hiperestética. En Comisura labiales, dos cicatrices lineales, horizontales, una cada lado, de 1 cm. de longitud cada una, poco visibles, en zona ligeramente hipoestética. En muñeca izquierda, cicatriz lineal quirúrgica vertical de 6 cm. de longitud en zona media de cara anterior de la muñeca. En mano izquierda, cicatriz lineal vertical de 3 cm. de longitud en cara palmar de pulgar, cicatriz ligeramente queloidea, lineal y vertical, de 1,5 cm. en eminencia hipotenar, cicatriz lineal de 3 cm. de longitud, vertical en cara anterior de 2º dedo, cicatriz lineal, vertical, de 2 cm de longitud en 3º dedo, cicatriz lineal, vertical, de 1 cm. en 4º dedo. En mano derecha, cicatriz queloidea, con evidente retracción tisular, de 6 cm. longitud en cara anterior de pulgar, cicatriz lineal y vertical, de 1 cm, en cara anterior de 3º dedo.

Alteración de la movilidad: En mano derecha: movilidad de extensión metacarpo falángica de pulgar (-25º pasivamente), movilidad extensión interfalángica del pulgar -40º). En muñeca izquierda: limitación de extensión a 50º, flexión completa. Mano.- cierra puño pasivamente pero activamente falta entre 2 y 3 cm. Pulgar.- articulación interfalángica en flexo irreductible a 40º. 2º dedo IFP.- flexión 75º, extensión -40º IFD.- flexión 35º. 3º dedo IFP.- 30º extensión. Flexión completa. IFD.- flexión 30º. Extensión completa. 4º dedo.- extensión 45º.- flexión 100º. 5º dedo. Extensión -40º, IFD.- rígido.

- Síndrome de estrés postraumático con sintomatología de tipo ansioso depresivo y con necesidad de tratamiento farmacológico.

El acusado ha ingresado en pago de la responsabilidad civil, que se pudiera acordar en sentencia, la cantidad de 52.175€ para resarcir a Virtudes, que le ha sido entregada a esta.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en fecha 26 de mayo de 2015, dictó orden de protección a favor de Virtudes".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a Ovidio, como autor de un delito de allanamiento de morada, ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco a la pena de un año y tres meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

Que debemos condenar y condenamos a Ovidio, como autor de un delito de asesinato intentado, ya definido, a la pena de diez años de prisión, inhabilitación absoluta, y a la pena de prohibición de aproximarse a Virtudes, a una distancia inferior a 1000 metros, así como acercarse a su domicilio, lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella durante doce años, y prohibición de comunicarse con ellas por cualquier medio durante doce años.

Asimismo se acuerda la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sobre la menor Andrea, durante el tiempo de la condena y la pena de prohibición de aproximarse a la misma, a una distancia inferior a 1000 metros.

a si acercarse a su domicilio, lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella durante diez años, y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por el mismo tiempo.

Pago de la costas y que indemnice a Virtudes por los días de hospitalización, por los días improductivos y las secuelas que presenta, en la cantidad de 81.300 €, con los intereses legales. Se reserva el ejercicio de acciones civiles por si procede reclamar cantidad alguna por incapacidad.

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

Se mantiene la orden de protección durante la tramitación de los posibles recursos.

Notifíquese la presente sentencia en la forma prevista en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (EDL 1985/8754), con instrucción a las partes de que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer recursos de casación, que habrá de prepararse en la forma prevista en los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (EDL 1985/8754) y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución (EDL 1978/3879). Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 139 del Código Penal (EDL 1995/16398) e inaplicación de los artículos 147 y 148.1º, del mismo texto legal. Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 24.4º, en relación con la 7ª, del Código Penal. Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.5º, en relación con el 66.1.2º, ambos del Código Penal. Quinto.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.3º del Código Penal (EDL 1995/16398). Sexto.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 46 y 55 del Código Penal. Séptimo.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca quebrantamiento de forma por haberse denegado diligencias de prueba, que propuestas en tiempo y forma, se consideran pertinentes y relevantes para preservar el derecho de defensa.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la acusación particular del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 14 de febrero de 2017.

SEPTIMO.- Esta sentencia ha sido firmada por el Ponente el día 17 de febrero de 2017 y en el mismo día se pasó a la firma de los demás integrantes de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (EDL 1985/8754) y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución (EDL 1978/3879).

Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005 (EDJ 2005/61837), 300/2005 (EDJ 2005/197279), 328/2006 (EDJ 2006/311594), 117/2007 (EDJ 2007/39871), 111/2008 (EDJ 2008/172221) y 25/2011 (EDJ 2011/28557), entre otras y esta Sala STS 981/2016, de 11 de enero de 2017 (EDJ 2017/947)).

El recurrente niega la existencia de prueba que acredite que era su intención acabar con la vida de Virtudes. También se rechaza que esté acreditado que la conversación telefónica mantenida el día anterior de los hechos sea lo que provocó lo sucedido al día siguiente. También se discrepa, por ausencia de prueba, que se hubiera mantenido en la vivienda una media hora antes de que llegara la víctima cuando se alega que no habían transcurrido cinco minutos cuando llegó Virtudes. También se dice que son contradictorias las versiones de acusado y víctima en relación a si tenía o no el cuchillo en la mano cuando entra en la habitación. También se ofrece otra versión sobre la dinámica de la agresión, negándose apuñalamientos y cuchilladas y que la actuación del acusado se dirigió a amedrantar a la víctima para conseguir que se callara colocando el cuchillo en la su boca sin usar la fuerza que hubiera empleado alguien con ánimo de matar, y se niega que esté acreditado que hubo riesgo vital, no necesitando la víctima de transfusión sanguínea ni sangrado activo.

El Tribunal sentenciador, en contra de lo que aduce el recurrente, valoró el testimonio de la víctima que sobrevivió a la agresión, Virtudes y la propia declaración del acusado que, como se recoge en el primer fundamento jurídico de la sentencia recurrida, reconoce que se introdujo en la vivienda de su ex pareja, saltando la valla perimetral y que lo había hecho en contra de la voluntad de su moradora, lo que es asimismo declarado por la víctima quien manifiesta que una vez que se separaron como pareja el acusado dejó la vivienda, no le dio la llave y niega que tuviera entrada libre en ese domicilio.

El acusado ha negado que cogiera el cuchillo con anterioridad a la entrada de Virtudes en la casa, por el contrario el Tribunal de instancia ha podido escuchar a la víctima quien declaró que el acusado, desde el inicio, tenía el cuchillo en la mano. Se expresa en la sentencia recurrida que los informes médico forenses reflejan que Virtudes fue agredida con un cuchillo, cuyas características fueron observadas por el Tribunal, teniendo 18 cm de hoja, al recuperarse después de la agresión, y que el acusado agredió con el cuchillo a su víctima en la cara, boca, lengua y cuello, que le ocasionó diversos cortes, manifestándose los forenses sobre la gravedad de las lesiones tanto por la localización como por el hecho de que casi tres horas después de producirse las heridas en el cuello no había cedido el sangrado a la compresión, lo que refieren como sangrado abundante que podía ocasionar un shock hipovolémico sin que hubiera llegado a producirse. El propio recurrente reconoce que trató de impedir que la víctima saliera de la vivienda, lo que consiguió en el segundo intento, y sobre ello coincide también la víctima. El Tribunal de instancia rechaza que sea verosímil la versión ofrecida por el acusado de que había cogido el cuchillo en la cocina y que se lo puso en el cuello para que se callara.

Queda, pues, perfectamente acreditado que fue el acusado quien agredió a Virtudes como asimismo han resultado probadas las características y alcance de dicha agresión con el cuchillo.

El recurrente niega la existencia de prueba que acredite que era su intención acabar con la vida de Virtudes.

Esta Sala se ha pronunciado sobre los criterios a tener en cuenta para inferir el ánimo homicida (animus necandi) y así se han considerado las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima; el arma o los instrumentos empleados; la forma en que se materializa la acción homicida; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (SSTS. 57/2004 de 22-1 (EDJ 2004/8220); 10/2005, de 10-1 (EDJ 2005/4959); 140/2005, de 3-2 (EDJ 2005/13302); 106/2005, de 4-2 (EDJ 2005/23864); 755/2008, de 26-11 (EDJ 2008/222314); 140/2010, de 23-2 (EDJ 2010/16393); 29/2012, de 18-1 (EDJ 2012/7044); y 1035/2012, de 20-12 (EDJ 2012/295668), 981/2016, de 11-1 de 2017 (EDJ 2017/947)).

Y atendiendo a los criterios que acaban de ser expuestos, no puede prosperar la alegación que hace el recurrente referente a la inexistencia de dolo homicida, alegación que contradice los datos objetivos que tuvo en cuenta la Audiencia para apreciar los elementos subjetivos del delito previsto en los arts. 138 y 139 del C. Penal.

En el supuesto examinado consta probado que el recurrente utilizó un medio letal idóneo para causar la muerte de Virtudes, pues se valió de un cuchillo de grandes dimensiones, y es importante precisar las zonas del cuerpo de la víctima afectadas por la agresión.

Se razona en la sentencia recurrida que el ataque se produjo en zona vital, señalando que el cuello contiene estructuras especializadas tales como la laringe y la tráquea, cuya sección puede ocasionar la muerte e inicialmente las cuchilladas se producen por la zona de la cara y la irrigación sanguínea, que está dada por las arterias carótidas y el drenaje venoso por las venas yugulares -externa, interna y anterior- cuya sección, en concreto la de la arteria ocasiona en breve lapso de tiempo la muerte.

Así, se declara probado que como consecuencia de estos hechos Virtudes sufrió 4 heridas transversales en región dorsal del cuello de unos 5, 4, 3 y 2 cm; las dos mayores alcanzan el músculo trapecio, con escaso sangrado en sábana a este nivel, y las otras dos se limitan a dermis y tejido celular subcutáneo, herida en tercio anterior de dorso lingual, superficial, comprometiendo mucosa, cortes en ambas comisuras bucales (la del lado derecho parece afectar al músculo orbicular), lesiones en dedos de ambas manos con compromiso tendinoso y alteración de sensibilidad de primer dedo de mano izquierda, que ha precisado para su sanidad tratamiento médico consistente en tratamiento hospitalario, puntos de aproximación, ortesis (tratamiento ortopédico), rehabilitación, psicoterapia y fármacos, (analgésicos, antiinflamatorios, ansiolíticos, antidepresivos), y tratamiento quirúrgico consistente en sutura de lesiones de mano izquierda, sutura de heridas del cuello, sutura de lesión de comisura bucal, sutura lesión en lengua, neurografía y tenografía de lesiones tendinosas. Así la perjudicada ha invertido en su curación 182 días de los cuales ha precisado 7 de tratamiento hospitalario, estando impedida 182 días para sus ocupaciones habituales, en dos de las heridas de la perjudicada se describe un sangrado activo que no cede a la compresión, de no haberse producido tratamiento médico adecuando se podría haber entrado en situación de shock hipovolémico.

Han quedado secuelas consistentes en cicatrices, alteraciones de la movilidad y síndrome de estrés postraumático. Así, en región cervical posterior, cuatro cicatrices lineales y horizontales, paralelas entre sí, de 5, 4, 3 y 2 cm. de longitud respectivamente. En lengua, cicatriz de 2 cm de longitud, no visible pero que da lugar a una zona ligeramente hiperestética. En comisuras labiales, dos cicatrices lineales, horizontales, una cada lado, de 1 cm. de longitud cada una, poco visibles, en zona ligeramente hipoestética. En muñeca izquierda, cicatriz lineal quirúrgica vertical de 6 cm. de longitud en zona media de cara anterior de la muñeca. En mano izquierda, cicatriz lineal vertical de 3 cm. de longitud en cara palmar de pulgar, cicatriz ligeramente queloidea, lineal y vertical, de 1,5 cm. en eminencia hipotenar, cicatriz lineal de 3 cm. de longitud, vertical en cara anterior de 2º dedo, cicatriz lineal, vertical, de 2 cm de longitud en 3º dedo, cicatriz lineal, vertical, de 1 cm. en 4º dedo. En mano derecha, cicatriz queloidea, con evidente retracción tisular, de 6 cm. longitud en cara anterior de pulgar, cicatriz lineal y vertical, de 1 cm. en cara anterior de 3º dedo.

Alteración de la movilidad: En mano derecha: movilidad de extensión metacarpo falángica de pulgar (-25º pasivamente), movilidad extensión interfalángica del pulgar -40º). En muñeca izquierda: limitación de extensión a 50º, flexión completa. Mano.- cierra puño pasivamente pero activamente falta entre 2 y 3 cm. Pulgar.- articulación interfalángica en flexo irreductible a 40º. 2º dedo IFP.- flexión 75º, extensión -40º IFD.- flexión 35º. 3º dedo IFP.- 30º extensión. Flexión completa. IFD.- flexión 30º. Extensión completa. 4º dedo.- extensión 45º.- flexión 100º. 5º dedo. Extensión -40º, IFD.- rígido.

Además, síndrome de estrés postraumático con sintomatología de tipo ansioso depresivo y con necesidad de tratamiento farmacológico.

Como se declara en la Sentencia de esta Sala 981/2016, de 11 de enero de 2017, actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal; sin embargo, ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal. En otras palabras, se estima

que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos sumamente relevantes que el agente no tiene seguridad alguna de poderlos controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado homicida, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el autor, sin que sea admisible por irrazonable, vana e infundada la esperanza de que el resultado no se materialice, hipótesis que se muestra sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos que el agente ha generado (SSTS 311/2014, de 16-4 (EDJ 2014/57336); y 759/2014, de 25-11 (EDJ 2014/204323); 155/2015, de 16-3 (EDJ 2015/36425); y 191/2016, de 8-3 (EDJ 2016/15691)).

Al trasladar estos conceptos al caso concreto no cabe duda de que el acusado actuó cuando menos con dolo eventual, pues propinó varias cuchilladas sobre zonas del cuerpo de la víctima donde se hallan ubicados órganos cuyo acuchillamiento puede generar unos efectos mortales en el caso de que no sea asistida inmediatamente mediante cirugía de urgencia.

Así las cosas, no puede cuestionarse que el acusado generó dolosamente un peligro concreto contra la vida de Virtudes y aceptó el resultado letal que era probable que se produjera en virtud del número, intensidad y destino de las cuchilladas que le asestó. Todo lo cual avala, cuando menos, la concurrencia del dolo eventual propio del delito contra la vida por el que fue condenado el acusado, en los que se transparenta incluso más bien un dolo directo que meramente eventual.

Por todo lo que se ha dejado expresado, en relación a todas las alegaciones de ausencia de prueba, el Tribunal de instancia ha podido valorar pruebas de cargo, legítimamente obtenidas y racionalmente valoradas, que enervan el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.-.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 139 del Código Penal (EDL 1995/16398) e inaplicación de los artículos 147 y 148.1º, del mismo texto legal.

Se niega la concurrencia de los elementos necesarios para considerar que es autor de un delito de asesinato en grado de tentativa sino que estamos ante un delito de lesiones sin que haya ánimo de matar ni conducta alevosa.

La naturaleza del motivo exige pleno respeto y acatamiento a los hechos que se declaran probados y en ellos se dice expresamente que el acusado "decide ir al día siguiente a casa de Virtudes con la intención de acabar con la vida de esta" y a continuación se describen, como se ha dejado expresado al examinar el anterior motivo, cuantos elementos son precisos para apreciar un delito contra la vida al inferirse el ánimo homicida que guiaba al ahora recurrente, en todo caso, como también se ha explicado, estaría presente el dolo eventual.

Se cuestiona asimismo la concurrencia de la alevosía en la conducta del acusado que se describe en los hechos que se declaran probados.

En el relato fáctico se dice, entre otros extremos, que Una vez en la cocina cogió un cuchillo de una sola pieza metálica de 31 cm. con 18 cm; de hoja, y se dirigió al salón donde esperó la llegada de Virtudes. Esta llega a la vivienda sobre 9:20 y cuando entra en el salón, de forma inopinada ve al acusado escondido entre el sofá y una librería, y sin mediar palabra, este se dirige a ella portando el cuchillo, propinándola primero un golpe en la cara, a causa del cual ella cae al suelo, para a continuación, y con intención de acabar con la vida de Virtudes, asestarla diversas cuchilladas en cara, boca, lengua y cuello

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 51/2016, de 3 de febrero, que según el artículo 22.1 del Código Penal (EDL 1995/16398) la alevosía concurre "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

Partiendo de esa definición legal, la **jurisprudencia de esta Sala ha exigido para apreciar la alevosía, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar,**

como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (SSTS 907/2008 de 18 de diciembre; 25/2009 de 22 de enero; 37/2009 de 22 de enero; 172/2009 de 24 de febrero; 371/2009 de 18 de marzo; 854/2009 de 9 de julio; 1180/2010 de 22 de diciembre; 998/2012 de 10 de diciembre; 1035/2012 de 20 de diciembre; 838/2014 de 12 de diciembre ó 110/2015 de 14 de abril).

En lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado con exclusión de toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala ha distinguido en las sentencias que se acaban de reseñar tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha. La alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto. Y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente.

En el caso que examinamos en el presente recurso, se cumplen los presupuestos que justifican la consideración del ataque que protagonizó el acusado como alevoso.

Ciertamente, el relato fáctico al que se ha hecho antes mención describe una alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto, con algunas connotaciones en el presente caso también de la conocida como alevosía traicionera o proditoria, produciéndose agresiones en circunstancias que situaron a la víctima en una absoluta indefensión.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 24.4º, en relación con la 7ª, del Código Penal.

Se solicita la atenuante analógica de confesión ya que se dice que reconoció, en su declaración a presencia judicial, que había entrado sin autorización en la vivienda donde se produjeron los hechos y que tras gritar Virtudes la acometió con intención de amedrentarla y de que se callara.

Tiene declarado esta Sala (Cfr., entre otras, Sentencias 764/2016, de 14 de octubre, 832/2010, de 5 de octubre, y 240/2012, de 26 de marzo, que el fundamento de la atenuación en la confesión del reo radica, una vez superada la anterior concepción de la atenuación basada en motivaciones pictistas o de arrepentimiento, en razones de política criminal, pues la confesión ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal. Confesar supone poner en conocimiento de la autoridad judicial o de la policía, los hechos acaecidos, y requiere que la misma sea sustancialmente veraz, no falsa o tendenciosa o equívoca, sin que deba exigirse una coincidencia total con el hecho probado. Esa confesión, además, supone un reconocimiento de la vigencia de la norma y un aquietamiento a las previsiones de penalidad previstas en el ordenamiento para su conducta. El requisito de la veracidad de la confesión, siquiera sustancial, parte del propio fundamento de la atenuación, pues si lo que pretende el confesante no es la declaración de unos hechos posibilitando la actuación instructora sino la defensa ante un hecho delictivo no se cumple con esa finalidad que fundamenta la atenuación. Ahora bien, eso no implica que, puesta sobre la mesa la veracidad de los hechos, no pueda el confesante poner también de relieve aquellos elementos de donde deducir cualquier género de comportamiento atenuatorio de su responsabilidad penal. En la STS de 25 de enero de 2000, se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serán los siguientes:

1º Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción.

2º El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable.

3º La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial.

4º La confesión ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial.

5º La confesión habrá de hacerse ante la autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificada para recibirla.

6º Tiene que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante.

Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como primeras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS 23.11.2005, con cita en las sentencias 20.12.1983, 15.3.1989, 30.3.1990, 31.1.1995, 27.9.1996, 7.2.1998, 13.7.1998 y 19.10.2005).

Y estos requisitos o elementos que caracterizan la atenuante que se postula no están presentes en los hechos que se declaran probados. Como se razona en la sentencia recurrida, al rechazarse la atenuante que ahora se vuelve a interesar, el acusado al ser detenido reconoce haber agredido a Virtudes pero no es más cierto que no había dudas sobre su identificación ni podía ocultar los hechos cometidos, por lo que su declaración de ningún modo sirvió para la identificación del autor del delito ni contribuyó a desvelar datos relevantes que permanecieran ocultos. Al contrario, ofreció en su declaración una versión sobre determinados extremos esenciales que favorecía sus intereses de defensa y que resultaron desvirtuados por las pruebas practicadas.

No ha existido, por tanto, un verdadero acto de confesión y el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- - En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.5º, en relación con el 66.1.2º, ambos del Código Penal.

Se solicita que la atenuante de reparación del daño sea apreciada como muy cualificada ya que se ha abonado la indemnización solicitada por el Ministerio Fiscal y posteriormente ha pagado la totalidad.

Es cierto que el acusado ha abonado la totalidad de la indemnización a la que ha sido condenado, sin embargo, ello no determina necesariamente la cualificación.

Tiene declarado esta Sala, como se recuerda en la Sentencia 74/2016, de 10 de febrero, que cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso reparación simbólica, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio (EDJ 2012/154698); 2/2007, 16 de enero (EDJ 2007/2700); 1346/2009, 29 de diciembre (EDJ 2009/327300) y 50/2008, 29 de enero (EDJ 2008/31042), entre otras). Pero también hemos dicho que para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere -cfr. 868/2009, 20 de julio- que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima.

Hemos sentado el principio de que la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada. Así, en la STS 1156/2010, 28 de diciembre (EDJ 2010/303017), dijimos que la mera consignación del importe de las indemnizaciones solicitadas por las acusaciones no satisface las exigencias de una actuación post delictum para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada. Para ello se necesitaría algo más, mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena: finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que pretende el recurrente. Doctrina reiterada en la STS 117/2015 de 24 de febrero (EDJ 2015/26819).

Y esas especiales circunstancias que harían notable el esfuerzo reparador están ausentes en el supuesto que examinamos. No existe, como se señala en la sentencia recurrida, una especial intensidad reparadora que justifique que la atenuante deba apreciarse como muy cualificada.

El motivo se desestima.

QUINTO.-.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.3º del Código Penal (EDL 1995/16398).

Se solicita la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación.

Nos recuerda la Sentencia de esta Sala 981/2016, de 11 de enero de 2017, que el arrebató ha sido definido por la jurisprudencia como una «especie de conmoción psíquica de furor» y la obcecación como «un estado de ceguedad u ofuscación», con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda; otras veces, se le relaciona con su duración temporal, y así, el «arrebató como emoción súbita y de corta duración» y la «obcecación es más duradera y permanente» (STS 1237/1992, 28 de mayo (EDJ 1992/5451)); el primero está caracterizado por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 1196/1997, 10 de octubre).

En cuanto a sus requisitos, en la sentencia 140/2010, de 23 de febrero, se exige, en primer lugar, la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima (STS núm. 256/2002, de 13 de febrero (EDJ 2002/3148)), que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación (STS de 27 de febrero de 1992), pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor (STS núm. 1483/2000, de 6 de octubre (EDJ 2000/41114)).

Y también se ha advertido por esta Sala en la sentencia 140/2010 que no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional. Así, se ha dicho que "la reacción amparada en la atenuación debe ir dirigida a asegurar la convivencia social, pues no ha de olvidarse la función del derecho penal, la ordenación de la convivencia, por lo que los presupuestos de la atenuación deben ser lícitos y acordes con las normas de convivencia".

El derecho penal no debe legitimar ni atenuar la responsabilidad penal en virtud de cualquier reacción colérica cuando el estímulo provocador es débil y la respuesta al mismo se muestra totalmente excesiva y desmesurada con respecto al hecho motivador (cfr. STS 546/2012, de 25-6 (EDJ 2012/146070)).

Aplicando la jurisprudencia expuesta al caso que examinamos en el presente recurso, resulta evidente que las desavenencias mantenidas en una conversación telefónica entre agresor y su víctima, el día anterior a los hechos enjuiciados, en modo alguno puede sustentar la existencia de estímulos o causas, que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del acusado de acabar con la vida de Virtudes, como tampoco puede ocasionar un estado de ofuscación, como se señala en la sentencia recurrida, el hecho de que Virtudes haya gritado al ver al acusado en su casa, escondido y portando un cuchillo.

No ha existido ningún estímulo poderoso admisible socialmente, ni tampoco una alteración en el estado de ánimo del acusado, que permita apreciar una disminución de su imputabilidad.

El motivo se desestima.

SEXTO.-.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 46 y 55 del Código Penal.

→ El recurrente se opone a que se le haya inhabilitado para el ejercicio de la patria potestad sobre la menor Andrea durante el tiempo de la condena alegando que su aplicación es facultativa y no obligatoria y que los hechos no tienen ninguna relación directa con el ejercicio de la patria potestad como exige el Código Penal.

El Tribunal de instancia examina con detenimiento y correctos argumentos esta misma cuestión.

Así se expresa, en el sexto de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, que se ha solicitado por las acusaciones la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sobre la menor Andrea, en base a lo establecido en los artículos 46 y 55 del Código Penal, así como la pena de prohibición de aproximación y comunicación con la misma por el plazo de 20 años. Hay que señalar, en primer lugar que no se trata de una pena cuya imposición sea automática, pues el legislador ha condicionado su imposición a que tenga relación con el delito cometido. El artículo 46 del Código Penal dice: "La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas". Todo ello, por la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio 2010 (EDL 2010/101204).

La peculiaridad de la posible imposición de tal pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad prevista en el art. 55 del Cpenal (EDL 1995/16398) es que aparece prevista, con carácter potestativo pero de forma general, en todo delito castigado con pena igual o superior a diez años, exigiéndose una vinculación entre el delito y la privación del derecho a la patria potestad. "Relación directa" exige el tipo penal.

→ A continuación se recuerdan Sentencias de estas Sala y se añade, entre otros extremos, que no se cuestiona que el acusado haya tenido un comportamiento de atención y cuidado respecto a la menor, antes de acordarse la prisión del mismo, pero lo que la ley establece es si, a la luz de los hechos por los que se condena al acusado, debe acordarse la inhabilitación del mismo para el ejercicio de la patria potestad, porque su comportamiento tiene una relación directa, con el ejercicio de la misma, y de los deberes que implica. Se sigue diciendo que se considera que, además de un delito contra la madre de la menor, hay un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, que hace impensable que se mantenga la patria potestad del padre condenado, pues si bien la menor no presencié el ataque efectuado por su padre, a su madre, porque este tuvo lugar cuando ella estaba en el colegio, lo cierto es que si este hubiera consumado su propósito, la menor hubiera llegado a su casa y encontrado el cadáver de su madre. Continúa señalando que el ataque efectuado por el acusado va a tener un efecto negativo en el desarrollo de la menor, pues dicho ataque no ha sido a una persona que esta fuera del círculo de conocidos de la menor, sino que con dicho ataque se privaba a la misma de uno de sus progenitores y que de una valoración del hecho en su conjunto y en particular del comportamiento del acusado, se desprende que ante discrepancias con la ex pareja, este decide acabar con la vida de ella. Lo que nos lleva a considerar que, el comportamiento del acusado, no es el más adecuado para ejercitar, por ahora la patria potestad pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el severo intento del padre de asesinar a su madre.

OK

→ Y tras recordar los deberes y obligaciones que implica el ejercicio de la patria potestad establecidos en el artículo 154 del Código Civil (EDL 1889/1), se añade que difícilmente es compatible que la persona que ha intentado acabar con la vida de la madre de su hija pueda ser apto para educar y procurar una formación integral a la menor y que situándonos en la hipótesis de que el hecho se hubiera consumado, se habría producido un acto que hubiera implicado dejar a la menor en una situación de desamparo, al privar de la vida a uno de los progenitores, y lógicamente encontrarse el otro en situación de privación de libertad, con lo que ello conlleva de distorsión en la vida y desarrollo de una persona que en el momento de los hechos tenía cinco años de edad, lo que no supuso un freno para la conducta del acusado.

TS Dialogic

Las razones expresadas por el Tribunal de instancia para acordar la aplicación de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad deben ser compartidas.

Ciertamente, como recuerda la Sentencia de esta Sala 1083/2010, de 15 de diciembre, es la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta inhabilitación especial.

Y esas razones, como bien se señala en la sentencia recurrida, han determinado, en este caso, la decisión del Tribunal de instancia ya que ciertamente repugna legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones que resultan absolutamente incompatibles en quien, de forma alevosa, ha intentado matar a la madre de la menor y se mostró indiferente a que se encontrara con el cadáver de su madre y especialmente privarle a una niña tan pequeña de su madre, daño irreparable en la integridad moral y desarrollo de la personalidad de la menor.

El motivo no puede prosperar.

SEPTIMO.-.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1), se invoca quebrantamiento de forma por haberse denegado diligencias de prueba, que propuestas en tiempo y forma, se consideran pertinentes y relevantes para preservar el derecho de defensa.

Se dice que la prueba propuesta y denegada consistía en la declaración de siete testigos, consignándose las preguntas que se les hubiera hecho. Asimismo se señala documental consistente en los informes psicosociales elaborados por el equipo adscrito al Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de DIRECCION000 y que obraba en el procedimiento sobre medidas paterno-filiales y el informe emitido por los psicólogos de la prisión de Estremera sobre el acusado que obra igualmente en el referido proceso de divorcio, pruebas que se dicen iban encaminadas a demostrar que era un buen padre.

Es oportuno recordar la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la prueba. Así, en la Sentencia de esta Sala 498/2016, de 9 de junio, se declara que el derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba pertinentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestro ordenamiento, aunque podría considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, su rango constitucional deriva de su reconocimiento expreso y singularizado en el artículo 24 de la Constitución. La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1º, ambos de la LECrim, aunque la invocación del primero no permite orillar las exigencias contenidas en el segundo precepto. Es, pues, un derecho fundamental, aunque no sea un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba "pertinentes", de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (artículos 659 y 785.1 de la LECrim). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino solo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC 70/2002, de 3 de abril (EDJ 2002/7116)). La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por los artículos 785.1 y 786.2 de la LECrim en su redacción actualmente vigente, (anteriores artículos 792.1 y 793.2), cuando se trate de Procedimiento Abreviado, y haciendo constar su oposición a la denegación a efectos de ulterior recurso en la forma prevista en el artículo 37.d) de la LOTJ, cuando se trate de procedimientos ante ese Tribunal. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS no 1591/2001, de 10 de diciembre y STS no 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, (STS no 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. Todos estos aspectos han de ser acreditados por el recurrente cuando alega en vía de recurso la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas tal como aparecían en el momento de admitir o denegar las pruebas, sino también las demás pruebas ya practicadas en el juicio oral y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada. En el caso, desde el punto de vista formal, no se hace mención alguna en el motivo respecto a que el recurrente hubiera hecho constar su oposición a la decisión de denegación de la prueba.

En cuanto al fondo de la cuestión, el Tribunal de instancia explica el rechazo de una prueba que carecía de todo alcance y que en nada iba a influir en el derecho de defensa del acusado.

Así se indica en la sentencia recurrida que por el letrado de la defensa se solicitó la declaración de determinados testigos de los que, inicialmente y en el escrito de defensa, no se dijo la relación existente con la causa, manifestando posteriormente dicho letrado que eran amigos del acusado y que podían declarar sobre el trato de este con su hija menor. El Tribunal de instancia consideró que la declaración de esos testigos no era necesaria, pues no había datos en la causa que sustenten que el acusado, con anterioridad al hecho al que se refiere esta causa, se hubiera comportado incorrectamente con su hija menor. Y se recuerda que la propia madre declaró en el acto de la vista que el acusado era un buen padre con su hija, con la que tenía una relación normal.

Así las cosas, la prueba denegada no era necesaria, no hubiera alterado el fallo de la sentencia recurrida y de ningún modo ha resultado afectado el derecho de defensa.

Este último motivo tampoco puede prosperar.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por el acusado, D. Ovidio, contra sentencia dictada por la Sección 26 de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 26 de mayo de 2016, en causa seguida por delitos de asesinato en grado de tentativa y allanamiento de morada. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Cándido Conde Pumpido Tourón Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Andrés Palomo Del Arco Carlos Granados Pérez

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012017100146

EDJ 2017/124821 STS Sala 2ª de 26 junio de 2017

Prusó
Patria Bastad.

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 26-6-2017, nº 477/2017, rec. 10119/2017

ROJ: STS 2535:2017, ECLI: ES:TS:2017:2535

Pte: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel

STS Sala 2ª de 26 junio de 2017

Desestima el recurso
interpuesto contraSAP Asturias de 27 diciembre de
2016 (J2016/238432)

Resumen

Asesinato. Alevosia. El TS confirma la condena por delito intentado de asesinato. La forma tradicional del ataque alevoso viene constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa (FJ 4).

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre de 1995. Código Penal

art.139.1, art.148.1

CE de 27 diciembre de 1978. Constitución Española

art.24

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

Aspectos penales

De la circunstancia mixta de parentesco

Favorable a: Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Condenado

Procedimiento:Recurso de casación

☰ Índice

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

🔍 Documentos relacionados

— Legislación

Aplica art. 139.1 y art. 148.1 de LO 10/1995 de 23 noviembre de 1995

Aplica art. 24 de CE de 27 diciembre de 1978

Cita LO 1/2015 de 30 marzo de 2015

Cita art. 16.1 , art. 20.2 , art. 21.1 , art. 22.1 , art. 23 , art. 46 , art. 48 , art. 55 , art. 56 , art. 57 , art. 62 , art. 66.1.6 , art. 109 , art. 116 , art. 139.3 , art. 140 y art. 169.2 de LO 10/1995 de 23 noviembre de 1995

Cita art. 5.4 de LO 6/1985 de 1 julio de 1985

Cita art. 39.3 y art. 39.4 de CE de 27 diciembre de 1978

Cita art. 576 , art. 849.1 , art. 849.2 y art. 852 de RDLeg. de 14 septiembre de 1882

-- Jurisprudencia

Desestima el recurso interpuesto contra SAP Asturias de 27 diciembre de 2016 (J2016/238432)

Cita en el mismo sentido sobre AGRAVANTES - ALEVOSÍA - Integrante del asesinato - Concepto

STS Sala 2ª de 6 abril de 2017 (J2017/37096)

Cita STS Sala 2ª de 23 febrero de 2017 (J2017/11459)

Cita STS Sala 2ª de 30 septiembre de 2015 (J2015/177782)

Cita STS Sala 2ª de 15 diciembre de 2010 (J2010/290501)

Cita STS Sala 2ª de 22 enero de 2004 (J2004/8220)

Cita STS Sala 2ª de 8 septiembre de 2003 (J2003/97988)

Cita STS Sala 2ª de 7 noviembre de 2002 (J2002/51385)

Cita STS Sala 2ª de 13 marzo de 2001 (J2001/3128)

Cita STS Sala 2ª de 13 febrero de 2001 (J2001/3059)

Cita STS Sala 2ª de 26 febrero de 1999 (J1999/983)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de los de Oviedo, instruyó sumario con el número 185/2015, contra D. Aurelio, y una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 3ª, rollo 62/2015) que, con fecha 27 de noviembre de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

«PRIMERO: Se declaran HECHOS PROBADOS que el procesado Aurelio, mayor de edad con antecedentes penales no computables para esta causa, mantuvo una relación de pareja con convivencia con Tomasa, fruto de la cual es una hija común, Elsa, que nació el NUM000 de 2007, teniendo diagnosticado un trastorno de espectro autista atípico y trastorno de aprendizaje. Aquella relación sentimental finalizó en junio de 2013, habiéndose seguido contra el procesado causa penal por delito de lesiones en la que fue condenado por las causadas a la citada Tomasa a la pena de nueve meses de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porté de armas durante 2 años y un día y prohibición de aproximarse a menos de 200 metros, de Tomasa y a comunicarse con la misma, todo ello en ejecutoria 639/2014 del Juzgado de lo Penal N° 4 de Oviedo, cesando esas prohibiciones el 16 de marzo de 2015. Desde esa fecha el

procesado intentó convencerla para reanudar la relación, llamándola y comunicándose con ella reiteradamente, si bien ella siempre se negó, indicándole que su única relación era por la niña, respecto de la que Tomasa tiene otorgada la custodia con un régimen de visitas para el procesado que actualmente se halla suspendido por Auto de 29 de mayo de 2015 del Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Siero. Sobre las 20 horas del día 24 de mayo de 2015, después de estar con su hija en el ejercicio del derecho de visita, el procesado fue a entregarla a Tomasa, desplazándose hasta el portal del edificio donde ella tiene su domicilio, en el N° NUM001 de la CALLE000 de Oviedo, en el que convive, en el piso NUM002, puerta NUM003, con la titular de la vivienda Custodia que no quería que el procesado subiera a ella, y por eso la recogida y entrega de la niña se realizaba en el portal. Una vez que Tomasa recogió a la menor la subió al piso, diciéndole al procesado que esperase porque tenían que hablar de temas relacionados con su hija, bajando luego al portal donde conversaron, y en el curso del diálogo Aurelio le pidió, insistiendo en ello, que retirase unas denuncias que le había puesto por impago de pensiones, a la vez que le decía que quería conocer y hablar con Custodia a la que hacía responsable de que Tomasa no reanudara su relación con él, negándose esta que le dijo que el no tenía nada que hablar con Custodia, y dando por terminada la conversación se giró para abrir la puerta del ascensor e ir a su domicilio, momento en el que el procesado sacó de una bolsa de plástico que portaba un destornillador, afilado en su punta que lo deja como un punzón y diciéndole algo como que "esto era lo que tu querías" se lo clavó inesperadamente en la parte superior del pecho. Acto seguido le quitó las llaves de la vivienda y la obligó a subir diciéndole que ahora iba a hablar con Custodia. Una vez que llegaron a la casa la empujó para que entrara, encontrándose con Custodia que estaba dando de comer a la niña, alarmándose al ver a Tomasa sangrando y al procesado detrás de ella, el cual las arrinconó en la cocina -que era donde estaban Custodia y Elsa - obligándolas a sentarse en un sofá diciendo que como no le quería escuchar por las buenas le iba a escuchar por las malas, cogiendo él una banqueta que había en la mesa de la cocina y se sentó delante de ellas, creyendo éstas - Tomasa y Custodia - que iba a hablar con las mismas, pero de forma repentina y con la intención de darles muerte comenzó a apuñalar repetidamente a Custodia con el antedicho destornillador afilado haciendo lo propio luego con Tomasa a la que también apuñaló reiteradamente con un cuchillo de cocina que llevaba en aquella bolsa de plástico, haciéndolo con tanta vehemencia que llegó a doblarle la hoja. Estos hechos se desarrollaron en presencia de la niña, que no dejaba y de gritar y llorar ante esa escena y pese a las súplicas de las mujeres que pedían que no lo viera. Al oír los gritos de socorro un vecino logró entrar en la vivienda, al abrir la puerta Custodia que pudo acercarse hasta ella, interviniendo para desarmar al procesado que sujetaba a Tomasa por el hombro y a la niña con el otro brazo y sujetando el destornillador -punzón.- contra su cuello. Como consecuencia de la agresión se produjeron los siguientes resultados: Tomasa resultó con lesiones consistentes en:

1.-Traumatismo torácico por heridas de arma blanca: Neumoneumotorax derecho postraumático. Herida de 1 cm a nivel subclavicular derecha con enfisema subcutáneo y sangrado limitado que impresiona de neumotórax abierto. Herida en tórax posterior para escapular izquierdo. Hipoventilación derecha. Múltiples heridas por arma blanca localizadas en: Antebrazo izquierdo y otras dos heridas puntiformes en muslo izquierdo.

2.-Lesión en lóbulo superior derecho con gas y sangre. Hemorragia pulmonar. Pequeño derrame pleural derecho, probablemente hemotórax. Hipo ventilación lóbulo inferior derecho.

Tales lesiones requirieron para su sanidad 30 días de los que 4 fueron de hospitalización y 26 días improductivos para su actividad habitual, quedándole como secuelas: cicatriz lineal de 1 cm de longitud lineal axila medida en hemotórax derecho, cicatriz en forma de cruz submamaria izquierda, herida de drenaje subaxilar derecha, cicatriz en cremallera en región escapular izquierda sobre hematoma de 3 x 4 cm en fase de resolución, dos cicatrices de 0.5 cm en cara interna de codo izquierdo y otra en 1/3 medio de antebrazo izquierdo de 1 cm, y dos cicatrices lineales una anterior de 1.5 cm de longitud y otra en cara externa de 1.5 cm en muslo izquierdo.

Por su parte, Doña Custodia sufrió lesiones consistentes:

1.- Múltiples heridas inciso-contusas en cara anterior de tórax, epigastrio, ambos hipocondrios, brazo izquierdo y cara interna de ambas rodillas, no pérdida de conocimiento. Dolor en región infra-mamaria izquierda:

- Cuero cabelludo: región parietal izquierda: pequeño scalp.

- Región cervical derecha: dos heridas alineadas. Una de ellas por debajo de salida a 4.5 cm, sobre deltoides.

- Delto-pectoral izquierdo herida punzante.

- Glándula mamaria: una herida situada a 5 cm del pezón izquierdo y una herida en aureola mamaria derecha. Pliegue mamario derecho: dos incisiones.
- Subxifoidea: herida punzante.
- Línea medio clavicular: herida subcostal izquierda.
- Extremidad superior izquierda. Antebrazo: tres heridas punzantes en antebrazo izquierdo dos en cara externa y otra en cara interna.
- Rodilla izquierda y rodilla derecha: herida punzante.
- Laceración pulmonar que afecta a lóbulo superior izquierdo.
- Neumotórax laminar izquierdo no subsidiario de colocación de drenaje. Con ocupación de gas y sangre, el trayecto mide 153 mm y otra inter-pulmonar de 104 mm. Se observan pequeñas burbujas en la pared torácica sin enfisema subcutánea significativo.
- Laceración hepática. Segmento VI trayecto aproximadamente de 5 cm con hiperdensidad del parénquima adyacente, compatible con hemorragia.
- Pequeña afectación partes blandas epigastrio, invirtiendo en su curación 30 días, de las que estuvo hospitalizada y 27 impedida para su actividad habitual, quedándole como secuelas cicatrices localizadas en cabeza: región ténoro parietal izquierda: cicatriz de 3 cm de longitud forma curvilínea. Cubierta por cabello.
- Cuello parte lateral derecha dos cicatrices: una cicatriz de 2 cm lineal y otra puntiformes de 0,5 cm. Normalmente visible.
- Hemitorax izquierdo: cicatriz lineal de 0,5 cm en hipocondrio izquierdo. Normalmente no visibles.
- Mama izquierda: cicatrices de 0,3 cm de lado derecho y otra de 1,7 cuadrante superior interno. Normalmente no visible.
- Mama derecha: cicatriz de 0,5 cm por encima del pezón. Dos cicatrices en 1/3 superior hemitorax. Dos lineales submamaria derecha de 0,5 cm cada una, una en epigastrio de 0,5 cm. Normalmente no visibles.
- Antebrazo izquierdo: tres cicatrices: dos en cara posterior de 0,8 cm una en tercio superior y otra en tercio medio. Cicatriz de 0,5 cm en tercio medio antebrazo cara interna. Normalmente visible.
- Extremidad inferior derecha: Muslo derecho, tercio inferior cicatriz de 0,5 cm en rodilla izquierda: parte interna tercio medio cicatriz de 1 cm. Escasamente visibles.

Las lesiones padecidas, por doña Tomasa y Doña Custodia habrían tenido un pronóstico fatal, de no haber recibido asistencia médica.

Por su parte, la menor Elsa ha sufrido lesiones causadas por el trauma psíquico que le provocaron una crisis el 5/6/2015, presentando episodio de fiebre, convulsiones y estrés marcado invirtiendo en su curación 15 días»(sic).

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

«Que debemos condenar y condenamos a Aurelio :

1º) Como autor de un delito de asesinato intentado, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de quince años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

2º) Como autor de un delito de asesinato intentado, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 15 años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

3º) Como autor de un delito de amenazas graves, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se impone al condenado la prohibición de aproximación a Tomasa y a Custodia a un kilómetro, durante un periodo de diez años, más al de duración de la pena de prisión así como la prohibición de comunicarse con ellas por cualquier medio durante ese tiempo.

Se impone al condenado la prohibición de aproximación a la menor Elsa a una distancia inferior a un kilómetro, durante un periodo de cinco años, más al de duración de la pena de prisión así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante ese tiempo, privándole de la patria potestad sobre ellos.

El máximo de cumplimiento de las penas de prisión será de veinte años, cumpliéndose con las prohibiciones antes citadas de forma simultánea.

El condenado deberá abonar las costas procesales causadas, con inclusión de las devengadas por las acusaciones particulares, e indemnizar a Tomasa y a Custodia en la cantidad de veinte mil euros a cada una de ellas, y a la menor Elsa en la de quince mil euros, devengando todas ellas los intereses legales previstos en el art. 576 de la L.E.Crim. Asimismo indemnizará al SESPA en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los gastos de la asistencia médica prestada a las víctimas(sic)».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por D. Aurelio, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el presente recurso.

CUARTO.- - El recurso interpuesto por D. Aurelio, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 5.4 LOPJ , al haberse vulnerado el artículo 24 de la CE que proclama el derecho a la presunción de inocencia.

Por razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición, trataré el primer motivo de casación con el motivo décimo tercero al referirse ambos a la vulneración del artículo 24 de la CE .

2.- SEGUNDO.- Al amparo del artículo 849.2 de la LECrim por error en la apreciación de prueba, al obrar en autos documentos que muestran la equivocación de la Sala, folios 100 a 111 del Rollo 62/15 que recogen la ficha técnica del medicamento Alprazolam Pensa emitida por la Agencia Española del Medicamento.

3.- TERCERO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por infracción de los artículos 20.2 y 21.1 del Código Penal, por inaplicación, al concurrir la exigente completa o la semiexigente a causa de la ingesta de benzodiazepinas.

Basamos nuestro Recurso de Casación en infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por inaplicación de los artículos 20.2 y 21.1 del Código Penal, al encontrarse Aurelio bajo los efectos del principio activo del medicamento Alprazolam, en concreto de las Benzodiazepinas.

4.- CUARTO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por inaplicación del artículo 148.1 del Código Penal .

Basamos nuestro Recurso de Casación en infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por inaplicación del artículo 148.1 del Código Penal , al no concurrir el ánimo homicida en Aurelio.

5.- QUINTO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 139.1 del Código Penal .

Basamos nuestro Recurso de Casación en infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 139.1 del Código Penal , al no concurrir alevosía, como cualificadora de la tentativa de asesinato, al no ser el ataque ni sorpresivo, ni traicionero y no estar privadas Doña Tomasa y Doña Custodia de la

posibilidad de defensa, además de no quedar acreditado lo decisivo en la alevosía, como es el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia de riesgo ante la defensa que pueda hacer el ofendido, tal y como define el artículo 22.1º del Código Penal .

6.- SEXTO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 139.3 del Código Penal .

Basamos nuestro Recurso de Casación en infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 139.3 del Código Penal , al no concurrir ensañamiento, como cualificadora de la tentativa de asesinato, al no contener ni el elemento objetivo, causación a la víctima de padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, ni el elemento subjetivo o finalista, que requiere la intención del sujeto de aumentar el dolor.

7.- SÉPTIMO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 16.1 del Código Penal y artículo 62 del Código Penal .

Se renuncia al motivo séptimo por infracción de Ley.

8.- OCTAVO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 169.2 del Código Penal .

Basamos nuestro Recurso de Casación en infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 169.2 del Código Penal , al no existir dolo en la acción.

9.- NOVENO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim . por aplicación indebida del agravante de parentesco previsto en el artículo 23 del Código Penal .

Se renuncia al motivo Noveno por infracción de Ley.

10.- DÉCIMO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 66.1.6 del código penal .

Basamos nuestro Recurso de Casación en infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 66.1.6 del Código Penal , al vulnerarse el principio de proporcionalidad, al haberle impuesto por la tentativa la misma pena que correspondería al asesinato consumado, quince años de prisión.

11.- UNDÉCIMO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 48 del Código Penal y artículo 57 del Código Penal .

Basamos nuestro Recurso de Casación en infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 48, en relación con el artículo 57, en relación a la menor, al imponer una pena que rompe con el principio de proporcionalidad.

12.- DUODÉCIMO. - Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 56, en relación con el artículo 55 y 46 del Código Penal.

Basamos nuestro Recurso de Casación en infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim . por aplicación indebida del artículo 56, en relación con el artículo 55 y 46 del Código Penal, al no ser la menor sujeto pasivo de los hechos y no haber sido tenido en cuenta el interés superior del menor, realizando estudios psicosociales y familiares para acordar la medida.

13.- DECIMO TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 5.4 LOPJ , al haberse vulnerado el artículo 24 de la CE que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición, como ya se adelantó, trataré el primer motivo de casación con el motivo décimo tercero por referirse ambos a la vulneración del artículo 24 de la CE .

Con especial consideración a la vulneración del principio de presunción de inocencia, al estimar la parte recurrente que no concurre prueba de cargo enervadora de la presunción constitucional.

14.- DECIMO CUARTO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 5.4 LOPJ , al haberse vulnerado el artículo 24 de la CE y el artículo 39.3 y 39.4 de la CE.

15.- DECIMO QUINTO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida de los artículos 109, 116 y concordantes del Código Penal con ruptura del principio de proporcionalidad.

Se renuncia al motivo decimoquinto por infracción de Ley.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso de casación interpuesto, quedan instruidos del mismo, impugnando los motivos del recurso por las consideraciones que se exponen en los escritos que obran unidos a los presentes autos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 15 de Junio de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de asesinato intentado con la agravante de parentesco a la pena de quince años de prisión; como autor de un delito de asesinato intentado a la pena de quince años de prisión; y como autor de un delito de amenazas graves, con la agravante de parentesco a la pena de dos años de prisión. Además, respecto de las víctimas de los dos delitos de asesinato intentado, se le impuso la prohibición de aproximación, a distancia inferior a un kilómetro, y de comunicación por cualquier medio, durante un periodo de diez años más al de duración de la pena. Y respecto de la menor, hija común del recurrente y de la víctima Tomasa, se le impuso la prohibición de aproximación, a distancia inferior a un kilómetro, y de comunicación durante un periodo de cinco años más al de duración de la pena de prisión, así como la privación de la patria potestad.

Contra la sentencia de instancia interpone recurso de casación. En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim , denuncia error de hecho y designa como documento que lo evidencia la ficha técnica del medicamento Alprazolam Pensa, del que entiende, de párrafos concretos que cita, que resulta la posibilidad de reacciones agresivas a su consumo. Sostiene que el Tribunal incurre en error cuando, entre otros aspectos, razona en la fundamentación jurídica que no son conocidos comportamientos agresivos como reacciones adversas al consumo, pues de la citada ficha técnica resulta lo contrario

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmen te sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

2. En el caso, el recurrente designa como documento la ficha técnica de un medicamento, cuyo consumo por el mismo, resulta acreditado por los resultados de los análisis clínicos practicados. Sin perjuicio de que no consta la cantidad consumida, y tampoco que pudiera ser superior a la dosis terapéutica pautada por su médico, del documento designado no resulta la certeza de un hecho que el Tribunal haya omitido declarar probado, ni tampoco la inexistencia de un hecho que se haya hecho figurar entre los que el Tribunal declara probados. Lo que el documento designado puede acreditar no es siquiera la probabilidad, sino, como máximo, la posibilidad de que el consumo de esa sustancia pueda dar lugar a efectos adversos, entre ellos los que se mencionan en la referida ficha técnica. Y esta posibilidad no es contraria a lo que se declara probado.

Cuestión distinta es que el documento ponga en duda la corrección de determinadas argumentaciones contenidas en la fundamentación jurídica. Como hemos señalado, este motivo de casación se orienta a rectificar los hechos probados, bien mediante el añadido de los indebidamente omitidos o bien mediante la desaparición o rectificación de los indebidamente declarados probados. Pero no permite rectificar el fallo mediante una argumentación construida sobre los documentos, si los hechos probados no se alteran.

En el caso, es posible que el consumo de Alprazolam dé lugar a efectos adversos entre los que pudiera encontrarse un comportamiento agresivo. Pero ello no permite afirmar que, en el caso, ese efecto adverso se hubiera producido en el recurrente, pues del documento que se designa solo resulta esa posibilidad y no la certeza de que hubiera ocurrido.

El Tribunal menciona distintos elementos probatorios que conducen precisamente a la conclusión contraria. De un lado no consta la cantidad consumida, ni tampoco que fuera superior a la dosis terapéutica; los médicos forenses afirmaron en el plenario que entre las reacciones adversas no son conocidos comportamientos agresivos, lo que no es contrario a que, en teoría, pudieran producirse; tampoco consta que hubiera consumido otros medicamentos o alcohol que pudiera haber interactuado con la benzodiacepina; los informes forenses y los informes psicológicos descartan cualquier psicopatología o trastorno, por lo que debe excluirse una base patológica que pudiera resultar exacerbada por la medicación; y las dos víctimas y dos policías que declararon como testigos manifestaron que su estado era normal.

Por lo tanto, aunque el documento designado admita la posibilidad de que su consumo pudiera dar lugar, como reacción adversa, a comportamientos agresivos, de un lado, no es la única prueba sobre ese extremo, pues los médicos forenses afirmaron que no son conocidos comportamientos agresivos como tales efectos secundarios al consumo; y de otro lado, no consta que consumiera cantidades excesivas del producto; tampoco consta ningún elemento probatorio que indique que el recurrente estaba en una situación que pueda vincularse con esos efectos adversos; y los testigos que presenciaron y sufrieron la agresión así como los agentes policiales que intervinieron en un primer momento, declararon no haber apreciado anormalidad alguna en el recurrente.

Ha de concluirse, pues, que el documento designado no demuestra ningún error del Tribunal de instancia al declarar o al omitir declarar probados determinados hechos, por lo que el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida inaplicación de la eximente completa o incompleta del artículo 20.2º o 20.2º en relación con el 21.1º del Código Penal, a causa de la ingesta de benzodiacepinas.

1. Como hemos señalado en numerosas ocasiones, este motivo de casación solamente permite verificar si el Tribunal de instancia ha interpretado y aplicado correctamente los preceptos pertinentes, pero siempre en relación con los hechos que se han declarado probados en la sentencia, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes.

2. La desestimación del anterior motivo ha determinado la permanencia del relato fáctico de la sentencia de instancia, en el que no consta que el recurrente estuviera afectado en forma alguna por el consumo de benzodiacepinas. Ya hemos dicho más arriba que la posibilidad teórica de que el consumo de esa sustancia pueda dar lugar a comportamientos agresivos, no significa que en el caso ese efecto se haya producido, cuando todas las demás pruebas disponibles apuntan en sentido contrario a esa posibilidad.

En consecuencia, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el cuarto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la indebida inaplicación del artículo 148.1º del Código Penal , al no concurrir en los hechos el ánimo homicida, por lo que deberían subsumirse los hechos en un delito de lesiones. Argumenta que el uso de un instrumento potencialmente peligroso no implica necesariamente la voluntad de matar; que su ánimo era solo recuperar a su hija; en cuanto a la preparación de los instrumentos, entiende que no es lógico que llevara en la bolsa un cepillo para ropa y una espátula, y afirma que la cogió porque estaba rota la que llevaba para las cosas de la niña; que las lesiones demuestran que no buscó una zona vulnerable sino que las acciones se efectuaban al azar; y que finalmente, aunque ambas agredidas estaban conscientes, decidió desistir de la agresión y marcharse.

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

A estos efectos, la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, **para afirmar la existencia del ánimo propio del delito de homicidio, deben tenerse en cuenta los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; del comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende la existencia de agresiones previas, las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; del arma o de los instrumentos empleados; de la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; de la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; de la repetición o reiteración de los golpes; de la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y, en general de cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto.** (STS nº 57/2004, de 22 de enero). A estos efectos, y aunque todos los datos deben ser considerados, tienen especial interés, por su importante significado, el arma empleada, la forma de la agresión, especialmente su intensidad, y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida.

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

Cuando se trata del delito de homicidio, **si la acción de agresión, considerada en su conjunto, y con independencia del resultado alcanzado, se dirige directamente a la causación de la muerte, se apreciará dolo directo.** Si es adecuada para la producción de la muerte y es ejecutada de forma dolosa por su autor, es inevitable, acudiendo a máximas de experiencia, atribuir a éste el conocimiento del peligro concreto creado respecto de la producción del resultado típico, salvo casos de deficiencias cognitivas. Y consiguientemente se debe apreciar el elemento volitivo del dolo en cuanto que, a pesar de aquel conocimiento, procedió a la ejecución de la acción.

2. En el caso, el recurrente apuñaló a ambas mujeres en sucesivas ocasiones empleando un destornillador, afilado como un punzón, y un cuchillo. Las heridas sufridas por ellas fueron numerosas, y vienen descritas en el relato de hechos de la sentencia impugnada. De ellas interesa resaltar que los golpes dirigidos contra Tomasa alcanzaron el tórax, lesionando el pulmón y causando neumotórax, hemorragia pulmonar y pequeño derrame pleural, presentando además múltiples heridas localizadas en antebrazo izquierdo y en muslo izquierdo. Custodia, además de múltiples

heridas en tórax, epigastrio, ambos hipocondrios, brazo y rodillas y en otros lugares del cuerpo, presentó laceración pulmonar con neumotórax y laceración hepática. De ellas resulta que el recurrente dirigió los golpes en el curso de la agresión a zonas vitales, como el tórax, donde se encuentran órganos de cuyo funcionamiento depende la vida humana; y del mismo modo resulta que, empleando un instrumento de potencialidad letal, lo hizo con tal fuerza que penetró en las cavidades internas, causando lesiones que de no ser tratadas hubieran determinado la muerte.

De la reiteración de la agresión, de los instrumentos empleados, de la zona a la que se dirigieron los golpes propinados con aquellos y de la fuerza con la que se ejecutaron, puede deducirse, sin faltar a las reglas de la lógica ni a las máximas de experiencia, que el recurrente era consciente de que con su forma de proceder creaba un altísimo riesgo para la vida de las mujeres a las que agredía, y a pesar de ello ejecutó la agresión en la forma descrita en los hechos probados.

Esta Sala, por lo tanto, comparte la apreciación del Tribunal de instancia respecto a la existencia del ánimo de matar, por lo que el motivo se desestima.

CUARTO.- En el motivo quinto, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 139.1º del Código Penal, pues entiende que no debe apreciarse la concurrencia de la **agravante de alevosía**. Argumenta que en el segundo momento de la agresión, cuando el recurrente ataca a las dos mujeres, éstas se habían ya percatado de la realidad, con lo que desaparece el elemento sorpresivo. Añade que además se trataba de dos personas contra una.

1. Tal como se recordaba en la STS nº 257/2017, de 6 de abril, la jurisprudencia ha señalado que **para apreciar su concurrencia, es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, como consecuencia, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS nº 1866/2002, de 7 noviembre).**

La forma tradicional del ataque alevoso viene constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa. Así, es ataque alevoso el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino (STS nº 382/2001, de 13 de marzo y las que se citan en ella), ejecutado contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que tiende a suprimir la posibilidad de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. Pero también reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce, imprevisiblemente, un cambio cualitativo en la situación (STS nº 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho. (STS nº 1031/2003, de 8 de setiembre).

2. Los elementos de la alevosía que se han recogido en la jurisprudencia citada más arriba, concurren de forma clara en los hechos que se declaran probados, en los que se recoge que el recurrente, una vez que accedió al domicilio que compartían las dos mujeres, las arrinconó en la cocina, diciéndoles que ya que no le quería escuchar por las buenas lo haría por las malas, obligándolas a sentarse en un sofá, sentándose a su vez delante de ellas, creyendo éstas que iba a hablar con ellas, pero de forma repentina y con la intención de darles muerte comenzó a apuñalarlas.

De este relato resulta que en la conducta del recurrente se produce un salto cualitativo relevante, pues aunque en el portal ya había agredido a su ex pareja, modifica su actitud desde un discusión de palabra a una agresión física contra ambas mujeres, y, además, que el comienzo de dicha agresión se produce de forma repentina, con lo cual, dadas las circunstancias en las que se encontraban agresor y agredidas, debe concluirse que inicia la agresión con de forma que suprime las posibilidades de defensa.

Por todo ello, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el motivo sexto, con el mismo amparo procesal, denuncia la indebida aplicación del artículo 139.3º del C. Penal, pues entiende que no concurre la agravante de ensañamiento. Argumenta que el Tribunal de instancia considera que la circunstancia debe rechazarse si se tiene en cuenta solamente el dato de la reiteración en los apuñalamientos y que llega a una conclusión, respecto al ánimo vengativo y a la intención de causar un mayor dolor, que considera no correcta si se tiene en cuenta el escaso tiempo que duró la agresión.

1. El artículo 139.3º del Código Penal se refiere al ensañamiento como agravante específica del asesinato con la expresión «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido». Por su parte, el artículo 22.5ª, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito». En ambos casos se hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el asesinato la muerte de la víctima, causa, de forma deliberada, otros males que aumentan su dolor más allá del que acompaña necesariamente a la propia muerte violenta. Desde esa perspectiva, exceden de los necesariamente unidos a su acción típica, por lo tanto pueden reputarse objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado, provocando conscientemente un sufrimiento añadido a la víctima.

Se requieren, pues, dos elementos. Uno objetivo constituido por la causación de males que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima, y que son objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico. Pueden proceder de actos de tortura previos a los que directamente causan la muerte, o bien, de una determinada forma de causarla que añade sufrimiento a la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe actuar de modo consciente y deliberado, para lo cual es suficiente que pueda afirmarse que sabía que con esa forma de actuar necesariamente aumentaba el sufrimiento de la víctima. No es preciso, por lo tanto, que exista frialdad de ánimo, ni tampoco que la acción vaya dirigida directa y exclusivamente a la causación de mayor dolor.

2. En el caso, el Tribunal no hace ninguna referencia en los hechos probados a la intención del autor de causar un mayor dolor a las personas contra las que dirige su acción agresiva. Declara probado que las agresiones se desarrollan en presencia de la menor hija del acusado y de Tomasa, su ex pareja sentimental. Asimismo declara probado que la niña no dejaba de llorar y de gritar, y que continuó la agresión a pesar de que ambas mujeres le decían que no lo viera la niña. Concluye el relato, consignando que cuando entra un vecino en auxilio de las agredidas, ve cómo el recurrente sujetaba el destornillador contra el cuello de ésta, lo cual da lugar luego a la condena por un delito de amenazas.

Efectivamente, como señala el recurrente, el Tribunal ha considerado que no puede apreciarse la agravante de ensañamiento si se tiene en cuenta solamente la reiteración en los apuñalamientos, pues entiende que esa forma de proceder se contextualice en el desarrollo de la actividad ejecutiva destinada a producir la muerte (sic). Razona, sin embargo, que puede defenderse que la reiteración en el apuñalamiento por parte de quien demostró aquellos perfiles del maltratador sobre su ex pareja y la persona que referenciaba el obstáculo para que ésta volviera con él, con la presencia del ánimo vengativo que dictaminaron los peritos psicólogos, obedecía al deseo de implementar el dolor físico inherente al acto material lesivo, pues razonable admitir que quien es así agredida experimenta una aflicción moral sobreañadida por el propio sentir de quien se ve en trance de morir de esa forma tan inicua, observando además que esa exacerbación de la violencia se escenificó sin tasa en presencia de la hija menor...Añadiendo más adelante que el sufrimiento de la menor fue correa de transmisión a su propia madre y a la otra agredida.

La jurisprudencia ha señalado que los hechos subjetivos, entre ellos el relativo al ánimo del autor o a su intención, deben aparecer en los hechos probados, pero también ha precisado que no se produce un defecto que justifique la nulidad de la sentencia si se consignan adecuadamente, es decir, con contundente valor fáctico, en la fundamentación jurídica.

Aunque la forma en la que se expresa el Tribunal de instancia sobre este particular pudiera dar lugar a confusión, en realidad, lo que se desprende de la misma, puesta en relación con la doctrina jurisprudencial, es que para la apreciación de la agravante de ensañamiento no basta con la concurrencia del elemento objetivo, sino que también debe concurrir el de naturaleza subjetiva.

Y, es en este sentido, en el que debe entenderse la referencia que hace el Tribunal de instancia a la concurrencia de un ánimo vengativo, que tiene su origen en la actitud machista que demuestra al no aceptar la ruptura de la relación, sobre el que apoya la afirmación de que el recurrente sabía que, ejecutando los hechos de la forma en que lo hizo, ocasionaba a las víctimas un incremento del dolor propio del delito que cometía.

De esta forma, la conjunción de ese ánimo con la reiteración de los actos de apuñalamiento sobre las dos víctimas, a las que causó numerosas heridas, tal como se describe en el relato fáctico, integra los elementos necesarios para apreciar la agravante de ensañamiento.

Por todo ello, el motivo se estima.

SEXTO.- Renunciado el motivo séptimo, en el octavo, nuevamente con amparo en el artículo 849.1º de la LECrim , denuncia ahora la indebida aplicación del artículo 169.2 del Código Penal , pues sostiene que no existe dolo en la acción descrita en los hechos probados, según la cual el recurrente apoyaba el destornillador en el cuello de su hija menor de edad, pues no consta que hubiera exteriorizado expresión verbal alguna amenazando de muerte a la niña o diciendo que si se acercaban la mataba.

1. El delito de amenazas tiene como objetivo la protección del bien jurídico de la libertad, considerada en su faceta más subjetiva y psicológica, como es el derecho a la tranquilidad, y en su aspecto más objetivo como el derecho a comportarse y moverse libremente sin la intimidación que supone una amenaza proveniente de un tercero. Como requisitos, la jurisprudencia (STS nº 268/1999, de 26 de febrero , ha venido exigiendo: a) una conducta del agente integrado por actos o expresiones idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal, injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata; b) que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea seria, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; c) que estas mismas circunstancias, subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de antijuridicidad de la acción y su calificación como delictiva.

Es posible, por lo tanto, ejecutar una amenaza mediante actos que tengan ese preciso significado, sin que sea preciso su formulación verbal.

2. En el caso, en el relato fáctico de la sentencia impugnada, en lo que se refiere al delito de amenazas, solo se declara probado que los hechos se desarrollaron en presencia de la niña y que al oír los gritos de socorro un vecino logró entrar en la vivienda, al abrir la puerta Custodia que pudo acercarse hasta ella, interviniendo para desarmar al procesado que sujetaba a Tomasa por el hombro y a la niña con el otro brazo y sujetando el destornillador -punzón- contra su cuello.

En la fundamentación jurídica argumenta el Tribunal de instancia que el mal con el que se amenaza es la muerte, y que el procesado escenificó la posibilidad de ejecutarla cuando coloca en el cuello de su propia hija, en aquel ambiente de violencia, el punzón con el que había apuñalado a la madre y a su amiga.

En las circunstancias en las que se producen los hechos que se declaran probados, la acción del recurrente colocando el destornillador en el cuello de la niña no puede achacarse a otra cosa que el propósito serio de anunciar su disposición a dirigir contra ella también la agresión que hasta ese momento solo había dirigido contra ambas mujeres.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEPTIMO.- El recurrente renuncia al motivo noveno, y en el décimo, también al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la aplicación indebida del artículo 66.1.6º del Código Penal , pues considera que al haber impuesto por la tentativa la misma pena que correspondería al delito consumado de asesinato, se infringe el principio de proporcionalidad.

1. La pena correspondiente al delito intentado es la inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, debiendo el Tribunal tener en cuenta el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado (artículo 62 del Código Penal).

2. El cálculo del recurrente es erróneo. La pena que corresponde a un delito consumado de asesinato del artículo 139.1º y 3º, según el artículo 140, ambos del Código Penal, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, es de veinte a veinticinco años de prisión, sin que resulte más favorable la modificación operada por la LO 1/2015. Por lo tanto, la pena impuesta por los delitos de asesinato intentado es inferior a la que correspondería al delito consumado.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

OCTAVO.- En el undécimo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de artículo 48 y del artículo 57 del C. Penal. Sostiene que la pena de aproximación y comunicación impuesta en relación a la menor Elsa durante un periodo de cinco años más al de la duración de la pena impuesta conculca de forma desproporcionada los derechos del padre y de la hija. Argumenta que ninguno de los delitos tiene a la menor como sujeto pasivo.

1. El artículo 57.2 del Código Penal, en la redacción vigente al tiempo de comisión de los hechos, disponía que, en los supuestos de delitos contra la libertad, entre otros, cometidos sobre descendientes, se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de cinco años si el delito fuera menos grave. Y en el artículo 57.1, cuya aplicación se dispone expresamente, se señala que si el condenado lo fuera a pena de prisión, la prohibición se impondrá por un tiempo superior entre uno y cinco años si el delito fuera menos grave.

2. En el caso, el recurrente ha sido condenado a una pena de dos años de prisión por la comisión de un delito de amenazas cometido sobre su hija menor de edad, por lo que la imposición de una pena de prohibición de aproximación y comunicación por tiempo superior en cinco años a la pena de prisión impuesta se ajusta a la previsión legal.

El motivo, por lo tanto, se desestima.

NOVENO.- En el motivo duodécimo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 56 en relación con los artículos 46 y 55 del C. Penal, pues entiende injustificada la privación de la patria potestad al no ser la menor sujeto pasivo de los hechos y no haberse realizado estudios psicosociales y familiares para garantizar la protección del interés de la menor. Además, argumenta que la privación no se prevé con carácter automático, exigiendo un razonamiento expreso.

En el motivo decimocuarto denuncia vulneración de precepto constitucional, concretamente de los artículos 24, 39.3 y 39.4 al privar al recurrente de la patria potestad, ya que se trata de una medida prevista en defensa del interés de los hijos que debe presentar un carácter excepcional.

1. Los artículos 55 y 56 del Código Penal prevén la posibilidad de imponer, como pena accesoria, la privación de la patria potestad, en las penas de prisión iguales o superiores a diez años (artículo 55) o inferiores a diez años (artículo 56), si este derecho hubiera tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación. La jurisprudencia (STS nº 118/2017, de 23 de febrero, que cita la STS nº 1083/2010, de 15 de diciembre), recuerda que la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta inhabilitación especial es la protección del bien superior del menor, lo que resulta aplicable a los casos de privación del derecho. En el artículo 46 se dispone que la pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado.

Del mismo modo, la jurisprudencia no ha limitado la posibilidad de aplicación de estas penas a los casos de delitos cometidos contra los menores, sino que lo ha entendido aplicable a supuestos en los que no siendo el menor sujeto pasivo o víctima del delito, sin embargo ha resultado directamente afectado por él. Así, en la sentencia antes referida se concluía afirmando que "ciertamente repugna legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones que resultan absolutamente incompatibles en quien, de forma alevosa, ha intentado matar a la madre de la menor y se mostró indiferente a que se encontrara con el cadáver de su madre y especialmente privarle a una niña tan pequeña de su madre, daño irreparable en la integridad moral y desarrollo de la personalidad de la menor".

2. En el caso, de los hechos probados resulta que el recurrente ejecutó los actos de agresión a la madre de la menor en presencia de ésta, que no dejaba de gritar y llorar, habiendo sufrido lesiones causadas por el trauma psíquico que

le provocaron una crisis el 5 de junio de 2015, presentando episodio de fiebre, convulsiones y estrés marcado, precisando para su curación del transcurso de quince días. Además, como ya se ha puesto de relieve, consta probado que el recurrente, al final de los actos agresivos llegó a colocar el destornillador en el cuello de la menor en actitud amenazante. En sentido contrario, no consta ningún dato que aconseje mantener la relación entre el recurrente y la menor dentro de los términos propios de la relación característica de la patria potestad.

En la STS nº 568/2015 , de 30 de setiembre, en la que se examinaba un supuesto similar, esta Sala entendió que era un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, iba a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad.

Teniendo en cuenta estos datos, la privación de la patria potestad acordada en la sentencia se acomoda a la protección más correcta de los intereses de la menor, por lo que ambos motivos se desestiman.

DECIMO.- En el motivo decimotercero denuncia infracción de precepto constitucional al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la presunción de inocencia al haberse condenado sin que concurriera prueba de cargo suficiente respecto de la existencia del animus necandi, remitiéndose al motivo cuarto del recurso, estando el recurrente bajo los efectos de las benzodiazepinas, como se alegó en los motivos segundo y tercero, reiterando su queja relativa a la imposición de las penas de alejamiento de la menor.

El motivo debe ser desestimado por las razones contenidas en los anteriores fundamentos jurídicos de esta sentencia en relación a la concurrencia del dolo homicida o a la inexistencia de datos que permitan declarar probado que el recurrente se encontraba bajo los efectos de sustancias, como las benzodiazepinas, que disminuyeran de forma apreciable o que anularan completamente sus facultades para comprender la ilicitud de los hechos o para ajustar su comportamiento a esa comprensión.

FALLO

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

1º. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del acusado Aurelio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 3ª, con fecha 27 de diciembre de 2016 , en causa seguida contra el mismo, por delito de asesinato intentado y amenazas graves. 2º Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Carlos Granados Perez Juan Saavedra Ruiz

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012017100482