



Roj: **SAP M 5514/2017 - ECLI: ES:APM:2017:5514**

Id Cendoj: **28079370272017100269**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **27**

Fecha: **24/03/2017**

Nº de Recurso: **1628/2016**

Nº de Resolución: **209/2017**

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

Ponente: **MARIA CONSUELO ROMERA VAQUERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 27 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 10 - 28035

Teléfono: 914934469,4470,4471

Fax: 914934472

NEG. 4 / MA 4

39000090

N.I.G.: 28.079.00.1-2016/0186191

Procedimiento sumario ordinario 1628/2016

O. Judicial Origen: Juzg. de Violencia sobre la Mujer nº 08 de Madrid

Procedimiento Origen: Sumario (Proc.Ordinario) 4/2016

Contra : D. /Dña. Romualdo

PROCURADOR D. /Dña. JORGE LAGUNA ALONSO

Letrado D. /Dña. LUIS ROMERO SANTOS

SENTENCIA Nº 209/ 2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN VIGÉSIMO SÉPTIMA

ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS

PRESIDENTE: DÑA. CONSUELO ROMERA VAQUERO (PONENTE)

DÑA. MARÍA TERESA CHACÓN ALONSO

DÑA. ELENA PERALES GUILLÓ

En Madrid, a 24 de marzo de 2017.

Vista por esta Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de esta capital en juicio oral y público el rollo número 1628/16 procedente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 8 de Madrid (sumario nº 4/16) por delito de tentativa de asesinato y lesiones en el ámbito familiar contra Romualdo , mayor de edad, nacido en Casablanca (Marruecos) el día NUM000 de 1985, hijo de Arcadio y Violeta , actualmente interno en el Centro Penitenciario de Soto del Real (Madrid), en prisión provisional por esta causa y en situación irregular en España, sin antecedentes penales y de ignorada solvencia, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y dicho acusado representado por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso y defendido por la Letrada Dña. Virginia Martínez Casillas y Ponente la Magistrada Dña. CONSUELO ROMERA VAQUERO.



ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: El Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales, elevadas a definitivas en el acto del juicio oral, calificó los hechos procesales como constitutivos de A) un delito de asesinato, en grado de tentativa de los artículos 138 , 139 1ª, 16 y 62 del Código Penal B) un delito de maltrato del artículo 153 1 y 3 de Código Penal , siendo autor responsable del mismo el acusado con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal procediendo la imposición en relación con el delito A) de asesinato en grado de tentativa, la pena de 14 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. En virtud de lo dispuesto en el Art. 89.2 CP será sustituida por la expulsión a su país de origen una vez cumplidas las 3/4 partes de esta pena, acceda al tercer grado o la libertad condicional, sin posibilidad de volver a España por tiempo de 10 años, así como accesoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 y 48.2 del CP la prohibición de aproximarse a Pio , así como a Ignacio a menos de 500 metros de en cualquier lugar que se encuentre, así como acercarse a su domicilio o lugar de trabajo o cualquier otro que éste frecuente y de comunicarse con él por cualquier medio durante 22 años, y, en aplicación del artículo 55 del Código Penal , la privación de la patria potestad respecto del menor. Por el delito B) de maltrato la pena de un año prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tres años, así como accesoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 y 48.2 del CP la prohibición de aproximarse a Tarsila a menos de 500 metros de en cualquier lugar que se encuentre, así como acercarse a su domicilio o lugar de trabajo o cualquier otro que ésta frecuente y de comunicarse con ella por cualquier medio durante tres años.

Asimismo se solicita que el acusado abone las costas conforme al artículo 123 del Código Penal , y en concepto de responsabilidad civil, indemnizará a Pio en la cantidad de 150€ por las lesiones causadas, a través de su representante legal y a Tarsila en la cantidad de 150€ por las lesiones causadas, tales cantidades que devengarán el interés legal previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

SEGUNDO: La defensa del acusado, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como no constitutivos de delito y solicitó la absolución de su patrocinado.

Alternativamente, dicha parte calificó los hechos como A) un delito de maltrato del artículo 153.1 del Código Penal y B) un delito de maltrato del artículo 153.2 del Código Penal , con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del artículo 25.2 del Código Penal en ambos delitos, solicitando se impusiera por el delito A) de maltrato la PENA DE PRISIÓN DE 6 MESES, con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día, y por el delito B) de maltrato de PENA DE PRISIÓN DE 3 MESES, con la privación de la tenencia y porte de armas de un año y un día.

HECHOS PROBADOS:

Que el procesado Romualdo , mayor de edad y sin antecedentes penales, que había mantenido con Tarsila una relación análoga a la conyugal, y habido un hijo en común nacido en DIRECCION000 de 2015 con iniciales Pio , el día 5 de junio de 2016 mantuvo una discusión con Tarsila en el domicilio común, sito en el nº NUM001 de la CALLE000 de esta capital, en el transcurso de la cual, agarró a la citada Tarsila del brazo e intentó coger al hijo menor, oponiéndose la víctima comenzando entonces el acusado, con intención de menoscabar su integridad física, a propinarla patadas y puñetazos en la espalda, a zarandearla y golpearla con el puño en la cara y el ojo, logrando, por fin, el procesado coger al hijo común.

Ante el aviso de un vecino, la policía, ésta se presentó en el indicado domicilio, encontrando la dotación policial al procesado con el niño en brazos utilizando al bebé como escudo frente los agentes, diciendo incluso "lo mato, lo mato", y ante el intento de los policías de coger al niño, consciente el acusado de la posibilidad de que con dicha acción podía terminar con la vida del bebé, apretó al menor violentamente del cuello, llegando a cortarle la respiración, logrando, finalmente, los agentes rescatar al pequeño.

A consecuencia de estos hechos Tarsila sufrió lesiones consistentes en dos hematomas por digitopresión en cara interna de tercio medio de brazo izquierdo, hematoma de 1.5 c, de diámetro en cara anterior de región deltoidea izquierda que se extiende hacia el cuello. Tales lesiones requirieron de una primera asistencia médica, tardando en curar 3 días.

Igualmente, el menor Pio . sufrió lesiones consistentes en una primera exploración: erosiones lineales por arañazos en cada miembro inferior de unos 4cm de longitud en cada pierna, erosión con contusión leve en región frontal derecha, excoriaciones sobre mejilla derecha y tórax derecho, equimosis de 0,5-1 cm en región submandibular derecha y en exploración ante el forense, erosión de 0.5 cm en región frontal derecha, erosión



lineal de unos 2 cm en cara interna de pierna izquierda. Dichas lesiones requirieron de una primera asistencia, tardando en curar 3 días no impeditivos.

Por el acusado se han consignado la cantidad de 300 euros en concepto de reparación del daño.

La víctima ha renunciado a cualquier indemnización que, derivada de estos hechos, pudiera corresponderle.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

PRIMERO: Los hechos declarados probados y por cuanto se refiere a la agresión de la que fue víctima la ex pareja del procesado (a los que se refiere el Ministerio Fiscal en el apartado B) del número Segundo de su escrito de acusación, constituyen delito de lesiones en el ámbito familiar por violencia de género del artículo 153. 1 y 3 del Código Penal , (subtipo agravado por comisión en domicilio común) al concurrir en los mismos todos los elementos integrantes del referido ilícito, al haber resultado acreditado, a través de la prueba practicada en el acto del juicio oral que el procesado agredió a su ex pareja en el referido domicilio ocasionándole, a consecuencia de dicho ataque, lesiones de las que la perjudicada curó sin precisar para ello más que de una primera asistencia, sin tratamiento médico.

La realidad de lo relatado ha resultado acreditada a través de la prueba practicada en el acto del juicio oral.

El precepto referido, declarado constitucional por sentencia de 14 de mayo de 2008 establece en su apartado "1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años " y en el 3 que : " Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza".

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2006 refiriéndose a las sentencias 1159/2005 (LA LEY 14096/2005) y 261/2005 de 28.2 (LA LEY 12159/2005): en relación con la evolución legislativa que ha desembocado en la actual redacción del referido tipo penal, "ya la LO 3/89 a la vista de la grave situación las personas que se encontraban en situación más débil dentro del hogar creó " un tipo penal en el capítulo de las lesiones, art. 425, para castigar "al que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, "recogiendo en la Exposición de Motivos de esta Ley que se justifica la reforma" al responder a la deficiente protección de los miembros más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticas más agresivas de otros miembros del mismo, sancionando los malos tratos ejercidos sobre el cónyuge cuando a pesar de no integrar individualmente consideradas más que una sucesión de faltas se produce de un modo habitual".

Continúa la citada sentencia diciendo que "El nuevo Código Penal de 1995 en su art. 153 con el mismo buen propósito ya referido de la reforma de 1989 mantiene la figura penal con algunas mejoras técnicas y un endurecimiento de la penalidad "el que habitualmente ejerce violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

Este artículo fue modificado por las Leyes Orgánicas 11 y 14/ 99 de 30 de abril y de 9 de junio de modificación del C.P. en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas - Exposición de Motivos - ha introducido diversas reformas tanto en el C.P. como en la LECrim. con posterioridad a la fecha de los hechos por LO. 11/2003 de 29.9, integrándolo en el art. 173.2 y 3 ."

La evolución legislativa culmina con la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con vigencia desde el 29 de junio de 2005 pues si ya con la anterior redacción del artículo 153 del Código Penal , como señala la sentencia citada el delito de maltrato familiar constituía "un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión", la citada ley, como señala su la Exposición de Motivos en su título IV "introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende



incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.", tipos agravados entre los que se encuentra el artículo 153 en su redacción vigente y que ha de ser el aplicado en el caso presente a los hechos que nos ocupan y ello es así porque, a la vista de la prueba practicada en el acto del juicio oral el acervo probatorio de cargo desplegado ha de considerarse bastante para enervar la presunción de inocencia que ampara al procesado de forma que pueda considerarse acreditado que el mismo perpetrara los hechos que constituyen el ya reseñado delito B) que el Ministerio Fiscal atribuye al acusado en estas diligencias.

Así es: la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 2007 reseña que "Desde la STC 31/1981, de 28 de julio (LA LEY 224/1981), FJ 3, este Tribunal tiene declarado que para poder desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria, producida con las garantías procesales, que pueda entenderse de cargo y de la que deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado. En el mismo orden de consideraciones hay que recordar que también constituye doctrina constitucional reiterada la afirmación de que sólo pueden considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio que se desarrolla ante el Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de modo oral, contradictorio y con inmediación, de suerte que la convicción del juzgador sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre (LA LEY 3758/1989), FJ 2; 161/1990, de 19 de octubre (LA LEY 59214-JF/0000), FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre (LA LEY 2390- TC/1993), FJ 3; 200/1996, de 3 de diciembre (LA LEY 316/1997), FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero (LA LEY 4357/1997), FJ 2; 2/2002, de 14 de enero (LA LEY 2641/2002), FJ 6, y 12/2002, de 28 de enero (LA LEY 3032/2002), FJ 4)."

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2007 ese Alto Tribunal ha "señalado reiteradamente que la presunción de inocencia "ha dejado de ser un principio general del derecho que ha informado la actividad judicial (in dubio pro reo) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos" (STC 31/81, de 28 de julio). En reiterados precedentes hemos declarado que la presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es imputada en un procedimiento penal. Este derecho supone, entre otros aspectos, que corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa. El tribunal procederá a su valoración debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para alcanzar, a través de un razonamiento lógico, la declaración de un hecho típico, antijurídico, penado por la ley y que pueda ser atribuido, en sentido objetivo y subjetivo, al acusado, debiendo expresar en la sentencia el relato de convicción y el razonamiento por el que entiende que se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En términos generales, la jurisprudencia ha destacado la naturaleza reaccional del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo tanto no necesitado de un comportamiento activo de su titular, que se extiende sobre dos niveles:

- a) fáctico, comprensivo tanto de la acreditación de hechos descritos en un tipo penal como de la culpabilidad del acusado, entendida ésta como sinónimo de intervención o participación en el hecho de una persona.
- b) normativo, que abarca tanto a la regularización en la obtención y producción de la prueba como a la comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador, lo que se realizará a través de la necesaria motivación que toda sentencia debe tener."

Finalmente, indica la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2014 que "La presunción de inocencia impone, de manera inexcusable, que las sentencias condenatorias se fundamenten en auténticos actos de prueba que, practicada por regla general bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad, abarquen tanto la realidad del hecho como todo lo atinente a la participación y responsabilidad del acusado, siendo las partes acusadoras las que han de probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, incluyendo la actividad probatoria de cargo, idónea para destruir la presunción de inocencia, no sólo las pruebas directas, sino también las indirectas o indiciarias, mereciendo tal cualidad aquellas que reúnan las siguientes condiciones: a) Que se fundamenten en verdaderos indicios suficientemente acreditados y no en meras conjeturas o sospechas; b) que, entre los indicios probados y el hecho que se infiere de ellos, exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, y c) que en la sentencia se exprese el razonamiento que ha conducido al Tribunal a tener por probado que el hecho delictivo se ha cometido realmente y que el acusado ha participado en su realización."

Aplicando la doctrina expuesta, como se ha enunciado, el análisis de la prueba practicada en el acto del juicio oral ha de conducir a la conclusión de que existe prueba bastante para imputar al procesado los hechos referidos, los cuales han de ser calificados de la forma indicada.



Efectivamente: en primer lugar el procesado en el acto del juicio oral negó haber agredido su ex pareja, refiriendo que solo se produjo una discusión entre ellos, en el transcurso de la cual, la víctima no quería dejarle salir de la casa cuando él pretendió hacerlo con el hijo común, habiéndose limitado a agarrar del brazo a la perjudicada para apartarla, no ofreciendo explicación sobre la sangre que presentaba la víctima, salvo afirmando que la misma suele sangrar por la nariz.

Frente a estas manifestaciones exculpatorias encontramos en primer lugar la declaración de la víctima, prueba bastante para enervar la presunción de inocencia siempre que en la misma concurren los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial.

En relación con las referidas exigencias cabe citarse, por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional 201/89, así como las del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1988 y especialmente la de 30 de enero de 1999, la cual, recogiendo la doctrina al respecto, señala como pautas para dotar de validez de prueba de cargo a la sola declaración de la víctima las siguientes:

"A) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio de resentimiento, venganza o enemistad, que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatoria asentada en bases firmes.

B) Verosimilitud del testimonio, que ha estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso.

C) Persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones."

En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2007 ha venido a establecer que: "debe recordarse, como hace la STS nº 409/2004, de 24 de marzo (LA LEY 12329/2004), la oportuna reflexión de esta Sala (STS de 24 de noviembre de 1987 (LA LEY 727-2/1987), nº 104/02 de 29 de enero (LA LEY 23500/2002) y 2035/02 de 4 de diciembre (LA LEY 1135/2003)) de que "nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad".

Y que "Por ello es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (SSTS 434/99 , 486/99 , 862/2000 (LA LEY 8619/2000), 104/2002 (LA LEY 23500/2002), 470/2003 (LA LEY 1620/2003), entre otras; así como del Tribunal Constitucional, TC SS 201/89 (LA LEY 1360-JF/0000), 160/90 (LA LEY 1555- TC/1990), 229/91 (LA LEY 1864-TC/1992), 64/94 (LA LEY 2478- TC/1994), 16/2000 (LA LEY 4144/2000), entre otras muchas)."

"No obstante", continúa la citada resolución " con objeto de conjurar los peligros que podría conllevar para el esclarecimiento de la verdad una prueba exclusivamente asentada en la declaración de la víctima, la Jurisprudencia de esta Sala, para la validez de dicha prueba, ha exigido -sin ánimo exclusivo ni excluyente- requisitos tales como: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, con exclusión esencialmente de todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza; b) verosimilitud, en cuanto que todas las corroboraciones periféricas abonen por la realidad del hecho; y c) persistencia y firmeza del testimonio."

Además, "Junto a la credibilidad subjetiva es necesaria la concurrencia de la credibilidad objetiva, de condiciones objetivas nacidas del análisis de los términos en los que se vierte la declaración en conjunto con el resto de la prueba."

Y "A esto se refieren dos parámetros de manejo usual en la doctrina de los tribunales en la valoración de la declaración de la víctima, la persistencia en la incriminación y la existencia de corroboraciones periféricas.

La primera tiene que ver con el modo en el que surge la voluntad de poner en conocimiento de las autoridades policiales o judiciales los hechos y también con la forma en la que dicha voluntad es mantenida a lo largo del proceso."

La sentencia del Alto Tribunal de 21 de mayo de 2010 ha venido a profundizar en el estudio de las exigencias reseñadas y así indica que "En supuestos como el que se examina, de relaciones producidas entre dos personas en un contexto íntimo, existe cierta tendencia a postular para la declaración de la que aparece procesalmente como víctima un plus de credibilidad. Es decir, la aplicación de un estándar de prueba menos exigente. Pero sucede que el derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto, lo que significa que, cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en todos sus elementos centrales, para que resulte justificada una sentencia condenatoria. Y el supuesto argumento -de frecuente presencia, sobre todo implícita- de la necesidad de evitar la impunidad de acciones producidas sin la concurrencia de testigos, privilegiando para ello alguna clase de prueba, no se sostiene. Pues nuestro sistema punitivo conoce una sola



forma de dar respuesta constitucionalmente válida a los actos penalmente relevantes: la fundada en el respeto de la presunción de inocencia como regla de juicio. Y ésta exige que cualquier condena tenga como soporte una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable, racionalmente formada y argumentada de manera convincente a partir de datos probatorios bien adquiridos.

Tal es el contexto en el que hay que tratar del valor que cabe dar a los indicadores jurisprudenciales de "verosimilitud", "ausencia de incredibilidad subjetiva" y "persistencia en la incriminación", de los que la sala de instancia hace uso en la sentencia, en la apreciación de la testifical de cargo.

Estas pautas, tomadas a veces indebidamente con cierto automatismo, cual si se tratase de criterios de prueba legal, tienen sólo un valor muy relativo. En efecto, su incumplimiento podrá servir -en negativo- para desestimar el testimonio en sí mismo inverosímil, el auto contradictorio y el dictado por móviles espurios. Pero es obvio que el relato de una situación imaginaria, bien construido y hábilmente expuesto, podría perfectamente ser presentado como veraz y pasar por tal, después de haber sido mantenido sin alteración en los distintos momentos del trámite. Y se sabe asimismo por experiencia (clínica y también judicial) que hay personas que atribuyen a otro la realización de una conducta punible nunca ejecutada por él, sin propósito de perjudicarlo, sólo como consecuencia de un error de percepción, debido al padecimiento de algún tipo de trastorno o por otras razones, no necesariamente conscientes. Y, además, podría darse igualmente la circunstancia de que alguien, aun odiando, dijera realmente la verdad al imputar la realización de una conducta punible.

En consecuencia, el contenido de una testifical que supere ese triple filtro *no debe* ser tenido como válidamente inculpatario. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera tendría que ser desestimado *a limine* como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio *atendible*, y, por tanto, cabrá pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos. "

En el mismo sentido se expresa la sentencia del Alto Tribunal de 11 de diciembre de 2013 al decir que: "Y, por lo que se refiere a la declaración de la víctima, debe recordarse, como hace la STS nº 409/2004, de 24 de marzo, la oportuna reflexión de esta Sala (STS de 24 de noviembre de 1987, nº 104/02 de 29 de enero y 2035/02 de 4 de diciembre) que, no ignorándose la dificultad probatoria que se presenta en los delitos contra la libertad sexual por la forma clandestina en que los mismos se producen (STS de 12-2-2004, nº 173/2004), es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (SSTS 434/99, 486/99, 862/2000, 104/2002, 470/2003; SSTC 201/89, 160/90, 229/91, 64/94, 16/2000, entre otras), siempre que concurren ciertos requisitos -constitutivos de meros criterios y no reglas de valoración- como:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva, lo que excluye todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza.
- b) Verosimilitud, que se da cuando las *corroboraciones periféricas* abonan por la realidad del hecho.
- c) Persistencia y firmeza del testimonio.

Y, como recuerda la STS nº 1033/2009, de 20 de octubre, junto con la reiteración de esa posibilidad que ofrece la declaración de la víctima para ejercer como prueba de cargo sustancial y preferente, hemos venido reforzando los anteriores requisitos, añadiendo además la ineludible concurrencia de algún dato, ajeno y externo a la persona del declarante y a sus manifestaciones que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba bastante para la condena, sirva al menos de ratificación objetiva a la versión de quien se presenta como víctima del delito."

En este caso, como se ha indicado, concurren todos los requisitos antedichos.

Así refirió la perjudicada en el acto del juicio, coincidiendo sus manifestaciones con lo expuesto en el transcurso de la instrucción por lo que se refiere a este episodio, que el acusado, con quien había finalizado su relación de pareja, razón por la que no se le otorgó la posibilidad de acogerse a la dispensa prevista en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando ella estaba en la cama con sus hijos, quiso llevarse al menor de ellos, oponiéndose la dicente, agarrando ella al bebé y siendo primeramente golpeada por el procesado en el rostro con la mano, volviéndose la declarante que fue entonces golpeada en la espalda por el acusado, sufriendo un sangrado de nariz y avisando a un vecino para que llamara a la policía.

La declaración referida se encuentra avalada en primer lugar por los informes médicos acreditativos de que la víctima, tras los hechos, sufría daños físicos respecto de los cuales el acusado fue incapaz, como hemos visto, de explicar su origen, presentando en concreto, lesiones consistentes en hematomas por digitopresión en brazo izquierdo, dolor a palpación en región nasal y dolor en región escapular izquierda.



Además, se ha contado con el testimonio del vecino anteriormente indicado que refirió haber sido avisado por la víctima través de su teléfono móvil para que llamase a la policía (como así hizo) testigo que refirió haber oído gritos y ruidos y haber visto a Tarsila con la cara ensangrentada.

Y asimismo, el menor, (hijo de la perjudicada) aunque trató de exculpar al acusado de los actos que realizó posteriormente a la agresión a su madre, como veremos seguidamente, en cuanto al ataque perpetrado contra ésta, corroboró la declaración de la víctima, manifestando que su madre y su padrastro estaban enfadados, que el procesado quería llevarse al hijo menor y que su madre no quería entregárselo, golpeando entonces su padrastro a su madre en la nariz, en concreto, con un puñetazo, avisando entonces la perjudicada al vecino para que llamara a la policía, cogiendo entonces el procesado al bebé y llegando al muy poco tiempo la dotación policial.

Finalmente, también avala las manifestaciones de la víctima el testimonio del policía nacional nº NUM002 que relató cómo al llegar a la casa vieron a la perjudicada con la cara ensangrentada, y el del nº NUM003 que, coincidiendo en tales extremos, añadió que la víctima le dijo que el acusado le había propinado puñetazos y patadas.

Es así, por todo lo expuesto que ha de entenderse perpetrado el delito reseñado y que ha de entenderse que nos encontramos ante el subtipo agravado del nº 3 del artículo 153 y ello porque los hechos se perpetraron en el domicilio de la víctima donde (a pesar de la ruptura de la relación) continuaba viviendo el acusado como ambas partes han reconocido, aunque este último negó que su relación con la perjudicada hubiese finalizado totalmente cuando sucedieron los hechos.

Señala a este respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 2 de noviembre de 2004 justificando la razón de esta agravación que "el plus de antijuridicidad está en que el acto se comete en el espacio que debería dar a las personas la mayor intimidad y seguridad que pueden tener, acentuado pues el temor, la angustia y la indefensión de la víctima, al igual que evidentemente facilita tanto la ejecución como la impunidad del hecho (SAP Tarragona 9 Dic. 2003 (LA LEY 784/2004)). Y la de la de la Audiencia Provincial de Barcelona 3 de septiembre de 2007 en que se trata de "una agravación cuya ratio legis se encuentra en la mayor vulnerabilidad que presenta la víctima en el interior del domicilio, y en el mayor peligro que para el bien jurídico protegido conlleva la acción cuando se ejecuta en dicho ámbito, por el inevitable sentimiento de inminencia del mal amenazado que comporta, lo que conlleva una mayor reprochabilidad penal que merece tal conducta allí perpetrada, lo que exige de una inexcusable objetividad."

SEGUNDO: Los hechos declarado probados constituyen un delito de asesinato, cualificado por la alevosía y en grado de tentativa inacabada, del artículo 139.1º del Código Penal en relación con los artículos 16 y 62 del mismo texto legal , al considerar la Sala que, de la prueba practicada en el plenario y que seguidamente se analizará, se deduce que el procesado, tras llegar la policía, utilizó como escudo a su hijo de nueve meses de edad y agarrándole y apretándole fuertemente por el cuello, siendo consciente de que con dicha acción podía ocasionar la muerte del menor, desenlace que, afortunadamente no se produjo, debido a la intervención policial, habiendo llegado, sin embargo, a provocar que el bebé por tales hechos sufriera un corte de su respiración.

Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2014 que: "Como hemos dicho en SSTs. 455/2014 de 10.6 , 311/2014 de 16.4 , 529/2012 de 11.7 , 93/2012 de 16.2 , 632/2011 de 28.6 , 172/2008 de 30.4 , el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato- no sólo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS 415/2004, de 25-3 ; 210/2007, de 15-3).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004 , el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de resultado.



Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado". (Véase STS 1-12-2004 , entre otras muchas).

Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3-7-2006 , bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien en el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sobre el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual contenía su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

En similar dirección la STS 4-6-2011 dice que el dolo supone que el agente se representa en resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

2.- Asimismo se ha señalado como signos externos indicadores de la voluntad de matar, entre otros y como más significativos:

- a) los antecedentes del hecho y las relaciones entre autor y víctima;
- b) la clase de arma utilizada;
- c) la zona del cuerpo a la que se dirige la agresión;
- d) el número de golpes sufridos y lesiones producidas;
- e) las manifestaciones del culpable que acompañaron a la agresión y su actividad anterior y posterior a los hechos; y
- f) las condiciones del lugar, tiempo y circunstancias conexas o concomitantes con la acción;
- g) la causa o motivación de la misma."

En aplicación de la doctrina expuesta y como ya se ha anticipado, considera el Tribunal que el procesado con su acción era consecuente de la posibilidad de acabar con la vida de su hijo, como lo pone de manifiesto, no sólo la concertación desplegada contra el mismo, sino también la actitud mantenida desde la entrada en el domicilio de la dotación policial.

Si bien ha de indicarse que con respecto a este episodio tanto la víctima como su otro hijo (también menor) modificaron en el acto del plenario sus manifestaciones inculpativas para el acusado, negando haber afirmado que este amenazaba con tirar al niño por la ventana y frente ante el vacío probatorio los testimonios de los agentes de policía no son bastantes para deducir con claridad que, además, de producir el corte de respiración de su hijo al agarrarle del cuello, el procesado hiciese además de tirar al niño al vacío, el hecho de apretar fuertemente el cuello de un menor de tan corta edad mientras que, como veremos, decía que iba a matarle es suficiente para entender perpetrado el delito reseñado y para justificar la calificación anteriormente indicada.



Ha de señalarse, así, en primer lugar que la víctima modificó su declaración de instrucción negando haber dicho a la policía que el acusado amenazaba con tirar al niño por la ventana, afirmando que solo manifestó a los agentes que tuvieran cuidado porque había una ventana abierta y cambiando, además, sus manifestaciones sobre el estado en que estaba el bebé cuando fue rescatado por la dotación policial indicando que el mismo estaba "rojo" en lugar de "azul" como dijo ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, manifestándose en su exploración en el mismo sentido el hijo menor de la perjudicada que si bien, como hemos visto, relató la agresión de que fue objeto su madre y aun afirmando entender bien el idioma árabe, negó en el acto del plenario que su padrastro amenazase con tirar a su hermano por la ventana, negó que por el procesado se dijese "lo mato, lo mato" y, al igual que su madre cambió su descripción sobre el color que, tras los hechos, presentaba el bebé.

Al respecto de casos, como el presente en los que se produce modificación de las manifestaciones con respecto a lo declarado en el trascurso de la instrucción, cabe citar la sentencia de esta Sección de 4 de mayo de 2009 al señalar que: "la jurisprudencia ha venido declarando (SSTS 26 febrero [RJ 1992 \1346] y [RJ 1992\1349] y 10 septiembre [RJ 1992\7108] 1992 y 15 julio [RJ 1993\6096], 3 [RJ 1993\9242] y 20 [RJ 1993\9579] y [RJ 1993\9580] diciembre 1993, entre otras), de conformidad también con la propia doctrina constitucional (así, SSTC 137/1988 [RTC 1988\137] y 161/1990 [RTC 1990\161]), que en la facultad de apreciación de la prueba que el artículo 741.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede al Tribunal de instancia entra el estimar, entre las declaraciones contradictorias de una misma persona -acusada o testigo-, aquella que a su juicio valorativo resulte más convincente y se acomode mejor a los datos disponibles y a la realidad de los hechos, pudiendo para ello confrontar entre sí las distintas declaraciones prestadas para elegir la que, en conciencia, considere ajustada a la verdad."

En este caso, desde luego, aparecen como más verosímiles las manifestaciones ofrecidas por la víctima y su hijo durante la instrucción, pues, desde luego, no resulta muy creíble que la víctima indicar, sin más motivo que había una ventana abierta en el domicilio o la total coincidencia respecto del color que presentaba el menor tras los hechos en las primeras declaraciones y su modificación en el plenario, por en todo caso el testimonio de los agentes de policía intervinientes en las diligencias y la pericial forense practicada en el plenario son bastantes y suficientes para entender perpetrado el delito de asesinato en grado de tentativa anteriormente referido aun prescindiendo que el acusado dijese o no que iba tirar por la ventana al menor.

El policía nacional nº NUM002 refirió con todo detalle y precisión cómo cuando llegaron al domicilio de la pareja la víctima se abrazó a su compañera diciendo que el procesado decía que iba matar al bebé, encontrando al entrar al procesado con el niño cogido de las axilas y cómo cuando se acercaban hacía ademán de acercarse a la ventana, sentándose, finalmente, con el bebé en el sofá teniendo agarrado al menor, tratando los agentes de negociar para que soltara al niño, apretándole el procesado en un momento dado, de tal forma que dejó de llorar quedándose "blanco y cianótico" con los labios morados "lo que motivó que intervinieran abalanzándose todos y logrando rescatarle."

También relató el agente que le dijeron al procesado que dejara de apretar al menor porque le estaba matando.

La policía nacional nº NUM003 relató que cuando llegaron a la casa la víctima dijo que el acusado quería tirar al bebé por la ventana y que cuando el episodio concluyó el niño estaba muy nervioso y agitado.

Refirió el policía nacional nº NUM004 que entraron en el domicilio para apoyar al otra dotación y que el acusado decía que tenía que salir con el niño porque si no, lo mataba, describiendo, al igual que su compañero nº NUM002 cómo el procesado cuando ellos se acercaban apretaba al bebé, indicando que, efectivamente, pensaron que el niño estaba en peligro porque el acusado "ejercía mucha presión", que cuando lo rescataron puede decir que la fuerza con la que el apretaba era mucha y que el bebé ya no lloraba y estaba "un poco azul".

Relató el nº NUM005 cómo el acusado llegó a decir en español "le mato" cuando ellos trataron de tranquilizarle para que entregase al niño, y que pensaron que él había matado porque le apretaba con mucha fuerza y había dejado de llorar.

El nº NUM006 coincidió en lo referido por sus compañeros, describiendo cómo el procesado agarraba fuertemente del cuello al bebé y cómo éste que en un principio lloraba se calló siendo entonces cuando intervinieron.

Coincidió el nº NUM007 al afirmar cómo el acusado en algún momento se expresó diciendo algo así como "lo mato" y que cada vez apretaba más fuerte el cuello del bebé, lo que motivó la intervención de los agentes para arrebatarle al niño.

De lo expuesto, pues, se infiere que el procesado al apretar del cuello al menor era consciente de que podía acabar con su vida, como pone de manifiesto que según todos los testimonios el niño dejase incluso de llorar por dicha causa, habiendo de hacerse en este acto mención, además, a la prueba pericial practicada en el acto



del plenario al ratificarse y ampliarse por los Dres. Juan Ramón y Celestino los informes médicos elaborados al efecto y explicarse por dichos facultativos como la acción del procesado de apretar el cuello de su hijo, podría haber llegado a acabar con la vida del mismo por cuanto que la misma constituiría un mecanismo de asfixia mecánica, "parecida al estrangulamiento, sofocación o aplastamiento", al interrumpir la presión referida " el fluido de aire" lo que pone en riesgo la vida de quien padece tal agresión, precisando, además el Dr. Celestino cómo el aspecto morado o cianótico que describieron los policías presentaba el menor se correspondía con una "insuficiencia respiratoria aguda" y que le bebé podría haber permanecido en dicha situación con vida "muy poco tiempo"

TERCERO: Considera el Tribunal que de la prueba practicada en el acto del juicio oral se infiere que no solo el acusado intentó, como hemos visto, dar muerte a la víctima sino que realizó tales hechos de manera que no pudo defenderse, siendo por ello que se entiende nos encontramos ante una tentativa de asesinato cualificado por la alevosía del artículo 139 1º del Código Penal .

Así, establece el artículo 139 del Código Penal que "Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.ª Con alevosía.
- 2.ª Por precio, recompensa o promesa.
- 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido."

Define el artículo 22 del texto punitivo en su último párrafo la referida agravante diciendo que: "Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido."

Encuadra los hechos el Tribunal en el artículo 139.1 del Código Penal , a la vista de la actividad probatoria desplegada en el plenario en el acto del juicio, así como por la pericial médica anteriormente referida.

Por lo que se refiere a la concreta cualificación por alevosía del nº 1 del artículo 139, establece el citado precepto que "Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.ª Con alevosía," consagrando el artículo 22.1ª como agravante dicha circunstancia y estableciendo que " Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

E indica la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 que:"El asesinato, palabra cuyo origen etimológico está curiosamente ligado al término árabe "haschís", tan de actualidad ahora porque con él se designa uno de los modos de preparación de la droga derivada del cáñamo indico o "Cannabis Sativa", tiene precisamente su más caracterizada modalidad en la llamada muerte alevosa o a traición, recogida ya de antiguo en diversos fueros municipales, en el Fuero Real y luego en Las Partidas, apareciendo ligada a la tradición caballeresca de la Edad Media como la modalidad más grave del homicidio en contraposición a aquel que se producía cara a cara y en desafío."

Continúa diciendo la citada resolución que "El asesinato en su modalidad alevosa se encuentra presente en todos nuestros Códigos Penales, desde el primero de 1.822 hasta el texto ahora vigente, aunque extrañamente desapareció la palabra asesinato del de 1.848."

Y que "En el Código Penal vigente, en el art. 22.1º, la alevosía se encuentra expresamente delimitada en su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, concretándose como la primera de las circunstancias que cualifican el asesinato en el art. 139 de dicho código. Aparece definida por la utilización de medios, modos o formas de ejecución que aseguran la realización del delito porque no existe riesgo para el sujeto activo del hecho que procediera de la defensa que pudiera hacer el ofendido. Es decir, el núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo.

Tal eliminación de posibilidades de defensa puede derivarse de la manera de realizarse la agresión, bien de forma proditoria o alevosa, cuando se obra en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que el que va a ser la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante o atacantes hasta el momento mismo del hecho, bien de modo súbito o por sorpresa, cuando el agredido, que se encuentra confiado con el agresor, se ve atacado de forma rápida e inesperada. También puede haber alevosía como consecuencia de la particular situación de la víctima, ya por tratarse de persona indefensa por su propia condición (niño, anciano,



inválido, ciego, etc.), ya por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, sin conocimiento, anonadada, etc.)."

En aplicación de la doctrina expuesta tratándose la víctima de un menor y en concreto de un bebé de solo nueve meses de edad, la cualificación referida ha de ser aplicada, pudiendo citarse además la reseñada la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005 resolución, según la cual "La indefensión de un bebé... convierte en alevosa cualquier agresión contra su persona."

CUARTO: Como también se ha indicado, al no haberse producido al muerte del menor ha de considerarse perpetrado el delito de asesinato en grado de tentativa, siendo esta inacabada conforme a lo establecido en los artículos 16 y 62 del Código Penal .

Señala la sentencia de 2 de noviembre de 2007 que "El art. 16 del Código Penal define la tentativa "asimilando" los supuestos en que el sujeto realiza la totalidad de los actos de ejecución y aquellos en los que no todos esos actos son ejecutados. En todo caso los actos han de ser de tal naturaleza que objetivamente deberían producir el resultado. Es decir que, mientras no exista esa idoneidad, y, por ello, peligro de que ocurra el resultado, no se habrá alcanzado la frontera o límite mínimo, del acto sancionable con pena. Y, de producirse el resultado, se habrá rebasado la frontera o límite máximo, de la tentativa. Entre uno y otro límite se produce un continuum, iter, con posibles diversos grados de ejecución, sin que se pueda acudir a criterios indubitados, que permitan señalar la frontera "interior" entre lo que doctrinalmente se conoce como tentativa acabada y tentativa inacabada, pese a la reconocida relevancia que, ya en sede de normas sobre aplicación de penas, establece el art. 62 del Código Penal , "diferenciando" éstas en función de aquel peligro y del grado de ejecución.

Tal diferencia de pena se justifica porque en la inacabada se intenta el injusto, pero en la acabada se ha podido decir que se realiza el injusto (como en el consumado), aunque el resultado no se produzca.

De la misma manera que la diferencia entre la consumación o la tentativa (en sentido amplio) puede venir determinada por el azar (cualquier causa que no sea dependiente de la voluntad del autor), la frontera entre la tentativa inacabada o la acabada puede ser tributaria de hechos azarosos."

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2005 calificó los hechos como tentativa inacabada con los razonamientos siguientes: "El mayor o menor grado de ejecución del delito no consumado tiene en la ley sólo una traducción legal en punto a la determinación de la pena, y además relativa. Esto es, desaparecida la anterior distinción entre tentativa y frustración, sólo existe ahora una categoría dogmática, la tentativa, y dentro de ella la posibilidad de bajar la pena en uno o dos grados, atendiendo al grado de desarrollo de la ejecución, sin que en el mismo quepa establecer dos fases o categorías diferentes como antaño ocurría con la tentativa y la frustración, aunque tales conceptos puedan servir como criterios orientativos.

De esta manera, siendo el "iter criminis" un proceso sólo completo en la consumación y más o menos realizado en la tentativa, a ese mayor o menor nivel de avance en la realización delictual corresponderá respectivamente la rebaja en uno o dos grados que prevé el art. 62 C.P . De ahí que la distinción doctrinal entre la tentativa inacabada y acabada tiene su relevancia y reflejo en la regla del artículo 62, al aludir en ella al grado de ejecución alcanzado. Deben, pues, distinguirse a tales efectos dos niveles de desarrollo: uno en el que el autor no ha dado término a su plan, y otro en el que ha realizado todo cuanto se requería según su proyecto delictivo para la consumación, que podrían equipararse a la tentativa y frustración."

Extrapolando la doctrina expuesta al caso presente y como ya se ha enunciado, hemos de considerar que nos encontramos ante un supuesto de tentativa inacabada pues aunque, evidentemente, como ya se ha analizado, el procesado tuvo oportunidad de acabar con la vida de su hijo, la agresión, dadas las circunstancias en que se produjo, esto es, ante la presencia policial y a la vista de los escasos daños físicos sufridos por el menor muerte, ha de estimarse perpetrada de la forma indicada, procediendo rebajar en dos grados la pena a imponer al procesado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 del Código Penal , precepto según el cual: "A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado."

QUINTO: De dichos delitos es responsable en concepto de autor el procesado Romualdo por la participación directa, material y voluntaria que tuvo en su ejecución.

SEXTO: En la realización del delito de asesinato en grado de tentativa ha concurrido la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco.

Así es: establece el artículo 23 del Código Penal que "Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado



cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente."

Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2006 que "Recordemos que nos hayamos ante la interpretación de una agravante genérica, de carácter mixto además y por ende ambivalente, que debe ser interpretada con precisión puntual, según el sentido atenuatorio o agravatorio de sus efectos, a partir del fundamento que le da sentido."

Y la sentencia del Alto Tribunal de 10 de noviembre de 2006 viene a concretar que "Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 682/2005, de 1 de junio, que la circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate, y que en los delitos contra las personas, su carácter de agravante no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley dirigido a evitar esa clase de conductas en esos casos, o como se declara en la Sentencia 147/2004, de 6 de febrero, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio pietatis causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación."

A la vista de esta doctrina, considera el Tribunal que concurre la circunstancia indicada al tratarse la víctima del hijo del procesado lo que justifica sobradamente la apreciación de la agravante.

SÉPTIMO: En la realización de los dos delitos por los que se condena al procesado concurre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante nº 5 del artículo 21 del Código Penal de reparación del daño.

Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2000 que "Tal como ha quedado redactada en el Código de 1.995 la atenuante 5ª del artículo 21, considera como circunstancia atenuante, la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral. Como puede verse existe un elemento cronológico, que elimina las posibilidades de aplicación de la atenuante cuando la reparación se lleva a cabo después de que ha comenzado la celebración del juicio oral. "Continúa diciendo esta resolución que " El legislador emplea el término reparación en un sentido amplio más allá de la estricta significación que se deriva del artículo 110 del Código Penal como una modalidad de la responsabilidad civil que tiene un innegable matiz jurídico-civilista. Cualquier forma de reparación del daño o de la disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución o de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Se trata con ello de procurar la ayuda a las víctimas, de incentivar la reparación, desde el punto de vista de una política criminal orientada a potenciar los nuevos criterios derivados de las modernas corrientes victimológicas. Como se ha señalado, es conveniente primar a quien se comporta de manera que satisface un interés general, que afecta a toda la comunidad como es la protección de los intereses de las víctimas. También se ha dicho por la doctrina, que la colaboración voluntaria del autor puede ser valorada como un indicio de su predisposición a una regeneración que disminuya su peligrosidad."

Para su apreciación "se prescinde de toda exigencia subjetiva siendo suficiente con que la reparación o disminución del daño se produzca de manera efectiva y de acuerdo con las posibilidades y capacidad económica del autor de los hechos. La atenuante es un tanto selectiva y discriminatoria, en cuanto que deja fuera de sus posibilidades a las personas que carecen de recursos económicos, pero también sería injusto prescindir de ella en los casos en que el autor desarrolla una conducta activa de reparación o disminución del daño. Cierto es que no es necesaria exclusivamente una actuación indemnizatoria de carácter económico ya que la atenuante pudiera tener entrada en los supuestos en que se produce la restitución de los bienes o cuando el culpable trata de reparar los efectos del delito por otras vías alternativas, como la petición de perdón o cualquier otro género (donación de sangre) de satisfacción que, sin entrar directamente en el tipo podrían tener un cauce por el camino de la analogía."

Abundando en lo expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2003 ha venido a señalar que: "Como ha recordado la sentencia de esta Sala núm. 285/2003, de 28 de febrero, la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se contemplaba en el Código Penal anterior en el ámbito



de la atenuante de arrepentimiento espontáneo. Sin embargo, en el Código Penal de 1995 se configura como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la configuración de la atenuante anterior.

Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante «ex post facto», que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del Legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito."

Continúa diciendo la sentencia que: "Como consecuencia de este carácter objetivo, su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial.

El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del Legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica (STS 4 de febrero de 2000).

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal , pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante.

Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 de febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril , entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante."

Y que "Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencia núm. 285/2003, de 28 de febrero , entre otras), lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad.

Al mismo tiempo la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena. Por ello la indemnización de perjuicios, que incluye el daño moral, permite aplicar esta atenuante incluso en delitos en los que no han existido daños de carácter material, como son los delitos contra la libertad sexual (Sentencia núm. 1029/1999, de 25 de junio)."

Además "La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 de octubre , 1474/1999 de 18 de octubre , 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio).

No puede exigirse que la reparación del daño sea necesariamente total, despreciando aquellos supuestos en el que el autor hace un esfuerzo de reparación significativo, aunque sea parcial, pues el Legislador ha incluido también en la atenuación la disminución de los efectos del delito, y es indudable que una reparación parcial significativa contribuye a disminuir dichos efectos".

Aplicando la doctrina expuesta al presente caso, procede la apreciación de la atenuante propugnada por la defensa del procesado, pues por parte del mismo se consignó la cantidad de trescientos euros en concepto de indemnización los perjudicados y ello aunque por la víctima se renunciase a la indemnización que, derivada de estos hechos, pudiere corresponderle.

OCTAVO : Por lo que se refiere a las penas a imponer la procesado por lo que respecta al delito de lesiones en el ámbito familiar por violencia de género de tipo agravado por perpetrarse en el domicilio común la concurrencia de la atenuante indicada en el anterior Fundamento Jurídico, procede la imposición de la pena



mínima prevista para el meritado tipo penal esto es, la pena de nueve meses y un día de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, privación de la tenencia y porte de armas por dos años y un día y prohibición de acercarse a menos de quinientos metros, así como para salvaguardar de todo punto la tranquilidad de la perjudicada de comunicarse con Tarsila por tiempo de un año ,nueve meses y un día.

NOVENO : Por lo que se refiere al delito de asesinato en grado de tentativa (inacabada), dada la concurrencia, como hemos visto de una circunstancia agravante y una atenuante las mismas deberán compensarse, según lo establecido en el artículo 66 7.ª del Código Penal preceptos según el cual: "Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena." y así dado que nos encontramos ante un supuesto de tentativa inacabada procederá la imposición de las penas de tres años y nueve meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y prohibición de acercarse a menos de quinientos metros y de comunicarse con el menor Pio por tiempo de cuatro años y nueve meses, prohibición que para asegurar la tranquilidad de los menores y de su madre deberá extenderse al también menor (hijo de la perjudicada) Ignacio , como propugna el Ministerio Fiscal.

Por lo que respecta la pena de privación de la patria potestad solicitada por el Ministerio Fiscal establece el artículo 56 del Código Penal que: "En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código .

A este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2015 , aun recordando que imposición de la pena referida no es vinculante sino potestativa, exigiendo por ello una motivación específica, recuerda que la peculiaridad de la posible imposición de tal pena de privación de la patria potestad prevista en el artículo 55 del Código Penal es que aparece prevista, aunque con carácter potestativo pero de forma general en todo delito castigado con pena igual o superior a diez años, exigiéndose una vinculación entre el delito y la privación del derecho a la patria potestad, esto es, siempre que exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de la patria potestad. En contundentes términos el Alto Tribunal expresa: "Ciertamente repugna legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno...." ,recordando asimismo que la patria potestad se integra, según lo establecido en el artículo 155 del Código Civil por una serie de deberes de los padres para sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de las menores que es el fin primordial de la misma, debiendo acordar tal privación, de proceder, en el propio proceso penal evitando dilaciones que si siempre son perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor", precepto que ha de considerarse de aplicación con el caso presente por cuanto que se ha enjuiciado una tentativa de asesinato contra el hijo que parece como víctima y, por tanto, con relación directa con el ilícito por el que se condena al procesado.

DÉCIMO : Además, de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, tratándose el procesado de un extranjero que se encuentra irregularmente en nuestro país, procede la aplicación de lo establecido en el artículo 89 del Código penal , preceptos según el cual "1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional."

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009 "El primer párrafo de la norma, que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años de prisión "(aplicado por el juzgador de instancia) "ha sido objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su literalidad y adecuar su interpretación a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, en las SSTS 901/2004, de 8 de julio , y 906/2005, de 17 de mayo , se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal , en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso



los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defentistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión.

Continúa diciendo la citada resolución que: "Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTS 1231/2006, de 23-11 ; 35/2007, de 25-1 ; 108/2007, de 13-2 ; 140/2007, de 26-2 I; 166/2007, de 14-2 I; 682/2007, de 18-V-2 ; 125/2008, de 20-2 ; 165/2009, de 19-2 ; y 498/2009, de 30-4 , entre otras)."

Por su parte, el Tribunal Constitucional, con anterioridad al Código Penal de 1995, en la sentencia 242/2004, de 20 de julio , con motivo de aplicar la medida de expulsión en una sentencia penal, argumentó que " precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación -la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor- que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39,1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión".

No cabe duda que la aplicación de los dos primeros párrafos del art. 89 del C. Penal a partir de la reforma por Ley Orgánica 11/2003 ha evidenciado su difícil compatibilidad con los fines del ordenamiento jurídico penal y ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad, evitando también no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España."

En aplicación de la doctrina expuesta y que dado el presente caso se ha procedido a dar audiencia al procesado por el Tribunal habiendo aceptado el mismo, que se encuentra en España en situación irregular, la sustitución de la pena que pudiera imponerse en el presente procedimiento por su expulsión del territorio nacional, procede acordar la sustitución referida, con la prohibición de que el mismo, y que conforme a lo establecido en el artículo 89. 5 según el cual " El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado" considera el Tribunal adecuado a la gravedad de los hechos que la prohibición referida lo sea por el tiempo máximo fijado por el meritado precepto de diez años.

UNDÉCIMO: Las costas procesales vienen impuestas legalmente a todo responsable de delito, que lo es también civilmente a los fines de reparar sus efectos, no procediendo en el presente caso fijar indemnización alguna a favor de la víctima por haber la misma renunciado a la que, derivada de estos hechos, pudiera corresponderle.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación al caso, administrando justicia en nombre del Rey:

FALLAMOS:

Que debemos condenar y condenamos al procesado como responsable penalmente en concepto de autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar por violencia de género de subtipo agravado por perpetrarse en el domicilio común, con concurrencia de la atenuante de reparación del daño a la pena de nueve meses y un día de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, privación de la tenencia y porte de armas por dos años y un día y prohibición de acercarse a menos de quinientos metros y de comunicarse con Tarsila por tiempo de un año, nueve meses y un día y como autor de un asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal agravante de parentesco y atenuante de reparación del daño a la pena de tres años y nueve meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y prohibición de acercarse a menos de quinientos metros y de comunicarse con los menores Pio



y a Ignacio por tiempo de cuatro años y nueve meses, así como a la pena de privación de la patria potestad del menor Pio referido y al abono de las costas procesales.

Las penas privativas de libertad indicadas se sustituyen por la expulsión del procesado del territorio nacional, al cual no poder regresar durante un periodo de diez años.

Contra esta Sentencia cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, conforme al artículo 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Visto el Fallo recaído en la presente resolución procede mantener las medidas cautelares durante la tramitación de los eventuales recursos (art. 69 LO 1/04).

Así por esta sentencia, de la que se llevará Certificación al rollo de sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-

Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ