



Roj: **SAP A 3/2018 - ECLI: ES:APA:2018:3**

Id Cendoj: **03014370012018100002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2018**

Nº de Recurso: **30/2017**

Nº de Resolución: **33/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **MARIA EUGENIA GAYARRE ANDRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN PRIMERA

ALICANTE

PLZ. DEL AYUNTAMIENTO, nº 4-2ª planta

Tfno: 965.16.98.07 (Trámite y Apelaciones)

965.16.98.08 (Sentencias y Ejecutorias)

Fax: 965 169 812

NIG: 03099-43-2-2016-0010094

Procedimiento: Procedimiento sumario ordinario - 000030/2017

Dimana del Nº 000844/2016

Del JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº 1 DE ORIHUELA

SENTENCIA Nº 000033/2018

=====

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente:

DÑA. VIRTUDES LOPEZ LORENZO

Magistrados/as:

DÑA. ANA HOYOS SANABRIA

DÑA. Mª EUGENIA GAYARRE ANDRES

=====

En Alicante, a Doce de enero de 2018.

Sección **primera** de la Audiencia Provincial de **Alicante** integrada por los Ilmos/as. Sres/as. anotados al margen, ha visto la causa instruida con el numero nº 000844/2016 por el JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº 1 DE ORIHUELA, por delito de Homicidio, contra Gines , con D.N.I. NUM000 , vecino de ALMORADI, AVENIDA000 NUM001 NUM002 NUM003 , nacido en ARGELIA, el NUM004 /78, hijo de Silvio y de Covadonga , representado por el Procurador Sr. **CARLOS ROGER BELLI** , y defendido/s por el Letrado Sr. **JOSE SOLER MARTIN** ;en Prisión por esta causa, siendo parte en las presentes diligencias el Ministerio Fiscal representado por el **Ilmo. Sr. D. JUAN CARLOS CARRANZA** , actuando como **Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª. Mª EUGENIA GAYARRE ANDRES**.



I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En sesión que tuvo lugar el día se celebró ante este Tribunal juicio oral y público en la causa instruida con el número nº 000844/2016 por el **JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº 1 DE ORIHUELA** , practicándose en el mismo las pruebas propuestas por las partes que habían sido admitidas.

SEGUNDO - Para el Ministerio Fiscal los hechos son constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa referido en el artículo 138 en relación con los artículos 16 y 62 del Código Penal con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad agravante de parentesco del art. 23 del CP del que es autor el acusado y solicita la imposición al mismo de una pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial durante el tiempo de condena y conforme al art. 57 del Código Penal que se decrete prohibición de acercarse a la víctima a una distancia inferior a 500 metros y comunicarse con ella por cualquier medio por el plazo de DIEZ años.

TERCERO.- La defensa del procesado en sus conclusiones definitivas solicitó la libre absolución de su defendido por entender no había incurrido en delito alguno.

II HECHOS PROBADOS

El procesado Gines mantenía una relación de pareja con Sabina conviviendo en el domicilio sito en AVENIDA000 nº NUM001 , NUM002 , de la localidad de Almoradí.

El día 5 de diciembre de 2016, sobre las 16,30 horas, el procesado acudió al domicilio de su cuñado Damaso sito en la CALLE000 nº NUM005 de la localidad de Daya Nueva buscando a Sabina , con quien esa mañana había tenido un altercado en circunstancias que no constan. Una vez en el lugar Gines tocó a la puerta abriéndole un vecino llamado Maximiliano que se opuso a dejarlo entrar, por lo que comenzaron a discutir. En ese momento salió de la casa Sabina y se interpuso entre ellos, le dio un empujón a Gines e intentó huir corriendo, pero el procesado la alcanzó y con intención de acabar con su vida le propinó dos cuchilladas en el costado izquierdo con una navaja que llevaba, dándose seguidamente a la fuga mientras ella quedaba tendida en el suelo, siendo trasladada al hospital por los vecinos.

A consecuencia de estos hechos Sabina sufrió lesiones consistentes en herida incisa a nivel de partes blandas con cambios inflamatorios y burbujas de aire a nivel de pared torácica posterolateral izquierda, herida incisa a nivel dorsal izquierdo, derrame pleural izquierdo, hematoma retroperitoneal izquierdo sin lesión renal, hemitorax, anemia secundaria y hematoma en cara anterior de brazo izquierdo, que necesitaron para su curación una intervención quirúrgica y tratamiento médico posterior, con 16 días de hospitalización, otros 15 impositivos y otros 15 no impositivos, curando con secuelas de 3 cm en región dorsal y 2 cm en región axilar izquierda. Las heridas sufridas, debido a su localización y gravedad (hemitorax izquierdo, región dorsal y región axilar) podrían haber puesto en peligro la vida de la perjudicada en caso de no haber recibido asistencia médica especializada de forma urgente.

La perjudicada ha renunciado a toda indemnización.

III FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. - Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa al concurrir todos los elemento objetivos y subjetivos de este tipo penal, como resulta de la prueba practicada en el plenario, examinada con la inmediación , concentración y contradicción características de esta fase procesal , la cual tiene entidad bastante para destruir la presunción de inocencia del acusado .

Es un hecho no discutido que el día 5 de diciembre de 2016 Sabina recibió dos cuchilladas en el costado izquierdo con un arma blanca y que , a consecuencia de estos hechos, Sabina sufrió lesiones que debido a su localización y gravedad (hemitorax izquierdo, región dorsal y región axilar) podrían haber puesto en peligro la vida de la perjudicada en caso de no haber recibido asistencia médica especializada de forma urgente.

La acusación pública atribuye al acusado, Gines , la autoría material del ataque a Sabina , ataque del que el acusado niega ser el autor . La cuestión es si existe contra este acusado prueba directa o indiciaria que permita con la certeza que exige un pronunciamiento de condena, alcanzar tal convicción. Al margen de impresiones subjetivas que por sí mismas nunca pueden sustentar un pronunciamiento de condena, éste exige la existencia de pruebas de cargo de contenido incriminatorio suficiente para acreditar la certeza -en este caso- de la autoría imputada. La duda razonable impone, conforme al principio "in dubio pro reo", un pronunciamiento absolutorio.

El acusado declaró que tenía una relación de pareja con Sabina y que se casaron en el 2013 y tras reconocer que ese día había discutido con su mujer , niega que acudiera a buscarla al domicilio del cuñado de ésta ,



Damaso , sito en la CALLE000 n° NUM005 de la localidad de Daya Nueva y que le asestara dos cuchilladas a su mujer..

Las pruebas que para la acusación acreditarían la autoría de Gines , son: A) Las declaraciones que Sabina ha realizado a lo largo del procedimiento , en fase policial , judicial ante el Juzgado de instrucción y en el acto del juicio oral B) Las declaraciones que el testigo Maximiliano ha realizado a lo largo del procedimiento , en fase policial , judicial ante el Juzgado de instrucción y en el acto del juicio oral; C) la declaración prestada por el testigo Cosme ante el Juzgado de instrucción al folio . 135 y 136 , introducida en el acto del juicio mediante su lectura a petición del Ministerio Fiscal por aplicación del art. 730 de la Lecrm al encontrarse el testigo en paradero desconocido; D) El informe médico sobre las lesiones que las puñaladas causó en el cuerpo de la víctima ratificado en el acto de la vista por la médico forense , D^a Adelina

Consideramos que tales elementos tienen de contenido incriminatorio suficiente para acreditar la autoría de Gines en una valoración en conciencia sobre su conjunto conforme al artículo 741 LECr . Vamos a analizar cada una de estas declaraciones :

La declaración de Sabina en el acto de la vista fue similar en la descripción de los hechos a la que realizó ante el Juzgado de Violencia pero , a diferencia de ésta, la de la Sala resultó totalmente exculpatoria para Gines .

Sabina mantuvo ante la Sala que ese fin de semana había discutido con su marido porque ella era consumidora de drogas y porque él estaba con otra mujer y que ese día se había refugiado en casa de Damaso , su cuñado , huyendo de Almoradí , lugar de residencia del matrimonio , con el fin de esconderse de las personas con las que ese fin de semana había contraído una deuda por el consumo de drogas y quienes finalmente la localizaron allí . Se presentó una persona de raza sudamericana que fue la que agredió a Maximiliano y forcejeó con ella al intentar defender a éste . Fue este sudamericano y no su marido quien le dio dos puñetazos a la perjudicada y que resultaron ser dos puñaladas . Sabina negó en la Sala haber sido maltratada por el acusado manifestando que había mentado cuando así se lo había referido a su hija y Maximiliano y a Damaso .

Negó , además , que tras las puñaladas la persona que conducía el vehículo que la llevó a Almoradi fuera Cosme , fue ella la que condujo desde la Bodega hasta Almoradi donde vio a este testigo a quien le dijo que la agresión se la había producido el acusado en venganza de que se había ido con otra .

Sin embargo, Sabina y ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en fecha 21 de diciembre del 2016 (folio 115 y 116) había imputado la agresión violenta a su marido, Gines , de quien dijo le había apuñalado con una navaja mediana , de madera y automática cuando se encontraba en casa de Maximiliano , vecino de su cuñado Damaso describiendo los hechos de la siguiente forma . Gines insistió a Maximiliano para que le dejara pasar al domicilio buscando a su mujer y ante la negativa de Maximiliano , el acusado le pegó un puñetazo a éste , la denunciante salió corriendo de la casa y mientras corría fue el acusado el que le pegó un golpe a la testigo y calló al suelo , cuando calló al suelo notó un pinco en la espalda y puñetazos . Gines la dejó tirada en el suelo y salió corriendo introduciéndose en su coche dentro del que había un chico argelino . Tras hablar con Gines este chico se quedó y su marido salió pitando con el coche . Fue el argelino el que la llevó al hospital el argelino quien vio como el acusado la golpeaba mientras estaba en el suelo , El argelino se llama Cosme . Sabina declaró estar sufriendo maltrato habitual , psíquico y físico . Esta declaración es la que vamos a considerar , por entender que la misma cumple los requisitos jurisprudencialmente exigidos para tener valor como prueba de cargo y por los argumentos siguientes ;

Sabina mantiene la misma versión en fase sumarial y ante la Sala sobre la dinámica de los hechos pero discrepa en tres puntos fundamentales : sobre la motivación de la agresión (de ser víctima de malos tratos y discusión con su marido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer a ajuste de cuentas por drogas ante la Sala) , sobre la autoría de la agresión (de Gines ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer a un sudamericano en la Sala cuya identidad , descripción o lugar de localización desconocemos) y sobre la participación del testigo Cosme en los hechos , aunque para ser estrictos la retractación de Sabina sobre la autoría de las puñaladas ya se había producido en la fase de instrucción mediante comparecencia de fecha 9 de marzo del 2017 ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n ° 1 de Orihuela en la que manifiesta que no fue Gines quien la apuñaló sino un colombiano , cuyo nombre se negó a manifestar , por ajuste de cuentas por temas de drogas .

Ante la Sala, Sabina , trató de justificar su retractación manifestando que se había inventado todo en venganza al acusado porque no la dejaba consumir y había pasado el fin de semana con otra mujer y para que el pueblo de Almoradi no se enterase de que en el origen de la agresión era un asunto por drogas , razón por la que había inculpado del apuñalamiento ante la Policía y en el Juzgado a su marido .

En cuanto a las retractaciones de los testigos o acusados en el juicio oral, es doctrina general que las únicas pruebas aptas para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el plenario o juicio oral con



observancia de los principios de igualdad, publicidad, contradicción efectiva de las partes e intermediación del Tribunal (SS.TC., entre muchas, 31/1981 , 217/1989 , 41/1991 y 303/1993) . Pero esa misma jurisprudencia (SS.TC., entre otras, 62/1985, de 10 de mayo , 201/1989, de 30 de noviembre y 59/1991, de 14 de marzo) y la de esta Sala (por todas, las SS.TS. 489/1993, de 8 de marzo , 1079/1993, de 12 de mayo , 1856/1994, de 17 de octubre ; 2095/1994, de 20 de diciembre , 1070/1995, de 31 de octubre , 269/1996, de 25 de marzo , 5 de noviembre , 17 de diciembre de 1996 y 6 y 21 de marzo de 1997) ha declarado que el Tribunal de instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquélla sea sometida en tal acto a contradicción con las expresadas garantías, por traslucir una mayor verosimilitud y fidelidad. Doctrina ésta recogida en sentencia del T.S. de 28 de septiembre de 1996 , siguiendo una constante manifestada, entre muchas, en sentencias de 2 de octubre y 8 de noviembre de 1991 4 de junio de 1992 , 25 de marzo de 1994 y 15 de abril de 1996 y 4 febrero 10 septiembre 1997 y 12 noviembre 1998 y por todas STS de 3 de abril de 2001 o 7 de noviembre del 2005 .

Cuando un testigo o acusado declara en el juicio oral en un sentido diverso a lo manifestado en la instrucción, el Tribunal, como una expresión más del principio de apreciación conjunta de la prueba, puede tener en cuenta cualquiera de tales declaraciones, total o parcialmente, asumiendo, en su caso, las precedentes al juicio, con tal de que en la diligencia de instrucción se hayan observado las formalidades y requisitos exigidos por la Ley, y que de algún modo, normalmente a través del trámite del artículo 714 de la L.E.Cr ., se incorpore al debate del plenario el contenido de las anteriores manifestaciones prestadas en el sumario o diligencias previas mediante su lectura a petición de cualquiera de las partes , pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio (art. 708 párrafo segundo LECR .con el fin de garantizar una efectiva contradicción entre la declaración prestada en Juicio oral y la declaración sumarial prestada a presencia judicial -no simplemente declaración policial- (SSTC. 51/95 ; 49/96 -; 153/97 y SSTS. de 15 de febrero y 3 de octubre de 1996 ; 31 de diciembre de 1997)-, es decir diferencias sobre puntos esenciales, con afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales y de que pueda el declarante explicar las razones de su divergencia, siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el coacusado y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral. O, al menos, que en el desarrollo del juicio se contengan referencias a lo expresado por testigos o acusados en sus comparecencias ante Policía y Juez instructor; lo que puede deducirse, incluso, del propio contenido de las preguntas o respuestas reflejadas en el acta del juicio. No imperando un riguroso criterio formalista y siendo lo importante que las originarias declaraciones queden introducidas en el mecanismo contradictorio o debate propio del juicio oral por cualquier o medio que garantice la contradicción , siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna (en tal sentido SSTS. de 21 de septiembre de 1989 -; 3 de abril de 1992 ; 22 de febrero , 11 de marzo , 27 de abril , 25 de junio y 21 de diciembre de 1993 -, 24 de marzo , 17 de mayo , 19 de septiembre y 31 de octubre de 1994 ; SSTC. 137/1988 y 80/1991).

Así las contradicciones o retractaciones de testigos o acusados sobre la implicación de uno de los sujetos, frecuentes entre las afirmaciones del sumario y las evacuadas en el acto del juicio oral, no significa inexistencia de prueba de cargo, sino que pasa a ser un tema de apreciación probatoria, correspondiendo al Tribunal sentenciador valorarla, tras la correspondiente confrontación, unas y otras, como le autoriza el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pudiendo formar un juicio en conciencia sobre su respectiva veracidad, en el ejercicio de su propia jurisdicción. Por ello , cuando la retractación se produce en el juicio oral se admite que se valore como prueba de cargo la primera sobre la base de la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial , dentro de las facultades de valoración de la prueba, corresponde al Tribunal apreciar las razones y motivos alegados por el declarante sobre su cambio de declaración, siempre en aras de llegar a la más correcta convicción sobre la forma en que ocurrieron los hechos.

Ahora bien, como requisito previo a los anteriores, para que pueda fundarse una condena en la declaración sumarial de un testigo, es necesario que tal declaración sumarial sea válida, esto es, realizada con la totalidad de las garantías legalmente establecidas.

Y entre tales garantías se encuentra la establecida en los arts. 416 , 418 y 707 LECr esto es, que el Juez Instructor haya advertido al testigo que sea pariente del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge o ligado al mismo por análoga relación de afectividad, su hermano consanguíneo o uterino y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el núm. 3º art. 261 , que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esta advertencia. En consecuencia, si el testigo no fue advertido de su derecho a no declarar contra su familiar, según exige el apartado 1º, inciso segundo, del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , sus declaraciones serán nulas y sin valor alguno, pues el referido artículo está concebido para proteger al reo y no para perjudicarlo y de



ello se desprende la ausencia de la obligación de declarar, declaraciones que si se hacen en fase de instrucción no pueden ser convalidadas en el plenario si en esta fase procesal esas manifestaciones no se produjeron ante la negativa de los testigos a hacerlo o por retractarse de las mismas, pues no se cumplieron los principios de contradicción entre las partes y de inmediación del Tribunal.

Como hemos adelantado, la declaración prestada por la víctima en fase sumarial, ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Orihuela en fecha 21 de diciembre del 2016 cumple con la anteriores exigencias y para la Sala goza de plena credibilidad pues consta que fue practicada con la presencia de los letrados de la parte denunciada y denunciante, del Juez de Violencia y del Letrado de la Administración de Justicia, fue informada del contenido del párrafo 1 del art. 416 de la LECRM, fue informada de que no tenía la obligación de declarar en contra del procesado y de que podía hacer las manifestaciones que considerase oportunas y en la que Sabina expresó su deseo de querer continuar con la denuncia y tenerle miedo al denunciado. El Ministerio Fiscal interrogó a Sabina sobre sus anteriores manifestaciones preguntó por el Ministerio Fiscal y sobre la imputación a su marido ante la Guardia Civil y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer por las razones de su cambio de versión, (en particular minuto 45 de la grabación), habiéndolas incorporado de esta forma al debate.

La perjudicada y víctima de los hechos, identificó en el Juzgado de Violencia, sin género de duda alguna, y como ya lo había realizado en fase policial ante la Guardia Civil al acusado como el autor de la agresión sin que, a juicio de la Sala, haya dado una justificación mínimamente razonable sobre su retractación en el acto del plenario al contarnos una historia inverosímil sobre un supuesto ajuste de cuentas por 400 euros, coste de la droga de un fin de semana y sin aportar ningún indicio corroborador, lo que determina que este Tribunal entiende que responde a motivaciones distintas a decir la verdad como puede ser la dependencia emocional y psicológica de Sabina hacia su marido, dependencia que sufren las mujeres víctimas de violencia de género.

Además, la versión prestada en fase sumarial por Sabina viene corroborada por la declaración de dos testigos presenciales de los hechos, Maximiliano y Cosme y por la declaración de refencia de un testigo, el agente de la GC NUM006, quien auxilió a la víctima en el Centro de Salud y que en el acto de la vista declaró que Sabina les había manifestado que su agresor era su pareja escribiéndoles en un papel su identificación.

Respecto del testigo Maximiliano, hemos de hacer las mismas consideraciones porque la declaración que la Sala va a tener en cuenta es la declaración que este testigo efectuó en fase de instrucción por entender que es ésta la que está dotada de credibilidad y fiabilidad, declaración que cumple los requisitos jurisprudencialmente exigidos para ser prueba de cargo al encontrarse practicada a presencia judicial y con asistencia del Letrado de la Administración de Justicia y que fue introducida en el debate mediante su lectura a instancia del Ministerio Fiscal (minuto 27) reconociendo el testigo su firma en ella (minuto 32), y en la que Maximiliano había mantenido la declaración que prestó ante la Guardia Civil y que también fue leída en la Sala y reconocida su firma.

Las razones por las que damos valor a esta declaración sumarial sobre la prestada en el acto de la vista ante la actitud que el testigo mantuvo en la Sala. El testigo entró a la Sala tambaleándose, no contestó a las preguntas del Ministerio Fiscal o contestando de forma evasiva, vacilante, dubitativa negando aquellas afirmaciones que reconoció haber realizado en fase sumarial, retractaciones sobre las que le fue conveniente e insistentemente preguntado por el Ministerio Fiscal. La Presidenta de la Sala tuvo que llamar la atención ante alguna de las expresiones con las que se manifestó, enervado, subnormal.

El testigo, en la Sala, no reconoció al acusado como la persona que le agredió el día de los hechos, negó que a fecha de hoy pudiera describir a la persona que fue a buscar a Sabina, y negó que hubiera visto al agresor con un navaja en la mano, extremos estos que había mantenido ante el Juzgado de violencia sobre la Mujer.

Por contra ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, folio 85 y 86 si bien negó ser testigo de la agresión a la perjudicada al encontrarse en el suelo por el golpe que recibió si describió al agresor como un hombre con rasgos árabes (como el acusado) identificándose como el marido de Sabina afirmando que había visto la navaja en la mano del agresor.

La declaración del testigo Cosme se introdujo en el plenario mediante su lectura por aplicación del art. 730 de la LECRM y a solicitud del Fiscal al encontrarse el testigo en paradero desconocido. minuto 33.34 de la grabación.

Por regla, la práctica de la prueba y particularmente la testifical de cargo debe practicarse en el acto del juicio oral en condiciones de inmediación, oralidad y contradicción.

No obstante, el legislador ha previsto la incomparecencia del testigo de cargo al plenario por alguna de las causas que la jurisprudencia ha establecido al interpretar el art. 730 L.E.Cr. a saber, cuando el testigo haya muerto, o se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal y no sea factible lograr su comparecencia, o sea imposible de localizar por encontrarse en paradero desconocido y se hallan agotado razonablemente



las posibilidades para su localización y citación. En estos casos, el Tribunal podrá valorar las declaraciones del testigo incomparecido prestadas en fase sumarial, previa su lectura en el juicio, y siempre que dichas declaraciones se hubieran prestado de manera inobjetable.

Sobre esta nota de inobjetable, la Ley no obliga al Juez de Instrucción que recibe declaración al testigo del hecho a que se preste a presencia del acusado y/o de su letrado defensor en el caso de que aquél estuviera ya identificado y localizado. Ninguna disposición legal existe al respecto al regular la manera en la que el Juez debe practicar esta clase de diligencias en la fase instructora del proceso.

Como única excepción a la regla general ya mencionada, el legislador ha previsto el supuesto de que el testigo que declara contra el acusado ante el Juez instructor expresa la imposibilidad de comparecer al Juicio Oral o, también, "en el caso de que hubiera motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, a los que se ha añadido por vía jurisprudencial que existen esas mismas razones fundadas de la probabilidad de que por otras causas, el testigo no concurra al llamamiento del Tribunal sentenciador. En tal caso, que contempla el art. 448 L.E.Cr para el procedimiento ordinario, el Juez volverá a examinar al testigo a presencia del acusado y de su Abogado defensor. Lo mismo establece el art. 777.2, para el Procedimiento Abreviado, cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. De este modo, el testimonio así prestado podrá acceder al juicio oral como prueba válida y eficaz mediante su lectura a instancia de cualquiera de las partes, según dispone el art. 730 L.E.Crim .

Esto es la prueba preconstituida en la que está preservado y protegido el derecho de contradicción. Por consiguiente la clave y núcleo se encuentra en determinar si en el caso analizado estamos ante uno de los supuestos citados y, por ello el Juez de instrucción debió de practicar la prueba testifical de Cosme como prueba preconstituida .

No se trata de que hubiera sido sencillo o no tomar declaración al testigo a presencia del acusado y su letrado defensor sino que se trata de si existían en ese momento esos sólidos y fundados motivos de los que pudiera inferirse racionalmente que aquél no comparecería ante el Tribunal juzgador.

Tales supuestas razones no constan en la causa ni tampoco el letrado de la defensa hizo mención de su existencia a la Sala ni tampoco las hemos advertido. Nada hacía prever que el testigo no asistiría al acto del juicio porque iba a desaparecer, circunstancia sobrevenida que el Juez de instrucción no pudo prever . STS de 12-12-2013

Así la diligencia de declaración del testigo se llevó a cabo de forma procesalmente inobjetable, ante la autoridad judicial competente y a presencia del Letrado de la Administración de Justicia que dio fé de su práctica, el hecho de que no compareciera al acto del juicio por no poder ser citado al no poder ser localizado y encontrarse en paradero desconocido ha supuesto que su declaración sumarial se haya incorporado al debate procesal mediante su lectura a instancia del Ministerio Fiscal, según autoriza el art. 730 de la Lecr .

Por razones obvias el letrado de la defensa del acusados por esos hechos no pudo interrogar al testigo pero sí pudieron contradecir sus manifestaciones sumariales de las que tenían perfecto conocimiento; de la misma manera el Tribunal puede legal y legítimamente valorar esas declaraciones como prueba para formar su convicción.

No compartimos, pues, las dudas del letrado de la defensa sobre la valorabilidad de esa declaración leída en el acto del juicio al haberse practicado, según ella, sin posibilidad de contradicción al no estar presentes ni el letrado del acusado ni el Ministerio Fiscal puesto que el principio de contradicción se respeta no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, 187/2003, 134/2010) sino a factores inevitables e imprevisibles o instituciones inherentes al sistema procesal

La compatibilidad del mecanismo del art. 730 LECrim con las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías y en particular, con el derecho del acusado a interrogar por sí o por representante a los testigos de cargo está también fuera de dudas en la jurisprudencia constitucional. Será necesario que concurren unos requisitos adicionales; (SSTC 148/2005, 12/2002, 209/2001), a saber, i) que la diligencia sea intervenida por la autoridad judicial (SSTC 12/2002, 187/2003, 1/2006); lo que aquí no supone problema alguno; ii) cuando sea factible, que se haya dado oportunidad efectiva a la defensa del inculcado a participar activamente en la práctica de la diligencia sumarial; y iii) que se hayan realizado los esfuerzos razonables conducentes a conseguir la presencia en el plenario del testigo. No estamos ante un caso de invalidez



probatoria . Habrá que ponderar todas las circunstancias y entre ellas esa limitación de la contradicción para valorar tal prueba sumarial introducida en el juicio a través de su lectura o la comparecencia de quienes oyeron esa declaración o mediante el interrogatorio defensivo a otros testigos sobre los elementos informativos trasladados por el testigo no comparecido .

Será un problema de fiabilidad o credibilidad que habrá de solventar teniendo en cuenta que esa declaración se hizo al margen de la contradicción y por tanto estará más precisada de más elementos corroboradores o habrá de limitarse a ser ella misma elemento corroborador que por sí solo no bastaría para la condena , pero no es correcto negar a priori todo valor a esa declaración como parece pretender la defensa , más en el supuesto de autos si se tiene en cuenta que acordada la declaración del testigo por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Orihuela por providencia de fecha 21 de diciembre del 2016 (folio 124) , fue notificada a las partes folio 128 y 134 y en diligencia del Letrado de la Administración de Justicia de fecha 10 de enero de 2017 consta que los letrados de las partes no comparecieron a la declaración testifical , folio 142 . Al folio 144 consta notificación a las partes de la declaración testigo en fecha 10/01/2017 .

En su declaración sumarial , al folio 140 , Cosme declaró bajo juramento y con las advertencias legales , haber acompañado al acusado ese día al lugar de los hechos , como vio a la mujer corriendo y al acusado seguirla , ser testigo de como Gines pegó en la espalda a Sabina dos puñetazos , ignorando el testigo si fue con la mano o con que instrumento , Sabina cayó al suelo , Gines huyó corriendo y el testigo llevó a Sabina al hospital en el coche de la mujer , un ford focus verde.

Las declaraciones de los tres testigos son coincidentes en identificar a Gines como el autor de la agresión .

La médico forense , Adelina , ratificó en el acto de la vista su informe y manifestó que a la vista del lugar del cuerpo de la victima donde había recibido las puñaladas hubo riesgo vital para la victima si no hubiera recibido una asistencia médica urgente .

SEGUNDO : El tipo genérico con el que hubiera sido calificado el hecho, de haberse producido el fallecimiento del sujeto pasivo, hubiera sido el de homicidio, y tal figura requiere de la concurrencia de los siguientes requisitos:

1°. La destrucción de una vida humana mediante la actividad del sujeto activo, que afortunadamente en este caso no se ha producido, con lo que se integra el tipo de la tentativa.

2°. Una relación de causalidad entre la conducta y el resultado, de necesaria concurrencia en el hecho analizado, en cuanto un disparo de arma de fuego (revolver), cargada con perdigones y que se dirige (apunta) contra la zona de cabeza/cuello de una persona, perfectamente capaz de producir su muerte.

3°. La existencia o presencia de un dolo de muerte, tanto directo, determinado, o indeterminado, como eventual, en cuanto es elemento esencial a la integración del tipo.

Ahora bien, cuando falta el primero de los requisitos apuntados, es decir, que el culpable practica todos los actos que deberían producir, como consecuencia, el delito (la muerte de una persona), pero esta no se produce por causas extrañas a la voluntad del agente nos encontramos ante lo que la doctrina actual denomina delito en grado de tentativa (arts. 138 y 16, CP .). En ésta forma comisiva, desde el punto de vista interno o meramente subjetivo, existe una resolución decidida de cometer una determinada infracción, por lo ha de concurrir el dolo del injusto, ya que objetivamente se practican todos los actos de ejecución que debían producir, causar, según las reglas normales de experiencia, el resultado típico, lo cual supone que el agente hizo todo lo que tuvo que hacer para consumir su intención delictiva; y sin embargo, el resultado no se produce por causas independientes de la voluntad del agente, siendo un delito completo en su ejecución, pero fallido en su resultado. Tal doctrina jurisprudencial es observable en el presente caso el sujeto activo de la agresión puso de su parte la conveniente actuación para conseguir el resultado apetecido, si bien este no llegó a producirse porque Sabina fue trasladada inmediatamente al centro de Salud de Almoradi y recibió asistencia médica por el testigo Cosme con lo que se han ejecutado todos los actos que conforme normas de común experiencia hubieran de haber producido la muerte del perjudicado, y la circunstancia de que el aludido objetivo no haya sido alcanzado es lo que integra el tipo de la tentativa.

Debe, por tanto, apreciarse la existencia o presencia de ese dolo de muerte (último de los requisitos), tanto directo, determinado o indeterminado, como eventual, que viene a constituir el ánimo homicida, y que por pertenecer a la intimidad o conciencia del sujeto, el Tribunal tendrá que inferirlo de las circunstancias anteriores, simultáneas o subsiguientes al hecho, de los medios y arma utilizada en la agresión o del lugar del cuerpo en que se haya perpetrado el ataque, siendo lo realmente relevante para la exteriorización del dolo la idoneidad del medio empleado y la localización de las heridas . En este sentido y sin pretensiones de exhaustividad: pueden enumerarse las siguientes circunstancias : relaciones existentes entre el autor y la víctima; actitudes o incidencias observadas y acaecidas en los momentos precedentes al hecho, con especial



significación de a) Relaciones existentes entre el autor y la víctima. b) Personalidades respectivas del agresor y del agredido. c) Actitudes o incidencias observadas y acaecidas en los momentos precedentes al hecho, con especial significación de la existencia de amenazas. d) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del autor tras la perpetración del hecho criminal. e) Condiciones de espacio, tiempo y lugar. f) Características del arma e idoneidad para lesionar o matar. g) Lugar o zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital. h) Insistencia o reiteración en los actos agresivos, así como de su intensidad. i) Conducta posterior del autor.

En el supuesto de autos podemos afirmar que en la conducta del acusado concurría ese dolo de muerte, esa intencionalidad homicida, aunque la consumación, que no se produjo por la circunstancia de que Sabina recibió inmediatamente asistencia médica por los siguientes indicadores:

La existencia de una previa discusión con la víctima.

La víctima ante el temor que le produce la conducta del acusado y sobre el que pesan indicios de maltrato de género sobre su esposa, temor que ésta manifestó en su declaración ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, viene obligada a refugiarse en el domicilio de su cuñado, donde el acusado fue a buscarla portando un arma blanca, instrumento idóneo para lesionar y matar, y tras agredir al testigo que la protegía le asesta dos cuchilladas en el costado izquierdo para a continuación huir en un Peugeot con matrícula U...UW con el que se había desplazado hasta el domicilio de Damaso acompañado del testigo Cosme vehículo que fue localizado por la Guardia Civil en la C) Granados de la localidad de Almoradi, folio 4 de atestado policial, cerca de la vivienda donde se había refugiado el acusado tras el apuñalamiento y trasladado por el servicio de gruas a la partida Era Alta, Paraje La Almaina.

c) Características del arma empleada por el acusado en la agresión y la idoneidad del mismo para matar, arma blanca; zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva, (hemitorax izquierdo, región dorsal y región axilar; la intensidad y localización de las heridas que infligió a Sabina que por su localización y gravedad y de no haber recibido asistencia médica especializada de forma urgente podía haber puesto en riesgo la vida del paciente

d) Las condiciones de tiempo (inmediatamente después de la discusión de pareja y lugar en las que se produce la agresión (en la proximidad de la vivienda donde Sabina se había refugiado y conducta posterior del autor quien huye de la escena de la agresión).

TERCERO: Del delito es responsable criminal en concepto de autor (art. 28. 1 del CP) el acusado, quien, como se ha expuesto, realizó material y voluntariamente la acción típica. Concorre la agravante de parentesco. Esta circunstancia es mixta y tanto puede jugar como agravante como atenuante. La doctrina y jurisprudencia tradicionalmente ha considerado que en los delitos que tienen un contenido marcadamente personal opera como agravante y, en los que predomina la significación patrimonial o similar lo hace como atenuante (STS 27/12/91 y 6/7/92 entre otras).

En el caso que nos ocupa, al tratarse de un delito contra las personas, la circunstancia juega un claro papel agravante. Los hechos revisten una mayor gravedad al estar la acusada y la víctima unidos por relación de matrimonial. El acusado reconoció en el acto de la vista que estaba casado con la perjudicada desde el 2013.

Por último, en orden a la pena a imponer, conforme a las prevenciones del art. 138 y 16 del Código Penal (homicidio en grado de tentativa), y 62 del mismo Texto que posibilita que se imponga la pena inferior en uno o dos grados, la Sala entiende adecuada al hecho cometido la rebaja en un grado al tratarse de una tentativa acabada, ya que nada más tenía que hacer el acusado en su conducta agresiva para allegar al resultado pretendido y quien huyó del lugar de los hechos, y el peligro inherente a la acción se infiere de la zona del cuerpo afectada, pena que por aplicación del art. 66.3 del Cp y al concurrir la agravante de parentesco fijamos e siete años y seis meses de prisión, la que llevará aparejada como accesoria la pena de inhabilitación especial durante el tiempo de condena (art. 56, CP) y conforme al art. 57 del Código Penal se acuerda la prohibición de acercarse a la víctima a una distancia inferior a 500 metros y comunicarse con ella por cualquier medio por el plazo de diez años.

El condenado abonará las costas causadas.

En atención a todo lo expuesto, la Sección primera de la Audiencia Provincial de Alicante.

FALLO

Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** al acusado Gines, como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa castigado en el artículo 138 en relación con los artículos 16 y 62 del Código Penal con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad agravante



de parentesco del art. 23 del CP a la pena de siete años y seis meses de prisión, con sus accesorias de inhabilitación especial durante el tiempo de la condena y se acuerda la prohibición de acercarse a la víctima a una distancia inferior a 500 metros y comunicarse con ella por cualquier medio por el plazo de diez años.

Asimismo la condenamos al pago de las costas del juicio,

Se mantiene la situación de privación de libertad del acusado atendiendo a la gravedad de los hechos y con el fin de proteger a la perjudicada de similares conductas violentas .

Se abona a Gines el tiempo de prisión preventiva sufrido por esta causa si no lo tuvieron absorbido por otras.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevara certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ