



Roj: **STS 1411/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:1411**

Id Cendoj: **28079120012008100144**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/01/2008**

Nº de Recurso: **1458/2007**

Nº de Resolución: **113/2008**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 64/2007,**
STS 1411/2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Enero de dos mil ocho.

En el recurso de casación por vulneración de precepto constitucional que ante este Tribunal pende, interpuesto por la representación procesal de Luis contra la sentencia de fecha 22 de febrero de 2007, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Segunda, en el rollo de Sala nº 36/2004, dimanante del Sº nº 3/2004 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Guía, seguida contra Luis por un delito de asesinato en grado de tentativa; esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, compuesta como se hace constar, bajo la Presidencia del primero de los indicados, y Ponencia del Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez, se ha constituido para la deliberación votación y fallo; ha sido también parte el Ministerio Fiscal y ha estado dicho recurrente representado por la Procuradora Dª. Beatriz González Rivero.

I. ANTECEDENTES

1. El Juzgado de Instrucción nº 1 de Guía instruyó Sumario con el núm. 3/2004, seguida por delito de asesinato en grado de tentativa contra Luis, y una vez concluso lo elevó a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, que formó el rollo 36/2004 y con fecha 22.02.2007 dictó sentencia que contiene los siguientes Antecedentes de Hecho:

"Primero.- Hechos que se declaran expresamente probados.- Que el día 12 de abril de 2004, sobre las 19:00 horas, el acusado Luis, mayor de edad y sin antecedentes penales, se dirigió con su esposa Dª Ángeles a la zona acantilada conocida como "La Bajada", en el municipio de Santa María de Guía, con la excusa de buscar al hijo común de ambos, Jose Carlos, a pesar de que el acusado era conocedor de que el mismo se encontraba en su casa. A dicho lugar se accede por un camino sin iluminación y aislado, lo que era conocido y fue aprovechado por el acusado. Una vez allí, ambos se bajaron del vehículo, saltaron una cadena que impedía el paso y se acercaron al acantilado, bordeado por un muro de bloques de escasa altura.

Al llegar al citado muerte, el acusado dijo a Ángeles que se asomara al acantilado para llamar a su hijo Jose Carlos, mientras aquél permanecía detrás de ella, momento que Luis aprovechó para, inesperadamente, y con la intención de acabar con la vida de aquélla, empujarla hacia el precipicio, no logrando su propósito al conseguir ésta agarrarse a su marido, quedando sentada en el suelo. En ese momento Ángeles pidió explicaciones a su marido a lo que éste le respondió que no sabía lo que le había pasado. A continuación, ambos se dirigieron al vehículo y tras haber dado apenas unos pocos pasos, el acusado, repentinamente, la agarró de una pierna y de la cazadora, a la altura de la espalda, y, con la misma intención de acabar con su vida, la alzó y la arrojó al acantilado. Ángeles cayó por los riscos, logrando aferrarse a la vegetación que encontraba mientras caía. Acto seguido, pidió ayuda al acusado, respondiendo el mismo "hija de puta yo a ti te mato" y, descendiendo hasta el lugar en el que se encontraba Ángeles, volvió a arrojarla al precipicio, rodando ésta por



el mismo sin poder aferrarse a nada. Una vez paró, Ángeles volvió a pedir ayuda al acusado, respondiendo éste "hija de puta todavía estás viva" y cogiendo una piedra de grandes dimensiones se la arrojó, pudiendo Ángeles protegerse la cabeza, golpeándole, no obstante, la piedra en el costado y en la cadera izquierda. El acusado, viendo que Ángeles aun seguía viva, descendió hasta donde ésta se encontraba y, aferrándose para su seguridad a una roca de grandes dimensiones que allí se encontraba, empezó a dar patadas a Ángeles, la cual logró agarrarse a los pies de aquel para evitar caerse.

En cierto momento que Ángeles alzó la cabeza hacia el acusado éste la miró y le dijo Dios mío lo que hice a esta mujer", "ya me gané la cárcel", "voy a tirarme", instante que Ángeles aprovechó para decirle que la ayudara, que no se tirara, que ella no lo iba a denunciar y que diría que se había caído. Entonces el acusado comenzó a subir por el acantilado mientras tiraba de Ángeles. Cuando llegaron al coche, se dirigieron al domicilio de una tía de Antonia, la cual, al ver las lesiones de aquélla, manifestó que debían acudir al Centro de Salud.

Una vez en el centro de Salud, Ángeles manifestó al médico de guardia que se había caído, y, con posterioridad, aprovechando que el acusado se marchó, contó, tanto a su tía Antonia como al facultativo de guardia, que las lesiones se las había acusado porque su marido la había arrojado por el acantilado.

A consecuencia de estos hechos Ángeles resultó con las siguientes lesiones:

Herida inciso contusa en nariz de 4 cm con dos ramas ascendentes de 1 cm cada una.

Herida de 3 cm en región frontal.

Hematoma bilateral, hematoma labial, rotura de un inciso central inferior derecho.

Herida contusa en mentón, hematoma de 5 cm de diámetro en costado izquierdo (región infraescapular izquierda), hematoma de 5 cm en costado derecho, hematoma de 5 cm en región lumbar, abrasiones en muslo derecho y ambas rodillas.

Precisó limpieza, cura y sutura de las heridas y sufrió síndrome de estrés postraumático que ha precisado tratamiento psicológico tardó en curar 93 días y estuvo incapacitada 15 días para su ocupaciones habituales, quedándole como secuelas:

Una cicatriz en forma de L de 2 x 2 cm en dorso de la nariz.

Una cicatriz de 4 cm en región frontal.

Una cicatriz de 6 cm en región lumbar.

Una cicatriz de 2 cm en región escapular.

Una cicatriz de 4 cm en pierna izquierda.

Una cicatriz de 1 cm en borde labial inferior.

Rotura de inciso inferior central y síndrome de estrés postraumático."

2. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Debemos condenar y condenamos, a don Luis como responsable penal, en concepto de autor, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del art. 22.1º CP y del art. 22.2º CP y la prevista en el art. 23 CP de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 148.1º del Código Penal, a las penas de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, condenándole asimismo al pago de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil el acusado Luis deberá indemnizar a Dª Ángeles, en la suma de SIETE MIL EUROS (7000 euros) por los días de incapacidad, secuelas y gastos médicos y farmacéuticos, y en la suma de VEINTE MIL EUROS (20.000 euros) por daños morales, más el interés legal previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en todos los casos.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, le será de abono al penado el tiempo que hubiere estado preventivamente privado de libertad por esta causa.

Notifíquese esta resolución a las partes, a las que se hará saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, con los requisitos previstos en los artículos 855 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

3. Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación del acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal



Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4. El recurso interpuesto por la representación del acusado Luis se basó en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del art. 850.1 de la LECr, por infracción de ley por indebida aplicación del art. 148.1 en relación con el 147.1 CP e indebida inaplicación del art. 153 y art. 23 CP, mixta de parentesco, en la redacción dada por la LO 11/2003.

Segundo.- Al amparo del art. 850.1º, por infracción de ley por indebida aplicación del art. 22.1, agravante genérica de alevosía, y 66, regla 4ª CP. .

Tercero.- Por infracción de ley al amparo del núm. 1º del art. 850.1 de la LECr, indebida aplicación del art. 148.1, en relación con el 147 e indebida inaplicación del art. 148.4 CP en la redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en relación con 2.2 CP retroactividad de la ley penal más favorable e indebida aplicación del art. 23 CP, agravante de parentesco, en relación con la regla 4ª del art. 66 CP.

5. Instruidas las partes y el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, éste no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución e interesó la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación de los dos primeros motivos del recurso. Respecto del tercero, interesó la estimación parcial, por entender indebidamente aplicado el art. 66.1 regla 4ª del CP por los motivos que exponía. La Sala admitió los recursos; quedando conclusos los autos para señalamiento de votación y fallo cuando por turno correspondiera.

6. Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 24/01/2007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo se dice deducido al amparo del art. 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (aunque también se emplea el título de infracción de ley), por indebida aplicación del art. 148.1º del Código Penal en relación con el art. 147, e indebida inaplicación del art. 153.1º y aplicación del art. 23.

Se delimita el fundamento en que no aparece como hecho probado la necesidad objetiva de tratamiento médico o quirúrgico para la sanidad de las lesiones; y se especifica que no consta que: a) no pudo existir otro tratamiento menos agresivo que los puntos de sutura, b) tras recibir esos puntos la lesionada haya recibido curas adicionales, c) los puntos hayan sido retirados.

Desde luego que el tipo del art. 147.1 y, en consecuencia, el subtipo agravado del art. 148.1º, requieren que la lesión exija objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico; y que aquel art. 147.1 aclara que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

El factum expresa una pluralidad de lesiones corporales, consistentes en varias heridas, hematomas, abrasiones y rotura de un incisivo central inferior, y síquica, consistente en estrés postraumático que ha necesitado tratamiento psicológico. Y añade que precisó la lesionada limpieza, cura y sutura de las heridas.

Aun prescindiendo de la deformidad que pudiera implicar la alteración dental y del tratamiento del estrés traumático, está meridianamente expuesto como probado que las heridas precisaron sutura, y no se expresa, ni puede entenderse, atendidas la descripción de las heridas y de las cicatrices resultantes (que se da aquí por reproducida), que la sutura no fuera estrictamente necesaria, o que los puntos no hayan tenido que ser retirados, todo bajo control médico, o que la sutura obedeciera a una función puramente preventiva y no a la curativa.

Ello obliga a concluir que, además de una primera asistencia facultativa, las lesiones exigieron para su sanidad un tratamiento de cirugía menor, administrado por médico. Lo que, con arreglo a la Doctrina jurisprudencial (véanse las sentencias de 26.1 y 28.4 del 2006), sitúa las lesiones en el art. 147.1; no en el art. 153.1 CP. En consecuencia, no hubo obstáculo para aplicar el art. 148; luego veremos si lo hubo para hacerlo con el art. 23 CP.

SEGUNDO.- En el motivo segundo, otra vez invocando el art. 850.1º LECr, aunque referida también la rúbrica a la infracción de ley, es denunciada la aplicación indebida del art. 22.1ª, agravante genérica de alevosía, y del art. 66, regla 4ª CP.

En primer lugar, aduce el recurrente que el acometimiento previo frustrado escasos segundos antes, y donde la víctima pide explicaciones al agresor, excluya la alevosía como circunstancia genérica.

Lo que expresa la sentencia es que no se condena el comportamiento del acusado como constitutivo de asesinato, mediando alevosía, en grado de tentativa, por haberse dado la excusa absoluta prevista en el art.



16.2 CP, desestimiento voluntario. Pero expone como, en todas las fases de su comportamiento, el acusado aprovechaba la indefensión en que, junto al precipicio a que era arrojada, se encontraba su esposa; de manera que, a la imposibilidad de defensa por la sorpresa, seguía igual imposibilidad por el desvalimiento de la mujer.

Por muy alertada que estuviera la esposa a partir de la iniciación de la conducta del acusado, la situación de desvalimiento, en orden a la alevosía, estaba integrada por hallarse la esposa al borde del precipicio, dependiendo su caída total de las maniobras del acusado.

Respecto a cómo ha sido aplicada la regla 4ª del art. 66 y si la agravante de nocturnidad o despoblado queda embebida en la alevosía entraremos en el siguiente motivo, que apoya parcialmente el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- En el tercer motivo, de nuevo uniendo a la cita del art. 850.1º LECr, y de la infracción de ley, denuncia el recurrente la <<aplicación del art. 148.1, en relación con el 147 e indebida inaplicación del art. 148.4 CP en la redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre en relación con 2.2 CP, retroactividad de la Ley penal más favorable, e indebida aplicación del art. 23 CP, agravante de parentesco, en relación con la regla 4ª del art. 66 CP >>.

La Ley Orgánica 1/2004, que entró en vigor tras los hechos de autos, añadió al art. 148, un número 4º: <<Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia>>.

En el nuevo número 4º del art. 148 CP quedaría integrada, por bis in idem, la agravante de parentesco, prevista en el art. 23 CP. Por lo que, si se entendiera que el subtipo agravado previsto en aquel número 4º desplaza al subtipo del número 1º, éste con la compatible agravante del art. 23, el resultado de la entrada en vigor de la LO 1/2004, para el supuesto de las lesiones, previstas en los números 1º y 4º del art. 148, supondría una modificación legislativa favorable para los maridos, y asimilados, frente a la situación anterior. Interpretación contraria a los objetivos de una ley titulada como de <<Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género>>.

En consecuencia, entre dichos números 1º y 4º no cabe aplicar un concurso aparente de normas. La Audiencia, caso de aplicar la nueva normativa, podría haber apreciado la existencia simultánea del subtipo agravado del número 4º del art. 148, sin la agravante genérica del art. 23, y del subtipo agravado del número 1º con la agravante genérica del art. 23; y el resultado no hubiera sido más favorable para el reo que el adoptado, de manera que la Audiencia no violó el art. 2.2 CP.

Ahora bien y como sostiene el Ministerio Fiscal, la circunstancia agravante 2ª del art. 22 no aparece comprendida en la pretensión del Ministerio Fiscal. Y el principio acusatorio, ínsito en el art. 24 de la Constitución Española (sentencias de 2.12.2005 y 28.11.2001, TS), determina que la Audiencia no pudo apreciar aquella agravante, aunque la pena impuesta quedara muy por debajo de la interesada por el Ministerio Fiscal; y la sentencia de la Audiencia ha de ser revocada parcialmente.

Así las cosas, la pena legalmente básica para el delito de lesiones previsto en los arts. 147.1 y 148.1º CP podría ser de dos a cinco años de prisión, atendiendo al resultado causado o riesgo producido. Concurriendo dos circunstancias agravantes, la 1ª del art. 22 y la del arts. 23 CP, no una tercera (la 2ª del art. 22), es de aplicación la regla 3ª y no la 4ª del art. 66 CP; y, en consecuencia, el marco punitivo legal no puede exceder de los cinco años de prisión.

CUARTO.- Con arreglo a los arts. 901 y 902 LECr debe declararse haber lugar parcialmente al recurso de casación, casarse y anularse en parte la sentencia recurrida, para dictar otra más ajustada a Derecho, y declararse de oficio las costas del recurso.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR parcialmente al recurso de casación que, por infracción de ley, ha interpuesto Luis contra la sentencia dictada el 22 de febrero de 2007, por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, en causa sobre tentativa de asesinato y lesiones. La cual sentencia se casa y anula parcialmente para ser sustituida por la que a continuación se dicta. Y se declaran de oficio las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución, junto con la que a continuación se dicta, a la Audiencia Provincial de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo para su archivo en el Rollo.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Manuel Marchena Gómez Siro-Francisco García Pérez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Enero de dos mil ocho.

En la causa Rollo nº 36/2004, dimanante del Sumario 3/2004 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Guía, seguida contra Luis , con dni NUM000 , nacido en Las Palmas el 13/5/1973, la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Segunda, dictó la Sentencia de fecha 22/2/2007, que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha, que a continuación se dicta, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, compuesta como se hace constar. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Siro-Francisco García Pérez.

I. ANTECEDENTES

1. Se aceptan los de la sentencia de la Audiencia, incluida la declaración de hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se aceptan los de la sentencia de la Audiencia, salvo que, por las razones expuestas en la anterior sentencia de esta Sala, no cabe apreciar la circunstancia agravante de lugar y tiempo. La pena de prisión legalmente establecida podría extenderse, con arreglo a los arts.148, 22.1ª, 23 y 66.1.3ª CP, hasta la mitad superior de la de dos a cinco años. Y, teniendo en cuenta lo extremado del riesgo producido (aunque se haya prescindido del animus necandi por el desestimiento voluntario), se estima adecuado a la gravedad de la culpabilidad imponer la pena en cinco años.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Luis , como penalmente responsable, en concepto de autor, de un delito de lesiones del art. 148.1º del Código Penal, con las circunstancias agravantes de alevosía y de parentesco, a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. Y al pago de las costas de la instancia.

Se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de la audiencia respecto a la responsabilidad civil; y al abono de la privación provisional de libertad.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Manuel Marchena Gómez Siro-Francisco García Pérez

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