

Roj: **STS 4771/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4771**Id Cendoj: **28079120012016100837**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/11/2016**Nº de Recurso: **10237/2016**Nº de Resolución: **823/2016**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP O 394/2016,**
STS 4771/2016

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 10237/2016 interpuesto por Vidal , representado por el Procurador D. Roberto Muñoz Solís bajo la dirección letrada de D. Miguel Ron Ribera, contra la sentencia n.º 104/2016 dictada el 8 de marzo de 2016 por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera , en el Rollo de Sala Sumario Ordinario 60/2015, en el que se condenó al recurrente Vidal como autor penalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa, del artículo 139.1º del Código Penal , en relación con los artículos 16 y 62 del mismo texto legal , con la concurrencia de la agravante de parentesco.

Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia Sobre la Mujer número 1 de Oviedo incoó sumario 137/2015 por delito de homicidio, en grado de tentativa, contra Vidal , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera. Incoado el Sumario 60/2015. con fecha 8 de marzo de 2016 dictó sentencia n.º 104/2016 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

« Vidal , mayor de edad y sin antecedentes penales computables, que mantenía desde hacía unos dos años una relación sentimental de pareja con convivencia con Aida , el 10 de abril de 2015, en su domicilio, sito en el Lugar DIRECCION000 , nº NUM000 , de Santa María de Piedramuelle, Oviedo, después de estar tomando unas sidras, comenzó insistente y acaloradamente a pedirle explicaciones acerca de un número de teléfono que Aida tenía apuntado en un papel, reaccionando violentamente, la golpeó y la insultó, cuando le dijo que no sabía nada sobre él.

A continuación Aida se acostó y pasado un rato, cuando ya estaba dormida, Vidal cogió una botella que contenía gasolina, entro en el dormitorio donde descansaba Aida y la rocío con ella, prendiéndola fuego.

Entonces Aida , al oler la gasolina y ver un fogonazo sobre su cuerpo, se despertó envueltas en llamas, comenzando a gritar, ante lo que Vidal la tiró al suelo y trató de apagar las llamas.



Aida resultó con lesiones, quemaduras dérmicas por llama: de 2º grado (superficiales - intermedias) en hemicara izquierda (incluye oreja y región retroauricular, de mayor profundidad) (1,5% de la superficie corporal), profundas en hombro izquierdo (2%), intermedias en dorso de mano izquierda y dedos (1%) e intermedias por chispa en mama derecha (0,5%), al igual que Vidal en las manos, trasladándose al día siguiente al HUCA, donde recibieron asistencia, quedando Aida ingresada.

Aida se puso en contacto con familiares en su país de origen contándoles que había sufrido un accidente, los cuales al no creérselo se lo dijeron a su marido, que a su vez alertó a la Policía y ésta, al confirmar su marido mediante conversación con ella que su pareja le había prendido fuego, a la Guardia Civil, cuyos Agentes se entrevistaron con ella y a los que les manifestó lo mismo que a su marido.

Los Agentes de la Guardia Civil realizaron de modo infructuoso gestiones para localizar a Vidal, que al final se presentó en sus dependencias de modo voluntario, acompañado de un abogado. »

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

« **FALLAMOS**

Que debemos condenar y condenamos a Vidal, como autor penalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa, ya definido, con la concurrencia de la agravante de parentesco, a la pena de 12 años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a Doña Aida, a su domicilio, lugar de trabajo, ocio o cualquier otro frecuentado por aquella, a una distancia inferior a 500 metros, y de comunicación con ella por cualquier medio, directo o indirecto, por tiempo 17 años, a que indemnice al Servicio de Salud del Principado de Asturias en aquella cantidad que se determine en ejecución de sentencia consistente en el importe de la asistencia prestada a la referida Doña Aida por las lesiones que ilícitamente le causó, con aplicación de los intereses legales de los arts. 576 de la LEC y 1108 del CC, y al abono de las costas procesales causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, instruyéndoles que no es firme y que procede RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a su notificación, conteniendo los requisitos exigidos en el art. 855 y ss de la LECRM. »

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Vidal, anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional y por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formalizado por Vidal, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero. Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia e infracción de los artículos 24 y 53 de la Constitución Española.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2º LECrim., por error en la apreciación de las pruebas, basado en documentos que obran en autos, y que no resultan contradichos por otras pruebas.

Tercero.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECrim., por pura infracción de ley al haberse infringido, dados los hechos declarados probados en la sentencia objeto del recurso, el artículo 16.2 del vigente Código Penal.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 16 de junio de 2016, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos 1º y 2º del recurso e interesó su desestimación, y apoyó el motivo 3º del mencionado recurso. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 6 de octubre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 8 de marzo de 2016, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en su Rollo de Sala 60/15 (dimanante del Procedimiento Ordinario 137/15, de los del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Oviedo), dictó sentencia por la que se condenaba a Vidal como autor de un delito intentado de asesinato, con la concurrencia de la agravante de parentesco, a la pena de 12 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de comunicarse o aproximarse a Dña. Aida a una distancia inferior a 500 metros por tiempo de 17 años. El Tribunal asentó su pronunciamiento de condena en un relato fáctico que tiene por acreditado que el 10 de abril de 2015, Vidal, como reacción a



una discusión que había tenido con su pareja Aida y cuando esta estaba ya dormida en su cama, la roció con la gasolina contenida en una botella y la prendió fuego. Aida se despertó de inmediato y comenzó a gritar, motivando que el acusado la tirara al suelo y tratara de apagar las llamas; lo que consiguió, no obstante las graves quemaduras sufridas por la mujer.

Frente al pronunciamiento de condena, el recurrente -como primer motivo de casación- denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24 CE.

Entiende el condenado que los indicios que han servido de base para fundamentar la condena, no pueden considerarse válidos, ni suficientes, para enervar su derecho fundamental a ser presumido inocente. El alegato continúa evaluando cada uno de los indicios en los que el Tribunal de instancia ha fundado su sentencia de condena, pero contraponiendo una explicación plausible que busca desactivar la fuerza incriminatoria que se atribuye al indicio. De este modo -y en esencia-, afirma que las quemaduras sufridas por su pareja fueron debidas a un accidente doméstico, concretamente que se inflamó la botella de gasolina con la que su compañera pretendía arrancar el encendido de la cocina de carbón de su vivienda (asegura que esa es la explicación que él acusado recibió de su compañera) y añade que no puede evaluarse como indicio de culpabilidad el que los peritos no detectaran gasolina en los restos de la combustión del fogón o que no apreciaran olor a gasolina en la cocina, pues esos vestigios tampoco se manifestaron en el dormitorio, de suerte que son inoperantes para reforzar una u otra tesis. Recalca también que la fibra textil impregnada con restos de gasolina que se encontró adherida a una sábana, se recogió diez días después de acaecidos los hechos y cuando la ropa de cama estaba colgada en el tendedero, por lo que argumenta que la fibra puede tener un origen diferente del que se le atribuye. Sostiene además que el testimonio del exesposo de Aida - en el que expresó que el origen de las quemaduras está en la acción violenta del acusado- no es revelador de nada, puesto que el testigo no fue testigo directo y su relato no reproduce lo que le haya podido contar la propia víctima, sino que expresa la versión de unos parientes de la lesionada que desconfiaban de que Aida pudiera haber sufrido un accidente. Y termina argumentando que es meramente especulativa la consideración del Tribunal de instancia de que las lesiones objetivadas en Aida no son compatibles con el accidente, mientras la sentencia las percibe claramente conformes con la acción delictiva que se declara probada.

Ya en su sentencia 31/1981, de 28 de junio, el Tribunal Constitucional estableció que la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general de derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos. El artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10-12-1948, dispone que "*toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley a un juicio público en que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*". De igual modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 16-12-1966 establece en su artículo 14.2 que "*toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley*" y nuestra Constitución proclama en su artículo 24.2 "*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables, y a la presunción de inocencia*". En todo caso, como se ha explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS 1126/2006, de 15.12 ; 742/2007, de 26.9 o 52/2008, de 5.2), "*cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio*". Una verificación que alcanza a que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/01, de 12.7) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

Debe recordarse también que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la de esta Sala, han reconocido la validez de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (Ver, entre las más recientes, la SSTS 500/2015, de 24 de julio y 797/2015, de 24 de noviembre, así como las SSTC 133/2014, de 22 de julio y 146/2014, de 22 de septiembre). A falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio siempre que se cumplan determinados requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda



comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

Es cierto, como se indica en el recurso, que controlar la racionalidad de la valoración probatoria del Tribunal de instancia, no sólo entraña hacerlo desde la solidez o cohesión lógica entre el hecho base y el acontecimiento deducido, sino desde su calidad concluyente, no siendo razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa (STS 500/2015, de 24 de julio).

En todo caso, la doctrina constitucional refleja que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia " *cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada* " (STC 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 4 y 23), debiendo rechazarse las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional, advirtiendo el Tribunal Constitucional (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio , FJ 22) que, " *cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado ...*".

Proyectada esta doctrina al caso enjuiciado, no puede sino desestimarse el recurso que se interpone. El Tribunal de instancia asienta su pronunciamiento de condena en la confluencia de una pluralidad de indicios que sugieren racionalmente la responsabilidad que se ataca y que todos en su conjunto no hacen sino conformar un grado de certeza que se ajusta con rigor a las reglas valorativas que presiden cualquier proceso deductivo intelectual. En primer lugar, que los hechos no tengan el origen accidental que afirma el recurrente y que las graves quemaduras sufridas por Aida lo fueran por haber sido rociada con gasolina por el acusado y haberle éste prendido fuego inmediatamente después, es una posibilidad que se manifestó por el exposito de la lesionada, Sergio , quien manifestó en el acto del plenario -contrariamente a lo que sustenta el recurso- que es cierto que fue alertado por una sobrina de Aida y que ésta desconfiaba de la versión del accidente, pero añadió que la sobrina le proporcionó el número de teléfono de su exmujer, gracias a lo cual pudo contactar con ella, relatándole Aida -en los mensajes de texto que se intercambiaron- que las lesiones se las había causado el acusado en la forma que la sentencia recoge en su relato fáctico. Una versión que reproducen los agentes de la Guardia Civil que llevaron las pesquisas derivadas de estos hechos, quienes aseveraron en juicio que cuando visitaron a la lesionada en el hospital, les refirió el brutal ataque que el recurso niega. Ambas referencias se muestran coherentes con la decisión de la víctima de acogerse a su derecho a no declarar contra quien fue su pareja, sin que se justifique la negativa a relatar un accidente -como el propio Tribunal evalúa-, de haber sido el suceso verdaderamente acontecido.

En todo caso, los testimonios vienen además reforzados por corroboraciones periféricas de base objetiva, que resultan incompatibles con la versión de descargo. Así ocurre con la localización de las quemaduras sobre el cuerpo de la víctima. Contrariamente a lo que el recurso sostiene, no puede tacharse de mera conjetura que la ubicación de las lesiones sea demostrativa del relato acusatorio. La prueba documental obrante en autos y el informe pericial prestado, muestran que las quemaduras afectaron a la hemicara izquierda, el hombro izquierdo, el dorso de la mano izquierda y -por chispas- en la mama derecha de la lesionada. Reflejan pues su compatibilidad con haber sido rociada con el combustible cuando se encontrara durmiendo en *decúbito lateral* y desde luego son incompatibles con quien realiza manualmente la labor de encender ningún fuego. Por otro lado, es objetivo que se encontraron fibras textiles impregnadas de gasolina en las sábanas del dormitorio, lo que nuevamente conexas lo ocurrido con la versión acusatoria.

Desde estas sugerencias, el comportamiento posterior tampoco es sugestivo de haberse producido un accidente, que sólo el acusado sostiene. En primer lugar, porque no se acudió al hospital de inmediato (en la noche del día 10 de abril de 2015), sino que se hizo bien avanzado el día siguiente (sobre las 14.00 horas); sin duda a la vista de que la gravedad de las lesiones imponía no ocultar más los hechos, pues las dificultades de desplazamiento que aduce el acusado que tenían en la noche, no sólo son evanescentes, sino que no justifican eludir la petición de auxilio que reclamaba unas quemaduras de semejante entidad. En segundo lugar, porque el acusado, si bien acompañó a la lesionada en el hospital durante los primeros días en los que estuvo ingresada, desapareció cuando supo de las pesquisas policiales tardíamente iniciadas, no siendo localizado hasta que se personó en las dependencias policiales acompañado de un abogado.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso, formulado por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM , argumenta error de hecho en la apreciación de la prueba, materializado en diversos documentos obrantes en autos que muestran la equivocación del juzgador.



El motivo sostiene nuevamente que las pruebas han sido indebidamente interpretadas y que la culpabilidad que declara la sentencia es contraria a lo que resulta de la prueba de inspección ocular y al sentido de los dictámenes periciales prestados en el acto del juicio oral.

La estricta observancia de la jurisprudencia estable de esta Sala (ver por todas STS 1205/2011) indica que la previsión del art. 849,2º LECRIM exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados, para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia de esta Sala que el error fáctico o material se muestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; así como que el dato que el documento acredite, no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite, una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30.9).

De este modo, en nada contradice la valoración antes expuesta, que la diligencia de inspección ocular no refleje -10 días después de los hechos- ningún vestigio de incendio en el dormitorio o la cocina de la vivienda del acusado y desde luego tampoco lo hace que esta realidad se corroborara por los peritos, cuyos dictámenes -por otro lado- no tienen la consideración de documentos, por más que tengan un respaldo documental adelantado a su intervención personal en el acto del plenario.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Su último motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM , al haberse infringido el artículo 16.2 del vigente código penal .

Sostiene el recurso que si el condenado trató de apagar las llamas (y de hecho lo consiguió), hasta el punto de haber sufrido él mismo quemaduras durante su actuación, debe entenderse que se ha producido un desistimiento activo que le exime de su responsabilidad criminal por el delito intentado de asesinato. Solicita en consecuencia su libre absolución o, alternativamente, que sea condenado a la pena de 2 años de prisión por un delito de lesiones en el ámbito familiar.

El artículo 16.2 del CP dispone que: " *Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito*". El precepto recoge la figura del desistimiento voluntario, atribuyéndole efectos excluyentes de la responsabilidad criminal por razones de política criminal, al presentar el ordenamiento jurídico un aliciente para que el autor abandone la realización criminal ya iniciada, potenciando de este modo la protección del bien jurídico que constituye la razón de ser de la correspondiente norma penal.

El precepto contempla dos supuestos diferentes de operatividad de la excusa absolutoria: el desistimiento propiamente dicho, que consiste en el abandono por el agente de la acción delictiva ya iniciada, interrumpiendo o abandonando la progresión de la misma en un momento del " *iter criminis*" en que lo realizado no conlleva la producción del resultado (desistimiento pasivo, apreciable en la tentativa inacabada) y, en segundo lugar, lo que se conoce como el desistimiento activo, que tiene lugar cuando la acción realizada tiene ya eficacia para producir el resultado dañoso contemplado por la norma penal (tentativa acabada), pero se evita real y eficazmente su acaecimiento, por una actividad positiva del propio agente. En todo caso, siempre se requiere la concurrencia de un aspecto subjetivo representado por la voluntad del sujeto de apartarse libre y voluntariamente del hecho criminal, como expresión de una voluntad propia de retorno a la legalidad, único supuesto en el que se justifica el tratamiento privilegiado que el legislador contempla.

Lo expuesto muestra que en el caso de autos concurren todas las exigencias de exclusión de la responsabilidad por el delito de asesinato iniciado. El hecho probado de la sentencia recurrida declara efectivamente que " *Aida se acostó y pasado un rato, cuando ya estaba dormida, Vidal cogió una botella que contenía gasolina, entró en el dormitorio donde descansaba Aida y la roció con ella, prendiéndola fuego*". No obstante añade el propio relato fáctico que: " *Entonces Aida , al oler la gasolina y ver un fognazo sobre su cuerpo, se despertó envuelta en llamas, comenzando a gritar, ante lo que Vidal la tiró al suelo y trató de apagar las llamas*", lo que -como se destaca en el recurso- consiguió con su actuación, pues la propia sentencia reconoce (FJ 6º) que " *nos encontramos ante un supuesto de tentativa acabada pues...el procesado trató de acabar con la vida de la víctima...a pesar de apagar el fuego por él ocasionado al despertarse la víctima y comenzar a gritar*". Una actuación que el propio relato histórico muestra como una reacción libre, personal y contraria a que



se produjera el resultado inicialmente buscado por el acusado, así como plenamente eficaz -como la propia sentencia indica- para evitar que el curso normal del ataque desembocara en la muerte de su víctima.

CUARTO.- En todo caso, el propio legislador contempla en el mismo precepto que por más que se aplique la exención de responsabilidad respecto del delito intentado (como ocurre para el delito de asesinato por el que viene condenado el recurrente), el causante deberá ser sancionado por los delitos que ya se hubieren consumado en el momento de sobrevenir su reacción.

Ante tal coyuntura, el recurrente sostiene que la subsunción típica de las lesiones debe de hacerse con sujeción al artículo 148.2ª (lesiones alevosas), en relación con el artículo 147.1 del CP y solicita por ello que se le imponga la pena de 2 años de prisión. Por el contrario, el Ministerio Fiscal -pese a la adhesión al recurso en lo que hace referencia a la aplicación de la excusa absolutoria respecto de delito de asesinato intentado-, sostiene que las lesiones causadas son subsumibles en el tipo penal que contempla la grave deformidad (art. 149.1 del CP), reclamando que se le imponga la pena de diez años de prisión, en consideración a que la sentencia de instancia declara concurrentes las agravantes de alevosía (art. 22.1 del CP) y de parentesco (art. 23 CP).

Es evidente que la calificación alternativa que sostiene el recurso (lesiones alevosas del artículo 148.2ª CP), silencia y elude la consideración de la agravante de estar el culpable ligado de forma estable a la víctima por relación de afectividad análoga a la marital (art. 23), pues su concurrencia ha sido declarada en la sentencia de instancia -sin que haya sido discutida en el recurso- y conduciría (por aplicación del artículo 66.1.3ª CP) a la imposición de la pena prevista en el artículo 148 en su mitad superior, esto es, de 3 años y 6 meses de prisión, a 5 años. En todo caso, lo que se suscita con ocasión del recurso es si las lesiones resultantes pueden ser constitutivas de la grave deformidad contemplada en el artículo 149.1 del CP o aún de la simple deformidad que describe el tipo penal del artículo 150.

Reiterada jurisprudencia de esta Sala, define la grave deformidad como cualquier irregularidad, anormalidad física o alteración corporal externa, visible y permanente, que suponga una alteración somática de un órgano o de una zona corporal, produciendo una desfiguración o fealdad ostensible a simple vista, con suficiente entidad cuantitativa como para modificar peyorativamente el aspecto físico del afectado (SSTS 1137/04, de 15-10 , 188/06, de 24-2 , 830/07, de 9-10 , 1373/09, de 28-12 o 428/13 de 29-5). En todo caso, su coexistencia con un artículo 150 del CP , en el que se sanciona de manera más atenuada la causación lesiva de una deformidad que no merezca la consideración de *grave*, plantea como cuestión nuclear la ponderación de la entidad de la secuela estética, esto es, la diferencia entre aquellas afectaciones estéticas que pueden ser evaluadas como deformidad grave y aquellas otras que alterando la constitución física del individuo, no justifican que se les reconozca esa importancia o profundidad.

Esta Sala ha declarado que la simple deformidad viene caracterizada generalmente por una alteración estética que no afecta de forma intensa a la actividad funcional de los órganos o de la parte del cuerpo afectado, limitándose a una modificación de la configuración natural del cuerpo producida por una agresión. Por el contrario, la que pudiera ser considerada como deformidad grave, entraña repercusiones funcionales severas que modifican y hacen gravoso el desempeño de funciones esenciales para el desenvolvimiento del ser humano (STS 634/03, de 6-5 o 150/06, de 16-2), pues no debe obviarse que la pena prevista por la causación de estas deformidades, viene equiparada por el legislador a aquellas conductas en las que la actuación lesiva genera la pérdida de un miembro principal o su inutilidad.

En todo caso, dentro de la inhabilitación funcional se incluye la modificación profunda de la configuración natural de las zonas corporales que, de manera esencial, contribuyen a fijar la personalidad del sujeto. Así, la jurisprudencia de esta Sala ha apreciado deformidad grave cuando las lesiones se manifiestan como cicatrices en el rostro y tienen entidad bastante como para hacer perder la fisonomía a quien las padece (SSTS 2443/01, de 29-4 , 388/04, de 25-3 ó 258/07, de 19-7) o cuando estas cicatrices, pese a afectar otras partes del cuerpo, por la conjunción de todas ellas y por la visibilidad del espacio anatómico en el que se ubican, deterioran de manera profunda la proyección pública de su imagen (1696/02, de 14-10). En todo caso, el carácter singular de esta afectación plástica, obliga a atender diversos parámetros de ponderación en el caso concreto, como son: 1) El lugar del cuerpo donde se ubican las secuelas (STS 1096/04, de 5-10); 2) El aspecto físico anterior de la víctima; 3) Las condiciones personales de la víctima o 4) Las circunstancias de naturaleza subjetiva y social de todo orden que, en función de las peculiaridades del caso, deban ser evaluadas por el juzgador (STS 808/06, de 12-7).

La proyección de la doctrina expuesta al caso analizado, permite calificar las lesiones resultantes como determinantes de grave deformidad en la víctima. El relato fáctico de la sentencia de instancia -intangible en consideración al cauce procesal empleado-, recoge que Aida resultó con lesiones por quemaduras dérmicas por llama. Añade que las quemaduras fueron de segundo grado, siendo entre superficiales e intermedias las que tenía en la hemicara izquierda y todavía de mayor profundidad las ubicadas en la oreja y región



retroauricular. Se describen también cicatrices -de la misma profundidad- que afectan a todo el hombro izquierdo y al dorso de la mano izquierda, así como cicatrices de profundidad intermedia por chispa en la mama derecha; recogiendo el informe médico forense cicatriz/lesión eritematosa en zona donante de injerto cutáneo ubicada en el muslo izquierdo. Declara igualmente el Tribunal que las secuelas que tienen su origen en las quemaduras ocupan el 5% de la superficie corporal de la víctima, lo que debe valorarse desde la singularidad de que esta superficie se ubica precisamente en las partes visibles de su anatomía, extendiéndose incluso a lo largo de la mitad de su rostro, con quemaduras profundas en el tercio de la zona auricular. Lo expuesto, puesto en relación con la joven edad de la agredida (37 años a la fecha en que los hechos tuvieron lugar) y la no descripción de otros defectos estéticos previos, muestra una profunda y permanente afectación fisionómica y física que integra la grave deformidad tipificada en el artículo 149.1 del CP ; concurriendo las agravantes de alevosía y parentesco que se declaran en la sentencia de instancia.

III. FALLO

Que debemos estimar parcialmente el motivo de casación por infracción de ley, formulado por Vidal y al que se adhirió el Ministerio Fiscal, para la apreciación de la excusa absolutoria del desistimiento voluntario respecto del delito intentado de asesinato por el que venía condenado el recurrente; sin perjuicio de que los hechos perpetrados deban ser subsumidos en las lesiones con grave deformidad del artículo 149.1 del CP , concurriendo las agravantes de alevosía y de parentesco que ya habían sido apreciadas en la sentencia de instancia. Consecuentemente, debemos declarar y declaramos la nulidad parcial del pronunciamiento de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que en su Sentencia de 8 de marzo de 2016 (Rollo de Sala 60/2015 , dimanante del Procedimiento Ordinario 137/15, del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de Oviedo), declaró la responsabilidad de Vidal , como autor de un delito intentado de asesinato alevoso, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco. Todo ello, con declaración de oficio de las costas causadas con ocasión de la tramitación del recurso correspondiente a esta parte.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al resto de motivos de casación formulados por este recurrente.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tournon Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro
Pablo Llarena Conde Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

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

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil dieciséis.

En la causa Rollo Procedimiento Sumario Ordinario 60/2015, seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, dimanante del Sumario n.º 137/2015, instruido por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 1 de Oviedo, por un delito de homicidio, contra Vidal , DNI NUM001 , nacido en Gijón, Asturias, el NUM002 de 1983, hijo de Nemesio y de Claudia , se dictó sentencia n.º 104/2016 por la mencionada Audiencia el 8 de marzo de 2016 , que ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia pronunciada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



ÚNICO.- #De conformidad con lo dispuesto en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia rescindente,# donde se estimó parcialmente el motivo de infracción de ley y la procedencia de apreciar en el recurrente la excusa absolutoria de desistimiento voluntario respecto del delito intentado de asesinato alevoso por el que venía condenado, pero considerando la actuación realizada hasta tal desistimiento como constitutiva de un delito de lesiones con deformidad grave del artículo 149.1 del CP , concurriendo las circunstancias agravantes de alevosía (art. 22.1 CP) y de parentesco (art. 23 CP), procede condenar a Vidal como autor responsable de este delito, imponiéndosele las penas de 10 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a Aida , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella, a una distancia inferior a 500 metros, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de 17 años (art. 57 y 48 CP).

El Tribunal fija la extensión de las penas, no sólo en consideración a la concurrencia de las circunstancias agravantes de alevosía y parentesco (art. 66.1.3ª), sino evaluando la brutalidad del medio de agresión empleado y la doble concurrencia de circunstancias que agravan su culpabilidad.

III. FALLO

Que debemos condenar y#condenamos#a Vidal , como autor responsable de un delito de lesiones con deformidad grave del artículo 149.1 del CP , concurriendo las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal de alevosía del artículo 22.1 del CP y de parentesco del artículo 23 del mismo texto legal , a las penas de 10 años de prisión, inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a Aida , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella, a una distancia inferior a 500 metros, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de 17 años (art. 57 y 48 CP). Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.#

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tournon Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.