



Roj: **SAP AB 142/2020 - ECLI:ES:APAB:2020:142**

Id Cendoj: **02003370022020100072**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **16/03/2020**

Nº de Recurso: **23/2019**

Nº de Resolución: **102/2020**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **JUAN MANUEL SANCHEZ PURIFICACION**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

ALBACETE

SENTENCIA: 00102/2020

-

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 ALBACETE

Teléfono: 967596539 967596538

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MPG

Modelo: N85850

N.I.G.: 02024 41 2 2018 0100303

PO PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000023 /2019

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, Debora

Procurador/a: D/Dª , EVA MARIA MEDINA PEÑARRUBIA

Abogado/a: D/Dª , MARIA JOSE IÑIGUEZ MIRASOL

Contra: Eusebio

Procurador/a: D/Dª MIGUEL TARANCON MOLINERO

Abogado/a: D/Dª MARÍA CARMEN GARCÍA VALLET

SENTENCIA

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

Ilmo. Sres.

Presidente:

D. JUAN MANUEL SANCHEZ PURIFICACION

Magistradas:

Dª ALMUDENA DE LA ROSA MARQUEÑO

Dª ROSARIO SANCHEZ CHACON

En ALBACETE, a dieciséis de marzo de dos mil veinte.



VISTA en juicio oral y público, ante la Sección 002 de esta Audiencia Provincial la causa instruida con el número 23 /2019, procedente de DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO nº 223/2018, del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CASAS-IBAÑEZ y seguida por el trámite de PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO por el delito de HOMICIDIO Nº 2/18, contra Eusebio nacido/a en CASAS IBAÑEZ el día NUM000 de mil novecientos treinta y siete, hijo/a de Indalecio y de Julia sin antecedentes penales, representado/a por el/la Procurador/a MIGUEL TARANCON MOLINERO y defendido por el/la Abogado D./Dña. MARÍA CARMEN GARCÍA VALLET. Siendo Acusación Particular D^a Debora , representada por la Procuradora D^a EVA MARIA MEDINA PEÑARRUBIA y defendida por la Letrada D^a MARIA JOSE IÑIGUEZ MIRASOL y siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. Fiscal D. FASUTINO GARCIA GARCIA y como ponente D. JUAN MANUEL SANCHEZ PURIFICACION.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14/12/2018, el Instructor acordó pasar a Procedimiento Ordinario las Diligencias Previas número 223/2018 practicadas hasta entonces para determinar la naturaleza de los hechos denunciados, las personas que en los mismos pudieran haber tenido participación y el procedimiento aplicable. Dictándose auto de conclusión de sumario en fecha 14/02/2019 y se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- Solicitada la apertura del juicio y previos trámites procesales de rigor este se ha celebrado los días 24 y 26 de febrero de 2020, con el resultado que obra en el soporte para grabación de imagen y sonido que consta unido a las presentes actuaciones.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales de fecha 21.11.2019, calificó los hechos como constitutivos de:

Un delito de **ASESINATO** en grado de tentativa , del artículo 139.1.1^a en relación con los artículos 16 y 62, todos ellos del Código Penal.

Es autor el procesado del expresado delito, conforme al artículo 27 y al artículo 28, párrafo primero, ambos del Código Penal.

Concorre en el procesado, Eusebio , la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del C.P., en su modalidad de circunstancia agravante.

Procede imponer al procesado, Eusebio , la pena de 8 AÑOS DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, conforme al artículo 56 del C. P.

Asimismo, conforme al artículo 57 del Código Penal en relación con el artículo 48.2 y 3 del mismo Cuerpo Legal, interesa se imponga al procesado la prohibición de acercarse a menos de 1.000 metros de Debora , y a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentre o sea frecuentado por está y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento, directamente o a través de terceros, por un periodo de tiempo de 16 AÑOS.

Igualmente, interesa que se imponga al procesado, Eusebio , de conformidad con lo prevenido en el artículo 140 bis del Código Penal, la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años para su cumplimiento posterior a la pena de prisión y con el contenido que se fije en dicho momento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.2 del Código Penal.

Procede, de otro lado, el comiso del cuchillo intervenido, dándole el destino previsto en el artículo 127 del Código Penal.

El Fiscal presento escrito de fecha 9 de enero de 2020 modificando conclusiones, en el procedimiento reseñado al margen, dice lo siguiente:

Que advertido que ha sido por parte del Fiscal la existencia de un error de transcripción en su escrito de acusación presentado ante esa Sección de la Audiencia Provincial de Albacete en fecha 27 de noviembre de 2019 por medio del presente escrito procede a su subsanación.

Que el error detectado se encuentra en la Conclusión Provisional Quinta del escrito de calificaciones provisionales de fecha 21 de noviembre de 2017 y consiste en que la pena solicitada en la misma no es legalmente procedente de acuerdo con la calificación jurídica de los hechos contenida en ese mismo escrito.

Así, la redacción correcta en la que debe quedar tal Conclusión

Quinta es la siguiente:



"QUINTA. - *Procede imponer al procesado, Eusebio, la pena de 11 AÑOS, 3 MESES Y 1 DÍA DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, conforme al artículo 55 del C. P.*

Asimismo, conforme al artículo 57 del Código Penal en relación con el artículo 48.2 y 3 del mismo Cuerpo Legal, interesa se imponga al procesado la prohibición de acercarse a menos de 1.000 metros de Debora, y a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentre o sea frecuentado por ella y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento, directamente o a través de terceros, por un periodo de tiempo de 16 AÑOS.

Igualmente, interesa que se imponga al procesado, Eusebio, de conformidad con lo prevenido en el artículo 140 bis del Código Penal, la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años para su cumplimiento posterior a la pena de prisión y con el contenido que se fije en dicho momento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.2 del Código Penal.

Procede, de otro lado, el comiso del cuchillo intervenido, dándole el destino previsto en el artículo 127 del Código Penal.

Abono de costas, según el artículo 123 del Código Penal.

Es decir, que lo que varía es la extensión de la pena de prisión y que la accesoria correspondiente (conforme al artículo 55 del C.P.) es la de inhabilitación absoluta y no la de inhabilitación especial, manteniéndose inalterado el resto de la redacción de la Conclusión Quinta del escrito de Conclusiones Provisionales de 21 de noviembre de 2019.

CUARTO.- Por la acusación particular no presento escrito alguno al tenerla por renunciada en las acciones civiles y penales que le puedan corresponder, por auto de 14.11.2019.

QUINTO.- Por la defensa del procesado en su escrito de defensa formula sus propias conclusiones:

Conforme con la relación fáctica realizada por el Ministerio Fiscal.

Conforme con la calificación jurídica de los hechos realizada por el Ministerio Fiscal.

Conforme con el Ministerio Fiscal en relación con la autoría de los hechos.

Conforme con el Ministerio Fiscal en cuanto a la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, en su modalidad de agravante.

No conforme con la pena a imponer que solicita el Ministerio Fiscal, solicitando que la pena a imponer no exceda de los SEIS AÑOS DE PRISION, con las correspondientes accesorias, conforme a los artículos 56 y 57 del Código Penal.

SEXTO.- Concluida la práctica de la prueba, las partes dan por reproducidos los documentos.

Tras todo ello se dio traslado a las partes para conclusiones definitivas:

El Ministerio fiscal eleva a definitivas sus conclusiones provisionales, salvo la modificación del tercer párrafo de la conclusión primera, que se sustituye por "el procesado presentaba fobia a las ratas, que se comprobó que existían en su domicilio, y había sufrido algún ictus presentando trastorno orgánico de la personalidad estando afectado por deterioro cognitivo leve con sus facultades volitivas alteradas pero no eliminadas sino mermadas considerablemente; modificando también la conclusión cuarta, para añadir la concurrencia de circunstancia atenuante analógica de enfermedad o trastorno mental, del art 21.7 en relación con el art 21.1 y 20.1 del Código Penal; y conclusión quinta, interesando la pena de 8 años de prisión e inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante la condena.

La Acusación Particular eleva a definitivas sus conclusiones provisionales.

La Defensa modifica sus conclusiones considerando los hechos como homicidio intentado, del art 138 CP, con la concurrencia de circunstancia eximente del art 20.1 CP, de anomalía o alteración psíquica, y libertad vigilada de internamiento en centro médico geriátrico durante 5 años máximo. Subsidiariamente concurriría circunstancia agravante de parentesco, atenuante del art 21.1 en relación con el art 20.1 CP procediendo una pena máxima de 5 años de prisión, y la medida de seguridad indicada.

SEPTIMO.- Terminados los informes de todas las partes se dio el derecho a la última palabra a los acusados, con el resultado que consta en acta videográfica; tras lo cual se declaró el juicio concluso para Sentencia, que se dicta en base a los siguientes,

HECHOS PROBADOS



Eusebio , con DNI nº NUM001 , nacido el NUM002 .1937, español y sin antecedentes penales, el 17.09.2018 convivía con su esposa, Debora , desde hace 58 años, residiendo en dicha fecha en CALLE000 , NUM003 de Casas Ibañez, Albacete.

Hacia las 3,15 horas de dicho día, sin motivo conocido, y repentinamente, se levantó de la cama que compartía con su esposa para dirigirse a la cocina, regresando al dormitorio con un cuchillo de unos 50 cm, 30 de ellos de hoja, que utilizaban para cortar carne, dirigiéndose a Debora quien seguía acostada pero despierta desde que se levantó su esposo, y quien al verle le preguntó que qué hacía, respondiéndole "vengo a matarte y luego me mato yo", discutiendo, manifestándole ella "así no, mejor con veneno", y respondiendo él que "no, que tenía que ser así y ahora", gritando aquella "socorro, socorro" contestándole Eusebio que callara, forcejeando y defendiéndose Debora hasta que se le escapó a aquél el cuchillo, arrebatándosele Debora que lo lanzó al otro lado de la cama, y aprovechando que su marido dio la vuelta a la misma para cogerlo, se levantó, salió de la habitación y cerró la puerta y la casa para dirigirse al centro médico, volviéndose Eusebio a la cama a dormir.

Debora sufrió heridas incisivas no punzantes: una de 3 cm en región parietal izquierda, otra superficial de 1 cm en codo izquierdo, otra también superficial de 5 cm en porción proximal de antebrazo izquierdo, otra de 1,5 cm en segundo dedo de mano izquierda, múltiples heridas superficiales en cara palmar de mano derecha, otra en cara palmar de mano derecha, otra en base del primer dedo mano izquierda, otra con colgajo en pulpejo de primer dedo de mano derecha, otra inciso contusa de 3 cms en cara anterior del muslo izquierdo, y hematomas en cara dorsal de miembros superiores, manos y antebrazos principalmente, que precisaron para su curación tratamiento quirúrgico aplicando grapas, tiras de aproximación y sutura (con posterior retirada de aquéllas y ésta) además de tratamiento farmacológico para conciliar el sueño. No reclama por dichos perjuicios.

Eusebio había sufrido al menos cuatro ictus cerebrales que cambiaron bruscamente su carácter, padeciendo depresión y trastorno orgánico de la personalidad con deterioro cognitivo que, sobre todo en dicho momento, afectó levemente a su conciencia y de modo importante a su voluntad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Los hechos anteriormente narrados y declarados probados -coincidente en su contenido con los expresados por el Ministerio fiscal en su Escrito de calificación provisional, que la Defensa admite, y que no se modifican en Conclusiones definitivas, salvo respecto a la dolencia del acusado- son constitutivos de un delito contra la vida (aun intentado, como todas las partes convienen), previsto y penado en el art 139.1 del Código Penal.

El "ánimo de matar" no se discute: la Defensa califica así también los hechos referidos y con los que está conforme; y se evidencia por el empleo de un arma blanca, además de grandes dimensiones y hoja larga, por sí misma apta para la producción de lesiones mortales, así como por haberlo manifestado a la víctima antes del acometimiento ("vengo a matarte", según reconoció Debora), el propio uso que se dio al arma, con plurales acometimientos dirigidos a zonas vitales del organismo de las víctima (como su cabeza), que de no haber sido por la eficaz defensa que pudo articular la víctima hubieran ocasionado sin duda su fallecimiento; datos que según reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo nº 953/2012, o las de 28.01 EDJ 2010/14239 y 24.02.2010 EDJ 2010/14242, entre muchísimas otras) sirven para evidenciar la concurrencia de ese ánimo que, más allá de la mera intención de lesionar, supone la presencia del delito contra la vida.

La prueba de ello resulta evidente tanto de la declaración testifical de la víctima, Debora , que no cuestiona ni la Defensa (y respecto a la que se aprecia una versión coherente, verosímil y persistente, sin ánimos espúrios, contra su esposo al que mantiene su afecto), como también se deriva de las manifestaciones del propio acusado, que no discute la agresión ni sus intenciones (al margen de no recordar parte de lo ocurrido).

2.- En particular, dicho delito debe calificarse como de **asesinato** por la concurrencia de alevosía (art 139.1. 1ª CP).

La esencia de dicha circunstancia, como es sabido, se halla en que la conducta enjuiciada tenga por finalidad eliminar la defensa de la víctima. Y ello puede derivarse -como recuerdan las Sentencias del Tribunal Supremo, secc 1ª, nº 140/2005, de 3.02.2005, o STS nº 239/2004, de 18.02.2004 (EDJ 2004/1 2822)- 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; y 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 todos estos supuestos existe una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela en este modo de actuar un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo), y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivos para la sociedad este tipo de comportamientos en que no hay riesgos para quien delinque (fundamento objetivo).

Asimismo, *"ha de ponerse de relieve la particular significación que tiene el dolo en esta forma peculiar de **asesinato**, al ser necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer también realizarlo con la concreta indefensión de que se trate, que supone la conciencia y también voluntad que eliminar la posibilidad de defensa de la víctima, requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso, que aparece recogido en el texto legal con la expresión "tiendan directa y especialmente a asegurarla" (Sentencias nº 140/2005, antes citada, o las de 31.01.2004, 15.11.2003, 26.04.2002 (EDJ 2002/14719, 9.02.1989 EDJ 1989/1275, 19.04.1989 EDJ 1989/4169, 26.10.1989 EDJ 1989/9505, 24-11-89 EDJ 1989/10518, 23-1-90 EDJ 1990/454, 28-2-90 EDJ 1990/2240, 29-6-90, 22-9-90 EDJ 1990/8528, 15-10- 90 EDJ 1990/9291, 19-1-91 EDJ 1991/426, 15-4-91 EDJ 1991/3840, 22-7-91 EDJ 1991/8186 y 18-10-91 EDJ 1991/9850, 15-2-93 EDJ 1993/1371, 8-3-94 EDJ 1994/2119, 10-6-94 EDJ 1994/5261, 3-2-95 EDJ 1995/403, 6-4-95 EDJ 1995/2044, 18-3-96 EDJ 1996/1350, 3-3-97 EDJ 1997/1503, 9-7-97 EDJ 1997/4837, 2-12-97 EDJ 1997/10021, 18-6-98 EDJ 1998/7843 y 24-4-2000 EDJ 2000/9203, entre otras muchas).*

La STS de 10-3-2004, nº 310/2004 EDJ 2004/31378, vuelve a recordar que *"La alevosía, definida en el art 22.1º del Código vigente, requiere de un elemento normativo, que se cumple si acompaña a cualquiera de los delitos contra las personas; de un elemento instrumental que pueda afirmarse si la conducta del agente se enmarca en una actuación que asegure el resultado, sin riesgo para su persona, en algunas de las modalidades que doctrina y jurisprudencia distingue en el **asesinato** alevoso; y de un elemento culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa".* Técnicamente hablando, la alevosía debe apreciarse en estos hechos concretos de anulación de las posibilidades de defensa por su sorpresa, o por la clara y evidente posición de imposibilidad de defensa de la víctima.

Como indica la STS 61/2010 de 28.01.2010 (rec 10697/2009) *"hemos de atender no sólo a los aspectos objetivos, que miran a la forma de ejecución, sino a la incuestionable dimensión subjetiva que también acompaña a esa circunstancia. Y es que la jurisprudencia de esta Sala, aunque no sin oscilaciones, propugna hoy un entendimiento de la alevosía como circunstancia mixta, en la que concurren elementos objetivos, que miran a los medios, modos o formas de la ejecución, pero sin descartar la exigencia de elementos subjetivos, que enfatizan el ánimo tendencial del sujeto, cuya acción homicida está filtrada por ese propósito más reprochable de obrar sobre seguro (cfr, por todas, 2047/2000, 28 de diciembre, con cita de otras muchas)".* Y las STS 1068/2010 de 2.12.2010 (rec. 10409/2010) o en la nº 505/2004, de 21.04.2004 indican que *"la alevosía no requiere que la eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados y la tendencia a conseguir tal eliminación, lo que a su juicio supone que la alevosía no se excluye en los casos de intento de defensa cuando es funcionalmente imposible y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro".* Como señalan las STS nº 455/2014 de 10.06.2014 (EDJ 2014/96129) o nº 1866/2002, de 7.11.2002 (EDJ 2002/51385) *"junto a los elementos normativo, objetivo y subjetivo existe un cuarto elemento en la apreciación de la alevosía que es "un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades".*

Y como señala la STS nº 51/2016, de 3.02.2017 y la nº 626/2015 de 18.10 (EDJ 2015/192471), entre otras muchas, se diferencia la alevosía del mero abuso de superioridad en *"La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida",* reservándose el abuso de superioridad a los supuestos en que las posibilidades de defensa de la víctima no lleguen a quedar eliminadas, sino notablemente disminuidas (SSTS 647/2013 de 16 de julio (EDJ 2013/152545); 888/2013 de 27 de noviembre (EDJ 2013/234059); y 225/2014 de 5 de marzo (EDJ 2014/48139) ó 626/2015 de 18 de octubre (EDJ 2015/192471), entre otras).

Pues bien, en el presente caso, cabe derivar, como solicita el Ministerio fiscal, que la situación o conducta enjuiciada (no discutida) supuso una eliminación de la defensa de Debora , cuando sorprende a la misma pocos metros del lugar donde estaba acostada, aún despierta, pero en el hogar familiar y sin posibilidad de reacción y de defensa frente a un ataque con arma blanca como la utilizada por el acusado, de pie, y del que no podía esperar una reacción o agresión como la enjuiciada. El hecho de que finalmente se defendiera y no



se consumara la agresión no se debió a la eliminación de toda defensa que la situación propició, sino a su personal reacción y la caída providencial del arma.

3.- El delito no es consumado, sino intentado, tratándose de una tentativa "inacabada", menos reprochable que la "acabada", esto es, el culpable no llega a realizar todos los actos que deberían haber producido el resultado buscado (art 16 CP): ninguno de los lances que llegaron a impactar en el cuerpo de Debora fue mortal, apenas unos cortes no perpendiculares a su cuerpo sino meramente cortantes (incisos), salvo dos más peligrosos por ser fueron "contusos", ninguno de ellos con capacidad para matar (los forenses así concluyen, y dejan muy claro que en ningún momento peligró la vida de la víctima). Circunstancia muy relevante para la determinación de la pena, pues, como permite aquél precepto, debe rebajarse la pena en dos grados (la rebaja en uno solo es propia de la tentativa acabada, reveladora de una mayor peligrosidad del autor y nocividad del hecho).

4.- Es responsable en concepto de autor material y directo el acusado, Eusebio . Ello no se discute por la Defensa.

5.- Aunque invoca ésta la concurrencia de la circunstancia eximente de enajenación o trastorno mental (art 20.1 CP), no concurre dicha situación cuando los médicos forenses la niegan. Tal como éstos expresan en juicio, la afección al intelecto y voluntad era parcial, apenas en el intelecto, aunque de mayor consideración en la voluntad, dado el daño que le habría causado a Eusebio haber padecido recientemente hasta al menos cuatro ictus cerebrales y su depresión, dando lugar a un trastorno orgánico de la personalidad.

Dicha dolencia también se deriva no solo de la prueba pericial sino de la propia conducta en sí: irracional e inexplicable en una persona con una excelente relación con su esposa durante tantos años de convivencia (consistente no solo en la repentina decisión, durante la noche y durmiendo, de quitar la vida a un ser tan querido y valioso para él, sin motivo ninguno, y después, tras unos hechos tan dramáticos, quedarse dormido): ello solo es entendible si es consecuencia de una alteración relevante de su intelecto y voluntad, lo que supone la aplicación de la circunstancia atenuante del art 21.1 CP (en relación con el art 20.1), pues "no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad" conforme a ésta última norma.

Aunque en algunos casos (ciertamente) algún tipo de dolencia mental se ha considerado por la jurisprudencia como atenuante "analógica", fuera de supuestos excepcionales la consecuencia jurídica natural es que si no hay una absoluta enajenación se aplique la consecuencia legalmente prevista a tal fin por la enajenación "parcial", esto es, el art 21.1, previsto para "cualquier falta" (sea de mayor o menor grado) de los requisitos para la absoluta enajenación, sin necesidad de aplicar un supuesto distinto, análogo, a casos como el presente expresamente previstos por la ley, y con la natural consecuencia establecida por ésta en su art 68 CP -rebaja de la pena en uno o dos grados (muy distinta a la prevista en el art 66, de ausencia de rebaja punitiva aunque se imponga en la mitad inferior de la pena genérica, si otras atenuantes o agravantes no señalan otra cosa-.

En el caso, de cualquier modo, la relevante afección en la imputabilidad que ponen de manifiesto tanto los forenses como la irracional reacción o comportamiento del acusado, determina por obvios motivos de equidad, la aplicación del art 21.1, y no del art 21.7 CP, de carácter más residual y para afecciones más leves en la imputabilidad.

6.- También concurre la circunstancia "mixta" de parentesco (art 23 CP) que aquí -incontrovertidamente también- opera como circunstancia agravante de la responsabilidad penal del acusado, dada la mayor reprochabilidad que supone en éste tipo de delitos la afección a quien es familiar, pariente o cónyuge, por quebrantar la mayor confianza y respeto que merece dichas relaciones.

7.- Procede imponer la pena legalmente prevista para el **asesinato**, que abarca de 15 a 25 años de prisión (art 139.1 CP), reducida en dos grados al cometerse en grado de tentativa inacabada, lo que supone una pena de 3 años, 9 meses y 1 día a 7 años y 6 meses de prisión.

A su vez dicha pena debe reducirse en dos grados dada la concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de grandísima relevancia en el caso, por lo ya razonado, lo que supone una pena de 11 meses y 8 días a 1 año, 10 meses y 16 días de prisión; que debe ser impuesta en su mitad superior, dada la concurrencia de la agravante de parentesco, por lo que procede imponer la pena de 17 meses de prisión.

En orden a las penas accesorias, es imperativa y obligada la pena de prohibición de acercamiento (art 57.2 CP señala que "se acordará en todo caso") que debe siempre superar en al menos un año la pena principal de prisión (art 57.2 "in fine" CP, en relación con el art 57.1 segundo párrafo), sin que sea obligada o preceptiva, sin embargo, la prohibición de comunicarse que suele acompañar a la anterior prohibición, pero que en el caso no se considera necesaria imponer dada su nula incidencia en el riesgo de reiteración o "el peligro que el delincuente represent(a)" (criterio determinante para la imposición de éste tipo de penas, conforme al art 57.1 CP), sino incluso oportuna dada la necesidad de relación y ayuda mutua en la medida de lo posible que precisan entre sí acusado y víctima, y que el riesgo de reiteración aún derivada de las dolencias del acusado se



neutraliza más que suficientemente con la prohibición de aproximación ya impuesta, cuya duración por dichos motivos no se advierte necesaria persista durante un periodo mayor a dicho plazo mínimo anual, ni que deba superar su extensión física más de 100 mts, distancia suficientemente garantizadora de riesgos personales.

Así mismo, tal como se solicita también, tanto por las acusaciones como por la propia defensa, debe imponerse una medida de seguridad de libertad vigilada tal como prevé el art 140 bis CP, dado el riesgo de reiteración si persiste (como así indican los peritos forenses) el trastorno orgánico que, aún leve, puede ir a más dada la edad del acusado, y que a la vista de las circunstancias parece el más oportuno (sin mayores trámites) fijarlo en tratamiento ambulatorio.

El internamiento solicitado no cabe si el acusado no resulta "exento" de responsabilidad penal (premisa básica para aplicar dicha medida al amparo de los art 101 a 103 CP), y no se considera oportuna en base al art 106 CP (que la prevé potestativamente en supuestos, como el presente, en que concurre la eximente incompleta del art 21.1 CP) si el abono que debe suponer dicha medida en la pena ya se ha producido (al menos en grandísima medida) por la prisión provisional, y sobre todo cuando no se considera necesario dicho internamiento ni con fines terapéuticos (pues la dolencia es irreversible) ni con fines preventivos (para lo cual ya se impone la pena de prohibición de acercamiento).

8.- Tal como se deriva del art 123 del Código Penal, se imponen las costas al acusado condenado.

Vistos los anteriores preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de Su Majestad el Rey y por las potestades que nos confiere la Constitución dictamos el siguiente,

FALLO

1º.- Condenamos a Eusebio como autor de un delito de **asesinato** intentado, con la concurrencia de la circunstancia atenuante del art 21.1 del Código Penal, y la agravante de parentesco, a la pena de 17 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, prohibición de acercamiento al menos en 100 mts a Debora o a su domicilio, durante 29 meses, y costas procesales causadas.

2º.- Así mismo, se acuerda su libertad vigilada consistente en tratamiento facultativo ambulatorio para la atención de sus dolencias psíquicas durante 1 año y 6 meses tras el cumplimiento de la pena.

3º.- Se acuerda el abono del tiempo cumplido en tanto en prisión provisional como de duración de la medida provisional de alejamiento.

Notifíquese a las partes, así como a Debora (art 792.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), haciendo saber que contra la presente cabe interponer recurso de apelación en plazo de 10 días, ante este Tribunal, y del que conocerá el Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal.

Así lo pronunciamos y firmamos.