



Roj: **SAP B 12495/2016 - ECLI: ES:APB:2016:12495**

Id Cendoj: **08019370202016100809**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **20**

Fecha: **15/11/2016**

Nº de Recurso: **27/2016**

Nº de Resolución: **921/2016**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ZABALEGUI MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN VEINTE

Rollo Sumario: 27/16-C

Sumario : 2/15

Juzgado : Violencia sobre la Mujer nº 1 de Barcelona

SENTENCIA Nº 921/2016

ILMAS. SRAS. :

DOÑA MARIA DEL CARMEN ZABALEGUI MUÑOZ

DOÑA MARIA DE LA CONCEPCIÓN SOTORRA CAMPODARVE

DOÑA MARIA CELIA CONDE PALOMANES

En la ciudad de Barcelona, a quince de noviembre de dos mil dieciséis

VISTO ante esta Sección el presente Sumario seguido por un delito intentado de homicidio, dimanante del Sumario nº 2/15 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Barcelona, contra Eliseo , de nacionalidad española, con DNI nº NUM000 , nacido el día NUM001 de 1949, hijo de Gervasio y Dulce , natural de Barcelona y vecino de Barcelona, sin antecedentes penales, cuya solvencia no ha sido declarada, en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 14 de septiembre de 2015 (detención 11 de septiembre de 2015), representado por la Procuradora doña Raquel Fernández-Aramburu Giménez y defendido por la Abogada doña María Luna Pedrajas Moreno; siendo partes acusadoras Jacinta , representada por el Procurador don Ezequiel Martínez Sánchez y defendida por la Abogada doña Yolanda Tenorio Fernández; y el Mº Fiscal; actuando como Magistrada Ponente la ILMA. SRA. DOÑA MARIA DEL CARMEN ZABALEGUI MUÑOZ, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Barcelona dictó auto con fecha 6 de octubre de 2015 por el que declaró procesado Eliseo cuyos datos de filiación obran en el encabezamiento.

Mediante auto de fecha 9 de junio de 2016 dictado por esta Sección de la Audiencia Provincial se decretó la apertura del juicio oral.

SEGUNDO : En el juicio oral se ha practicado interrogatorio del acusado, prueba testifical, pericial médica y documental.



El Mº Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito intentado de homicidio de los arts. 138, 16 y 62 del C.P., de los que es autor el procesado, concurriendo la circunstancia mixta de parentesco actuando como agravante del art. 23 del C.P. y la circunstancia agravante de razón de género del art. 22,4 del C.P., solicitando que se le impusiera la pena de 9 años de prisión, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por ese tiempo e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto del hijo menor común hasta su mayoría de edad de conformidad con los arts. 56.3 y 48.2 del C.P.; en virtud del art. 140 bis del Código Penal la medida de libertad vigilada durante seis años consistente en la prohibición de aproximarse a la víctima, la prohibición de comunicarse con la misma y la obligación de participar en un programa de violencia de género de conformidad con lo dispuesto en los arts. 96.3.3ª, 105.2a) y 106.1e),f) y j) del C.P. y de conformidad con los arts 57 y 48 del C.P. la pena de prohibición de comunicación y aproximación a Jacinta a una distancia inferior a 1000 metros, así como a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro por ella frecuentado; costas y a que indemnice a Jacinta en la cantidad de 4.488€ por las lesiones y 9.000€ por las secuelas padecidas con los intereses del art. 576 de la L.E.Cr.

La acusación particular en sus conclusiones definitivas calificó los hechos en igual sentido que el Mº Fiscal, solicitó las mismas agravantes, pero interesó se impusiera al procesado la pena de 12,5 años (sic) de prisión, las mismas accesorias, las costas y responsabilidad civil.

En el mismo trámite (conclusiones definitivas), la defensa de Eliseo solicitó su libre absolución; aunque por vía de informe efectuó una calificación alternativa como delito de lesiones y que se apreciara la circunstancia atenuante de reparación del daño.

Seguidamente las partes informaron en apoyo de sus respectivas tesis y, después de oír al procesado, quedaron los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

Se declara que desde fecha no determinada que podría situarse en el año 1.999 Eliseo, mayor de edad, sin antecedentes penales y de nacionalidad española y Jacinta mantuvieron una relación sentimental con convivencia, fruto de la cual tuvieron un hijo, Higinio, nacido el día NUM002 de 2012.

En septiembre de 2015 la pareja tenía fijado su domicilio en el Pº DIRECCION000 nº NUM003, piso NUM004 de DIRECCION001, donde convivían con su hijo común y con Belarmino, hijo mayor de edad de Jacinta, viviendo también en la casa de forma esporádica Filomena, novia de Belarmino.

Sobre las 15 horas del día 11 de septiembre de 2015 Eliseo y Jacinta se hallaban en el salón del domicilio familiar junto a su hijo Higinio de 3 años de edad, otra menor nieta de Jacinta y Filomena.

Eliseo y Jacinta entablaron una discusión por motivos económicos en cuyo transcurso Jacinta lanzó un vaso a Eliseo, ante lo cual éste salió del salón, entró en la cocina, cogió un cuchillo de 11 cm de hoja, volvió al salón con el cuchillo escondido en su espalda, se acercó a Jacinta y con ánimo de matarla le clavó el cuchillo en el abdomen e intentó darle más puntadas con el mismo cuchillo, interviniendo Filomena, quien llamó a Belarmino, que salió rápidamente del dormitorio y arrebató a Eliseo el cuchillo que tenía en la mano.

Como consecuencia de la cuchillada Jacinta sufrió una herida penetrante en la región abdominal (epigastro) que cursó con hemoperitoneo y laceración hepática, que podría haber determinado su muerte si no hubiera recibido pronta asistencia médica; para la curación de la herida precisó de intervención quirúrgica y transfusión de sangre, tardó sesenta días en curar todos ellos impeditivos, con siete días de hospitalización, quedándole como secuelas una cicatriz de laparotomía media de 21 cm y otra cicatriz de 4 cm de longitud en la región epigástrica paramedial izquierda de disposición horizontal, que suponen perjuicio estético. En la fecha de los hechos Jacinta tenía 45 años y trabajaba como cocinera.

Eliseo percibe una pensión de jubilación de 1.200€.

En el auto de procesamiento de fecha 6 de octubre de 2015 se acordó requerirle para que prestara una fianza de 20.000€ para asegurar las responsabilidades civiles; a partir del día 26 de noviembre de 2015 su hija Enriqueta viene efectuando ingresos mensuales de 200€ en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones en concepto de abonos parciales de aquella fianza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : En primer lugar debemos documentar la decisión que adoptamos "in voce" acordando que la testigo Jacinta depusiera en el plenario protegida por una mampara para evitar la confrontación visual con el procesado.



La representación de Jacinta (acusación particular) solicitó del Tribunal que se adoptaran las medidas oportunas para evitar la confrontación visual entre la citada testigo y el procesado, lo que supuso que de forma implícita interesó la aplicación de la L.O 19/1994 de Protección a testigos y peritos en causas criminales.

Antes de dar inicio al juicio oral se celebró una vista con la presencia del Mº Fiscal y los abogados de las partes al efecto de oír al respecto a la citada testigo; Jacinta (víctima de los hechos) manifestó no querer la confrontación visual con el acusado porque declararía mas tranquila si no lo viera.

Tras ser oída la testigo ninguna de las partes se opuso a que declarara protegida por una mampara.

En el art. 1 , 2 de L.O. 19/1994 se establece que para que sean de aplicación las disposiciones de la Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, estableciendo, a su vez, en el art. 2 una serie de medidas que podría adoptar el Juez de Instrucción cuando lo estimare necesario en atención al grado de riesgo o peligro que el testigo pudiera correr.

Si bien por el tenor literal del art. 4,1 de la referida L.O. pudiera llegarse a una interpretación restrictiva, en el sentido de entender que el órgano judicial competente para el enjuiciamiento tan solo podría mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas acordadas por el Instructor, o bien adoptar otras nuevas, siempre y cuando el testigo gozara de protección desde el momento de la instrucción, consideramos que no existe obstáculo alguno para efectuar una interpretación mas amplia y por ello entendemos que la Ley de Protección puede ser aplicada en cualquier momento de la causa, y concretamente en el de la fase del juicio oral, con la posibilidad de adopción del alguna de las medidas establecidas en el art. 2 de la citada Ley , por cuanto de la Exposición de Motivos de la misma se desprende que su finalidad es la salvaguarda del testigo para evitar comportamientos de retraimiento e inhibiciones no deseables y que podrían perjudicar a la recta aplicación del ordenamiento jurídico al poder facilitar la impunidad de los presuntos culpables.

Por lo expuesto, ante la naturaleza de los hechos sometidos a enjuiciamiento, consideramos plenamente fundado el argumento vertido por la testigo al existir no sólo un potencial peligro psicológico para ella, sino también un riesgo de retraimiento en su declaración, que nos llevó a darle amparo conforme a la Ley 19/94; consecuentemente nos pareció adecuada la medida interesada y por ello consideramos procedente adoptar la establecida en el art. 2,b) de la tan repetida L.O. acordando que la testigo declarara en el juicio protegida mediante una mampara para evitar la confrontación visual con el procesado.

Atendiendo a que todas las partes se aquietaron con nuestra decisión, manifestando que no tenían intención de recurrir, la declaramos firme y dimos inicio al acto del juicio oral.

SEGUNDO: Las acusaciones imputan al procesado que discutió con su esposa (Jacinta) en el salón del domicilio familiar por motivos económicos, que en el curso de esa discusión Jacinta lanzó un vaso al procesado y que éste, tras ello, se dirigió a la cocina, cogió un cuchillo de 11,2 cm de hoja, volvió al salón con el cuchillo escondido en la espalda y se lo clavó a la mujer en el estómago, interviniendo Filomena separándoles y alertando al hijo de Jacinta , Belarmino , que salió de su habitación y le quitó el cuchillo de la mano; y que como consecuencia de estos hechos la mujer sufrió heridas en el abdomen que podrían haber determinado su muerte si no hubiera recibido asistencia médica, precisando para su curación tratamiento quirúrgico y transfusión de sangre.

Tras la valoración de la prueba practicada en el juicio oral consideramos probado que los hechos ocurrieron, en esencia, de la forma imputada por las acusaciones.

En efecto, por las declaraciones del procesado y de Jacinta ha quedado probado que mantuvieron una relación sentimental con convivencia, fruto de la cual tuvieron un hijo, Higinio , nacido el día NUM002 de 2012 (certificación registral obrante al folio 151 de la causa).

Ha quedado probado igualmente por lo actuado y por la declaración de ambos que en septiembre de 2015 la pareja tenía fijado su domicilio en el Pº DIRECCION000 nº NUM003 , piso NUM004 de DIRECCION001 , donde convivían con su hijo común y con Belarmino , hijo mayor de edad de Jacinta , viviendo también en la casa de forma esporádica Filomena , novia de Belarmino ; quedando también acreditado que sobre las 15 horas del día 11 de septiembre de 2015 Eliseo y Jacinta se hallaban el salón del domicilio familiar junto a su hijo Higinio de 3 años de edad, otra menor nieta de Jacinta y Filomena .

Ambos manifestaron en el juicio que en el salón del domicilio familiar entablaron una discusión por motivos económicos, declarando la mujer en el juicio que él se gastaba el dinero en otras cosas y el enfado vino porque no les llegó el dinero para celebrar el cumpleaños del "bebé" -hijo Higinio de tres años-, manifestando el procesado que notó que le tiraron un cristal, admitiendo Jacinta que en el curso de la discusión él le dijo una palabrota y ella le tiró el vaso que tenía en la mano (estaba bebiendo vino lambrusco en el sofá con Filomena).



A partir del lanzamiento del vaso por parte de la esposa se desarrollaron los hechos objeto de enjuiciamiento.

El procesado Eliseo si bien no negó los hechos, dijo que sólo recordaba algo, que habían bebido mucho durante la mañana, que subieron al domicilio, iniciaron una discusión, que notó que le tiraron un cristal y ya no sabe nada mas hasta que Belarmino (hijo de Jacinta) le quitó el cuchillo de la mano, que tiene un vacío en la cabeza, que no sabía si le clavó el cuchillo, que el cuchillo que Belarmino le quitó era un cuchillo de cocina y que podría ser el que obra como pieza de convicción que le fue exhibido porque había en la casa cuchillos parecidos (acta de intervención del cuchillo de 11 cms de hoja obrante al folio 24 y fotografía del cuchillo obrante al folio 50), que Jacinta sangraba por el abdomen, que cuando llegó la policía estaba en la cocina porque los sanitarios le dijeron que no podía fumar en el salón, que él fue el que dijo que llamaran al 112, que es posible que confesara ante la policía, que cuando llegaron los agentes podría haber dicho cualquier cosa porque estaba fuera de sí.

Sin embargo, llegamos a la conclusión probatoria vertida en los hechos por cuanto no solo contamos con la declaración de la propia víctima, sino también con la de la testigo presencial Filomena e incluso con la de Belarmino (que fue a persona que le arrebató el cuchillo de la mano) que valoramos junto con la testifical de los miembros del SEM y de los agentes de policía y la prueba pericial médica.

En efecto, Jacinta declaró que en la fecha de autos Filomena estaba en la casa, que a veces discutía con el procesado por motivos económicos como todas las parejas, que ese día ella tenía que ir a trabajar (es cocinera) y él llamó para que no fuera, que bajaron al bar, que el tomó café con leche y ella un quinto de cerveza, que en la casa abrieron una botella de vino lambrusco y estaba en el sofá bebiendo vino y hablando con Filomena porque estaba enfadada con él, él le dijo una palabrota y ella le tiró la copa, él se fue a la cocina, pensó que iba a fumar porque siempre fumaba en la cocina o en el balcón, que volvió al salón con la mano detrás, se le encaró y le clavó el cuchillo de frente, ella tapó los ojos de él, Filomena llamó a Belarmino y Belarmino le quitó el cuchillo, cuando llegó al salón con la mano detrás no se imaginaba que llevaba un cuchillo, sacó la mano y se lo clavó, no vio el cuchillo, ella se defendió y él tiró puntitos, algunos no se los clavó, cuando llegó la ambulancia sangraba mucho, él dijo que llamaran a los MM.EE., las discusiones que tenían era por el dinero porque él no lo administraba bien.

La declaración de Jacinta es totalmente creíble puesto que vino corroborada por la de la testigo Filomena , quien manifestó en el juicio que estaban en el comedor ella, Jacinta y Eliseo , los niños en el sofá y Belarmino en la habitación, que estaban viendo la televisión y Jacinta y Eliseo empezaron a discutir, iban subiendo de tono, Jacinta se enfadó y le tiró la copa a él, Eliseo fue a la cocina, no sabe si a fumar, volvió al comedor y solo vio el gesto no el cuchillo, él iba a lo suyo, ella decía Eliseo para, llamó a Belarmino , éste salió de la habitación, Eliseo se paró y Belarmino le quitó el cuchillo, ella tapó la herida a Jacinta , Eliseo dijo que llamaran a la policía, los niños lloraban; se le exhibió el cuchillo que obra como pieza de convicción y lo reconoció y añadió que cuando llegó la policía ella le estaba tapando la herida a Jacinta .

Por su parte la declaración de Belarmino coincide con la de las dos testigos anteriores, por cuanto declaró en el juicio que él estaba durmiendo en su habitación, su mujer abrió la puerta y le dijo que Eliseo había apuñalado a su madre, salió y le cogió el cuchillo y lo lavó en la pica de la cocina, su madre le perdonaba por lo que había hecho, él se llevó a los niños, cuando el procesado le vio a él paró y él le quitó el cuchillo; se le exhibió el cuchillo que obra como pieza de convicción y lo reconoció añadiendo que era un cuchillo de la cocina, él le daba puñaladas en el estómago y al verle paró, su madre sangraba y no pudo verlo porque se marea con la sangre, Eliseo dijo que llamaran a la policía.

Con base a estas testificales no existe duda alguna relativa a que el procesado clavó a su compañera sentimental un cuchillo de 11 cms de hoja en el abdomen (acta intervención cuchillo y fotografías obrantes a los folios 24 y 50), causándole una herida en el abdomen que fue advertida desde el inicio por los responsables de la ambulancia que acudió a la vivienda, declarando Arturo que en la casa había cristales por el suelo y había una mujer con una herida en el tórax y el hombre decía que había sido él; manifestando por su parte Felicísima que al llegar a la casa encontraron una mujer con una herida abdominal y un hombre que les decía que había sido él con un vaso, la mujer también decía al principio que fue con un vaso, pero al reconocerlo él ella al final dijo que si.

Los agentes de policía que llegaron al lugar (agentes de la G.U. de Barcelona) declararon en el mismo sentido manifestando que al llegar a la casa la mujer sangraba por el abdomen, diciéndoles los del SEM que el hombre estaba en la cocina, lo encontraron sentado en el suelo y les dijo que tuvieron una discusión, que ella le tiró un vaso y él le clavó un cuchillo.

Po la pericial médica practicada en el juicio Dres. Nuria y Everardo (que ratificaron el informe del Hospital Vall d'Hebrón obrante a los folios 88 y 91) y médicos forenses Dres. Jacobo y María Angeles (que ratificaron los informe obrantes a los folios 85.86,180,181, 224 y 225) ha quedado probado que como consecuencia



de la cuchillada Jacinta sufrió una herida penetrante en la región abdominal (epigastro) que cursó con hemoperitoneo y laceración hepática, que podría haber determinado su muerte si no hubiera recibido pronta asistencia médica (así lo afirmaron los peritos en el juicio); para la curación de la herida precisó de intervención quirúrgica y transfusión de sangre, tardo sesenta días en curar todos ellos impenitentes, con siete días de hospitalización, quedándole como secuelas una cicatriz de laparotomía media de 21 cm y otra cicatriz de 4 cm de longitud en la región epigástrica paramedial izquierda de disposición horizontal, que suponen perjuicio estético.

Consecuentemente, siendo la declaración de Jacinta (así como la de Filomena y Belarmino) persistente a lo largo del procedimiento al relatar agresión, no advirtiendo ningún ánimo espurio en aquella por cuanto coincidieron los testigos presenciales en que ella no quería avisar a la policía para que no le pasara nada a Eliseo, minimizando lo ocurrido cuando lo relató inicialmente a los responsables de la ambulancia y estando plenamente corroborada su versión por todas las pruebas practicadas, concluimos de forma rotunda y consideramos probado que los hechos sucedieron de la forma expuesta en el relato fáctico de la presente resolución.

TERCERO: Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito intentado de homicidio del art. 138 en relación con el art. 16 ambos del C.P., por concurrir en la acción el animus necandi (ánimo de matar) y no el animus laedendi (ánimo de lesionar) que de forma alternativa en el informe consideró la defensa para interesar una calificación como delito de lesiones.

El ánimo del sujeto normalmente no puede acreditarse por prueba directa por pertenecer a la esfera más íntima de la conciencia, debiendo acreditarse por inferencias a partir de hechos que han debido quedar plenamente probados.

La Jurisprudencia del T.S. se ha pronunciado en numerosas ocasiones al respecto, acudiendo a diversas circunstancias concurrentes y suministrando una serie de criterios de forma ejemplificativa, pero sin que los mismos supongan un catálogo cerrado, puesto que en cada supuesto habrán de analizarse las diversas circunstancias de todo tipo que hubieran concurrido (s.s. T.S. entre otras 20-10-97; 19-5-97; 20-6-2000).

Como declara, por todas, la s. T.S. de fecha 30 de marzo de 2006, con cita de la s. del mismo Tribunal de fecha 22 de enero de 2004 "La intención del sujeto activo del delito es un hecho de conciencia, un hecho subjetivo, cuya existencia, salvo en los supuestos en que exista confesión del autor y merezca ser creída, 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 construido sobre datos fácticos debidamente acreditados..... A estos efectos, la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, para afirmar la existencia del ánimo propio del delito de homicidio, deben tenerse en cuenta los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; del comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; 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..... En cualquier caso hemos de tener presente que cuando se habla de ánimo de matar se está haciendo referencia tanto al dolo directo como al dolo eventual, aunque en nuestro derecho penal no tengan consecuencias penológicas distintas. De un lado, se hace referencia a la intención de matar, es decir al dolo directo, apreciable en aquellos casos en los que el autor dirige conscientemente su acción hacia la producción del resultado, que cuando se trata del homicidio es la muerte del agredido. Pero también se hace referencia a los supuestos en los que el autor conoce, (o debe conocer a causa de las características de su conducta), el peligro cercano que crea con su acción para la vida como bien jurídico protegido y a pesar de ello ejecuta su conducta, bien porque acepte implícitamente el resultado no directamente querido en función de la satisfacción de la auténtica finalidad de su acción, o bien porque el daño probable, como concreción del riesgo creado le resulte indiferente. Se trata en estos casos del dolo eventual. En ambos supuestos, el delito de homicidio es doloso y la pena tipo es la misma".

En el presente caso, inferimos el ánimo homicida valorando la zona corporal vital de la mujer (abdomen) en la que el procesado le clavó el cuchillo de 11 cms de hoja (es hecho notorio que en esa parte del cuerpo se encuentran órganos vitales), teniendo en cuenta además que la puñalada fue intensa como lo demuestra el hecho de que el cuchillo penetrara en la cavidad abdominal atravesando el epigastro llegando a lacerar el hígado; además, aunque sólo existió una puñalada, el procesado siguió dando puntadas con el cuchillo en la zona abdominal, aunque probablemente por la actitud defensiva de Jacinta (que incluso dijo que le tapó a él los ojos) no penetraron en el cuerpo de la mujer, parando en su actitud cuando entró en el salón Belarmino, quien le arrebató el cuchillo que portaba en la mano.



Consecuentemente, consideramos que Eliseo actuó con dolo directo de matar a su compañera sentimental, sin que obste a esta conclusión su reacción posterior diciendo a los presentes en la casa que llamaran a la policía puesto que teniendo en cuenta que no auxilió a la víctima (dado que fue Filomena la que le tapó la herida) aquella petición no significó que en el concreto momento en el que clavó el cuchillo en el abdomen a su compañera sentimental no tuviera intención de matarla.

CUARTO: Del delito intentado de homicidio del art. 138 en relación con el art. 16 del C.P. es responsable criminalmente en concepto de autor, a tenor del art. 28,1 del C.P., Eliseo atendiendo a lo expuesto en los anteriores fundamentos al no existir ninguna duda relativa a que fue la persona que clavó el cuchillo en el abdomen a Jacinta de la forma descrita en los hechos probados.

QUINTO : **Concurre la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 del C.P.** al quedar acreditado que el procesado y la víctima mantuvieron una relación sentimental con convivencia que se inició en fecha no determinada que podría situarse en el año 1999 y que duró hasta la fecha de autos, fruto de la cual nació un hijo, conviviendo no solo con su hijo común, sino también con el hijo de la víctima habido en otra relación de la mujer

La relación fue análoga a la matrimonial, por lo que teniendo en cuenta que existió convivencia durante la misma por un periodo aproximado de dieciséis años concurre el requisito de estabilidad en la relación exigido por el referido artículo.

No concurre la circunstancia agravante de "comisión del delito por razones de género" del art. 22.4 del C.P. solicitada por las acusaciones.

El artículo 22.4 del Código Penal (antes de la reforma operada por la L.O. 1/15) considera como agravante el "cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad", introduciéndose a partir de la referida L.O. 1/15 otro motivo como es la comisión del delito por "razones de género".

La citada agravante debe tratarse con prudencia por cuanto no todo delito en el que la víctima sea la esposa o mujer unida al autor por una relación análoga a la matrimonial puede llevar objetivamente a su aplicación, dado que la mayor culpabilidad trae causa de la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa su acción delictiva, siendo por ello necesario que la motivación de actuar por razones de género sea la determinante para cometer el delito.

La agravante tiene como finalidad evitar toda conducta que entrañe una discriminación de la mujer que sea o haya sido la esposa o la compañera sentimental del autor, lo que nos lleva a entender que la circunstancia es de carácter eminentemente subjetivo.

Por ello, consideramos que debe practicarse en el juicio prueba relativa a la intencionalidad del aquel o lo que es lo mismo debe quedar acreditado que el autor no sólo quiso matar a su compañera sentimental, sino también que cometió el delito de homicidio por razones de género, o en otras palabras que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquella por el hecho de ser su esposa o compañera sentimental.

Lo anterior significa que deberán imputarse por las acusaciones y probarse una serie de hechos circunstanciales de los que se infiera sin duda que el autor actuó, además, por ese motivo discriminatorio puesto que el art. 22.4 C.P. claramente hace referencia a que debe existir ese motivo para la comisión del concreto delito de que se trate.

En el presente caso, las acusaciones en sus respectivos relatos fácticos de imputación no recogieron ningún hecho o circunstancia de la que se desprenda que el procesado actuó, además de con dolo de matar, por un motivo discriminatorio para su compañera sentimental, sino mas bien al contrario habida cuenta que imputaron que se produjo una discusión entre la pareja por motivos económicos, que la mujer lanzó un vaso al hombre y éste fue a la cocina cogió un cuchillo y se lo clavó.

Esos hechos han quedado acreditados, por lo que teniendo en cuenta que la propia Jacinta manifestó que discutían a veces como todas las parejas, pero siempre por motivos económicos (dijo que no les llegaba el dinero porque él no lo administraba bien), sólo ha quedado probado que ante la previa acción de la mujer lanzándole un vaso durante la discusión, el procesado tuvo una reacción de todo punto desproporcionada e injustificada acudiendo a la cocina, cogiendo el cuchillo y clavándose en el abdomen, sin poder colegir de esa acción que actuó, además, con un ánimo específico de desprecio y discriminación hacia la mujer que era su pareja sentimental.

Consecuentemente, no existen elementos para apreciar la agravante de género interesada por las acusaciones.



No concurre tampoco la circunstancia atenuante de reparación del daño del art. 21.5º del C.P . solicitada por la defensa en su informe.

La atenuante se configura en la actualidad en términos objetivos, persiguiendo la protección de la víctima y la restauración de los perjuicios derivados del delito.

El procesado no ha consignado ninguna cantidad en concepto de pago de la indemnización que le corresponde a Enriqueta , por lo que no existe ningún elemento que nos permitiera la atenuación pretendida.

En efecto, el propio procesado manifestó en el juicio que cobra una pensión de jubilación de 1.200€ mensuales, la cual se presume que sigue percibiendo aunque se encuentre ingresado en el centro penitenciario en situación de prisión provisional.

Según consta en la pieza de responsabilidad civil, en el auto de procesamiento de fecha 6 de octubre de 2015 se acordó requerirle para que prestara una fianza de 20.000€ para asegurar las responsabilidades civiles; consta igualmente que tras solicitar su representación que se fraccionara el abono de la fianza, a partir del día 26 de noviembre de 2015 su hija Enriqueta viene efectuando ingresos mensuales de 200€ en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones en concepto de abonos parciales de aquella fianza.

Según reiterada Jurisprudencia los pagos realizados durante la tramitación del proceso como consecuencia de la imposición por el órgano judicial de medidas cautelares patrimoniales en forma de fianza no integran la atenuante de reparación del daño; y en este caso los ingresos efectuados mensualmente por la hija del procesado se ha producido por el requerimiento del Juzgado en concepto de la fianza exigida, declarando por todas la s.TS de 20 de diciembre de 2006 que "...la mera prestación de la fianza exigida no puede valorarse como reparación o disminución del daño, por cuanto al no ser tal prestación voluntaria (lo que no cabe confundir con que no sea espontánea) no se da el fundamento de política criminal a que responde la atenuante: fomentar el apoyo y la ayuda a las víctimas".

Tampoco puede considerarse como reparación del daño el simple hecho de que el procesado dijera que llamaran a la policía tras la comisión del hecho (como dijeron tanto Jacinta , Filomena y Belarmino) y que reconociera a los agentes los hechos (postura que no mantuvo en el plenario), porque ningún efecto tuvo en la disminución de los efectos de su brutal acción dado que en la casa había mas personas adultas y lo imprescindible en ese momento era llamar a los servicios de emergencia médica, como así hicieron.

Si bien es cierto que la Jurisprudencia del T.S. ha reconocido cierta virtualidad a la voluntad del autor de restablecer el ordenamiento jurídico alterado con su conducta desde la perspectiva del "actus contrarius", declarando por todas la s.TS de fecha 20-9-12 que "...la doctrina del "actus contrarius" interpretada desde la objetividad con que lo hemos hecho, valoraría el comportamiento del agente, con virtualidad para atenuar, desde la perspectiva del reconocimiento de la infracción del ordenamiento jurídico y el sometimiento al mismo, al provocar la eliminación o disminución de los efectos del delito. El autor estaría exteriorizando una voluntad de reconocimiento de la norma infringida que no de su propia responsabilidad penal...", **sólo se admiten los efectos atenuatorios de la reparación moral y simbólica en los delitos que no sean de resultado** , declarando la sentencia del T.S. de fecha 31 de mayo de 2012 que "...se trata de reconocer que cabe la reparación en delitos que no sean de resultado y, además con ello se amplía el concepto de reparación para superar su contenido exclusivamente pecuniario", declarando por su parte la s.TS de fecha 3-11-09 que "Esta atenuante de reparación excede de los conceptos de los arts. 110 y ss CP . Se habla de la posibilidad de su apreciación en casos de reparaciones meramente morales, consistentes en actos de pedir perdón..."

Consecuentemente, en el presente caso al tratarse de un delito de resultado no existen ningún argumento para apreciar la solicitada atenuante de reparación del daño.

SÉPTIMO: Por aplicación del art.138 en relación con el art. 16 del C.P ., aplicando lo dispuesto en el art. 62 del C.P ., procede rebajar en un grado la pena prevista para el delito consumado.

El art.62 del C.P . establece dos criterios para determinar la concreta penalidad de las conductas en grado de tentativa, como son el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado, permitiendo cierta flexibilidad al Tribunal para rebajar la pena en uno o dos grados.

Como declara la sentencia del TS de fecha 3 de julio de 2012 el Código Penal "ha concentrado en un solo precepto las formas imperfectas de ejecución del delito, considerando que sólo existen dos modalidades: el delito consumado y la tentativa, sin hacer mas especificaciones sobre los grados de ésta, como se hacía en el anterior Código Penal. No obstante la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo entre lo que se denomina tentativa acabada, que equivale al anterior delito frustrado y la tentativa inacabada, que es la tradicionalmente recogida en los textos anteriores"; para determinar la distinción entre ambas modalidades de tentativa se han seguido dos teorías, la subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, y la objetiva,



que se basa en la secuencia de actos verificados antes de la interrupción del hecho, declarando la referida sentencia que "lo correcto es seguir una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito....La doctrina ha destacado que en realidad el fundamento del criterio punitivo del grado de ejecución alcanzado (tentativa acabada o tentativa inacabada) radica en el peligro generado por la conducta, por lo que se está ante el mismo fundamento que el del otro criterio, el peligro inherente al intento, descansando ambos en el principio de ofensividad. Pues todo indica que el texto legal parte de la premisa de que cuantos mas actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también....."

En la actualidad lo determinante para la fijación de la pena no reside en la distinción entre tentativa acabada e inacabada sino en el peligro generado, declarando al respecto la s.TS de fecha 24 de abril de 2014 que "Aunque la doctrina y parcialmente en la jurisprudencia, se manejan generalmente estos conceptos de tentativa acabada e inacabada, lo cierto es que la nueva redacción del art. 62 del Código Penal, no solo tiene en cuenta para la determinación de la pena legalmente procedente "el grado de ejecución alcanzado", sino también el "peligro inherente al intento", peligro que remite mas a la intensidad de la acción que a la progresión de ésta. La doctrina y la jurisprudencia (STS 703/2013, de 8 de octubre) ha destacado que en realidad el fundamento esencial de la determinación de la pena radica en el peligro generado por la conducta, pues ordinariamente cuantos más actos ejecutoria se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también. Por tanto debe quedar claro que en el nuevo sistema de punición de la tentativa lo determinante no es reproducir a través de los nuevos conceptos de la tentativa acabada o inacabada los viejos parámetros de la frustración y la tentativa, sino atender al criterio relevante y determinante del peligro para el bien jurídico que conlleva el intento. Por ello no siempre que la tentativa sea inacabada debe imponerse la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada pero el grado de ejecución sea avanzado y el peligro ocasionado sea especialmente relevante, en cuyo caso lo razonable es reducir la pena en un solo grado".

En el presente caso el procesado ejecutó todos los actos tendentes a matar a Jacinta clavándole el cuchillo en el abdomen y produciéndole unas heridas que pusieron en peligro su vida.

Aunque consideramos que atendiendo a los viejos parámetros la tentativa debe calificarse como acabada, debemos aplicar la reciente Jurisprudencia expuesta y prescindir de los conceptos de tentativa acabada e inacabada para atender fundamentalmente al peligro inherente al intento realizado por el procesado que fue especialmente relevante e intenso puesto que situó a Jacinta en una posición de máximo riesgo vital puesto que, como declararon los médicos forenses en el juicio, podía haber muerto en el caso de no haber sido atendida médicamente de forma inmediata.

Rebajando en un grado la pena prevista para el delito consumado da una resultante de 5 a 10 años de prisión; partiendo de esta pena procede aplicar, a su vez, lo dispuesto en el art. 66.1, 3ª del C.P. al concurrir una circunstancia agravante, por lo que procede imponer aquella pena ya rebajada en un grado en su mitad superior (resultante de 7 años y 6 meses a 10 años de prisión), individualizándola en la de 8 años de prisión porque la acción homicida cometida por Eliseo tuvo un plus de gravedad al cometerse en presencia de dos menores; procede imponer también la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena (art. 56,1, 3º C.P.)

Por imperativo del art. 57,2 del C.P. en relación con el segundo párrafo del ordinal primero del mismo artículo, procede imponer al procesado la pena de prohibición de aproximación a menos de 1000 metros a Jacinta, a su domicilio y lugar de trabajo por un tiempo de 13 años (tiempo superior en cinco años al de prisión que nos parece adecuado atendiendo a la gravedad del hecho).

Al amparo de lo dispuesto en el art. 48,3 del C.P. consideramos necesario imponer también y por el mismo tiempo la pena accesoria de prohibición de comunicación con Jacinta interesada por las acusaciones, por cuanto tal prohibición es imprescindible para garantizar la íntegra protección de aquella dado que una hipotética comunicación con su agresor podría hacerle revivir la agresión sufrida.

Al amparo del art. 56.3 del C.P., procede también imponer al procesado la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de su hijo Higinio durante el tiempo de la condena al considerar que el ejercicio del derecho de patria potestad tuvo relación con el delito cometido, dado que lo ejerció de forma perversa al ejecutar la acción homicida en presencia del menor de 3 años de edad, viendo el niño como su padre acuchillaba a su madre y como ésta sangraba abundantemente, estallando en una crisis de llanto (Belarmino dijo que por ello tuvo que sacar a los niños de la casa).



Conforme a lo dispuesto en el art. 140 bis C.P . procede igualmente imponer al acusado la medida de libertad vigilada por seis años, que se ejecutara tras el cumplimiento de la pena de prisión (art. 106 del C.P .)

OCTAVO: Conforme a lo dispuesto en los arts. 109 y s.s. del C.P . el procesado debe responder civilmente por las lesiones y secuelas físicas causadas a Jacinta .

Por la pericial médica practicada (informes médico forense ratificados en el juicio por los médicos que los emitieron) ha quedado probado que Jacinta tardó sesenta días en curar todos ellos impeditivos, con siete días de hospitalización, quedándole como secuelas una cicatriz de laparotomía media de 21 cm y otra cicatriz de 4 cm de longitud en la región epigástrica paramedial izquierda de disposición horizontal, que suponen perjuicio estético.

No ha quedado probado que Jacinta padezca secuelas psicológicas como ella dijo, al no haber determinado tal secuela los médicos forenses que examinaron la documentación aportada (unida al rollo de sala).

Consideramos adecuada la indemnización solicitada por el Mº Fiscal consistente en 4.488€ por los días que tardó en curar de la lesiones, así como la cantidad de 9.000€ por las dos cicatrices en el abdomen que le han quedado a la víctima que en la fecha de autos contaba con 45 años de edad.

Consecuentemente, procede condenar al procesado como responsable civil a indemnizar a Jacinta en la cantidad global de 13.488€.

NOVENO: El art. 239 de la L.E.Cr . establece la necesidad de que las sentencias resuelvan sobre el pago de las costas procesales, por lo que a tenor del contenido del art. 123 del C.P . el procesado debe ser condenado al pago de las costas procesales.

En las referidas costas quedan incluidas las devengadas por la actuación de la acusación particular al solicitar su imposición en sus conclusiones definitivas y haber efectuado unas peticiones homogéneas con las del Mº Fiscal que se han acogido sustancialmente en esta sentencia.

DÉCIMO: Conforme a lo previsto en el art. 69 de la L.O 1/04 , ante la necesidad de una integral protección de la víctima, procede prorrogar la medida cautelar de prohibición de comunicación por cualquier medio con Jacinta (que adoptamos por auto de fecha 14 de noviembre de 2016) durante la tramitación de los eventuales recursos y hasta el momento en que la citada prohibición se haga efectiva como pena (impuesta en la presente sentencia).

UNDÉCIMO: Conforme al art. 127 del C.P . procede el decomiso del cuchillo intervenido (utilizado para la perpetración del hecho) al que se dará el destino legalmente previsto.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación, por la potestad que la Constitución y la Ley nos confiere y en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

: Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Eliseo como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito intentado de homicidio ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de **OCHO AÑOS DE PRISIÓN** , con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por ese tiempo y con la accesoria de *inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo Higinio por el mismo tiempo* , pago de las costas procesales incluidas las devengadas por la actuación de la acusación particular, y a que indemnice a Jacinta en la cantidad global de trece mil cuatrocientos ochenta y ocho euros (13.488€), **debiendo servirle de abono el tiempo en situación de prisión provisional por esta causa** .

Imponemos a Eliseo la pena accesoria de prohibición de aproximarse a menos de 1000 metros a Jacinta , a su domicilio y lugar de trabajo por un tiempo de TRECE AÑOS.

Imponemos a Eliseo la pena accesoria de prohibición de comunicación por cualquier medio con Jacinta por un tiempo de TRECE AÑOS.

Imponemos a Eliseo la *medida de libertad vigilada* durante seis años, que se ejecutará tras el cumplimiento de la pena de prisión.

Se prorroga la medida cautelar de prohibición de comunicación por cualquier medio con Jacinta adoptada por auto de fecha 14 de noviembre de 2016 durante la tramitación de los eventuales recursos contra la presente sentencia y hasta el momento en que la prohibición de comunicación con aquella se haga efectiva como pena (impuestas en la presente sentencia).



Se acuerda el decomiso del cuchillo intervenido al que se dará el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta Sentencia y hágase saber a las partes que contra la misma podrá interponer recurso extraordinario de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma que habrá de prepararse ante este mismo órgano jurisdiccional en el término de cinco días a partir de la fecha de notificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN : La anterior Sentencia fue leída y publicada en el día 16/11/2016 por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, constituida en Audiencia Pública en la Sala de Vistas de esta Sección ; de lo que yo el Secretario certifico y doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS