

Roj: **STS 3259/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3259**Id Cendoj: **28079120012016100613**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/07/2016**Nº de Recurso: **10033/2016**Nº de Resolución: **594/2016**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP V 4461/2015,**
STS 3259/2016

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 seis de Julio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por **Cosme** , contra sentencia de fecha tres de diciembre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta , en causa seguida al mismo por delitos de robo con violencia y de tentativa de asesinato, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por la Procuradora D^a. M^a Lourdes Amasio Díaz, y como recurrida D^a Loreto , representada por la Procuradora D^a María Granizo Palomeque.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción 5 de Catarroja, instruyó Sumario con el num. 1/2014, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, que con fecha tres de diciembre de 2.015, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: "El día 12 de Abril de 2013 los procesados Marí Jose y Cosme , ya circunstanciado y sin antecedentes penales a efectos de reincidencia, que habían sido pareja conviviente hasta finales de febrero de ese año y desde mediados del año anterior pero que aún mantenían una relación sin convivencia, se dirigieron la vivienda sita en la CALLE000 NUM001 de la localidad de Albal (Valencia) domicilio de Loreto , conocida por Noemi y nacida el NUM002 de 2013, por lo que dada su edad, ya que en esa fecha había cumplido los noventa años, su familia la había dotado de cierta seguridad personal y a la vivienda, portando del cuello un botón de teleasistencia, instalando un sistema de grabación de imágenes en la planta baja y dotando a la cerradura de un sistema de apertura electrónico que solo podía abrir la huella digital de la citada señora, siendo conocido por el procesado Artemio que era mujer de fortuna que atendía a necesitados de la iglesia y les ayudaba en lo que podía.

Cómo llego a conocimiento de Cosme esto se debió sin duda al hecho de haber estado acogido en la casa de Párroco de Albal por unos días, por lo que por ahí debió tener entrada en la casa de la señora, como resulta sin duda alguna del hecho de que el día 10 de Abril, dos días antes de los hechos enjuiciados estuvo en la vivienda a pedir algo a la señora, que quedó registrado por el sistema de grabación antes dicho.



Así las cosas el dicho día 12 de Abril, sobre las 13,20 horas, la procesada Marí Jose llamó a la puerta, mientras Cosme permanecía agazapado fuera de la puerta y de la mirilla de la misma para impedir que la señora, que ya lo conocía, se fijase en él, abriendo la, puerta la anciana y entablándose una breve conversación entre ella y la procesada hasta que un minuto después le permitió la entrada a la casa, dejando la procesada la puerta entornada, sin cerrar el sistema seguridad, permaneciendo las dos mujeres hablando, indicando la procesada que venía de parte del cura, a la vez que dirigía constantes miradas expectantes hacia la puerta que había dejado abierta como a la espera de algo que se produjo a las 13,25 horas y fue la entrada en la casa y aparición en la escena de grabación de Cosme, que se dirigió a la anciana, a la que como queda dicho ya conocía y la saludó con dos besos estando hablando con ella durante varios minutos, gesticulando el procesado cada vez con más brío, hasta que en un momento dado descargó dos puñetazos, directos y potentes al rostro de la anciana que desapareció del plano de la grabación al entrar a una habitación lateral quedando en plano el procesado que descargó tres series más de golpes entre seis y ocho se puede apreciar, a la cabeza de la anciana que cayó al suelo siendo arrastrada por el procesado hacia una habitación.

Desde el primer golpe la procesada se dedicó a ir de habitación en habitación, tranquila y sin en ningún momento intentar salir de la casa o impedir que el procesado reiterase la agresión, tarea a la que se le unió el procesado, que se unió al registro de los armarios y enseres de la anciana en búsqueda de dinero y joyas, encontrando ambas cosas y tomando Cosme el dinero de una bolsa de tela donde la anciana lo guardaba.

Y encontraron, y se apoderaron de ello, un reloj de oro marca omega modelo antiguo, un reloj que no funcionaba, un broche de oro de Toledo, una sortija con un brillante, una sortija antigua con 3 esmeraldas y 6 brillantes, una cadena de oro con una cruz griega, un medio corazón de concha, una figura de oro de reducido tamaño, efectos que han sido tasados pericialmente en la cantidad de 1.887,02 euros y 1.600 euros que se llevaron en efectivo (bolsa de tela) asciende a un total de 3.487,02 euros.

Acabado el expolio los procesados intentaron salir de la casa por la puerta, pero no podían abrirla dado el mecanismo de seguridad antes dicho, por lo que, siendo puerta de casa de pueblo con dos portadas grandes tuvieron que abrir estas hojas para abandonar la casa, separándose los procesados y marchándose de España a Rumanía el procesado, donde fue hallado y traído a España en ejecución de una Orden de Detención Europea.

Como consecuencia de los golpe que recibió, Loreto sufrió lesiones consistentes en traumatismo craneocefálico, traumatismo facial grave: fracturas múltiples de mandíbula (parasinfisaria derecha, cigomático derecho; fractura de pared anterior y posterolateral del seno maxilar derecho, fractura del suelo de la órbita; fractura de pared lateral del seno maxilar izquierdo, fractura de paladar izquierdo; fractura de cuello de condilo mandibular izquierdo y de apofisis coronoides derecha); traumatismo cervical grave, y fractura de apofisis pterigoides; lesiones que requirieron atención en urgencias consistente en la prescripción de reducción abierta y osteosíntesis de la fractura mandibular, ventilación mecánica prolongada por lo que precisó de traqueotomía, antibioterapia y rehabilitación intrahospitalaria, pauta terapéutica compatible con el concepto legal de tratamiento médico-quirúrgicos, tardando 141 días en alcanzar la sanidad, 68 de los cuales estuvo hospitalizada, siendo los restantes 73 días impeditivos para sus ocupaciones habituales, provocando las siguientes secuelas:

Morfológica y estética consistente en dimorfia facial por desplazamiento de maxilar inferior; cicatriz de traqueotomía en 1/3 inferior de cara anterior de cuello de aproximadamente 5 cm, lo que ocasiona un perjuicio estético moderado en su rango superior.

- Funcional, deterioro estructural maxilar inferior superior y/o inferior (sin posibilidad de reparación) que afecta a masticación y a fonación.
- material de osteosíntesis en maxilar inferior.
- síndrome postraumático cervical (cervicalgia, mareos, vértigos y cefaleas) de intensidad severa.
- trastorno del humor: trastorno depresivo reactivo, de intensidad leve.

Todo ello ha supuesto una pérdida importante de autonomía, dada la avanzada edad de la perjudicada, siendo anteriormente totalmente independiente para las actividades básicas de la vida diaria, precisando ahora de asistencia y ayuda para algunas de ellas. Además, sufre de insuficiencia respiratoria grave e incontinencia ocasional doble de esfínteres, necesitando ayuda de tercera persona para las actividades esenciales de la persona.

Los procesados abandonaron la casa dejando a la anciana con una profusa hemorragia naso-bucal, y con la dentadura partida en la boca, situación en la que se la encontró su sobrino que fue avisado por el sistema de ayuda que la señora portaba al cuello y pudo accionar en en el curso de la agresión, sacando de la boca de la anciana con sus manos los trozos de dentadura coágulos de sangre que la impedían una correcta ventilación



pulmonar, tras lo que avisó inmediatamente al 112 acudiendo servicios médicos que estabilizaron a la mujer y la hospitalizaron".

SEGUNDO- La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLAMOS: "Que debemos condenar y condenamos a Marí Jose y a Cosme como criminalmente responsables, en concepto de autores de un delito de robo violencia en casa habitada y de otro delito de asesinato en grado de tentativa, precedentemente definidos a las siguientes penas,

A) A Marí Jose

1.- Por el delito de robo casa habitada, la pena de cinco años de prision, y a la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2.- Por el delito de Asesinato en grado de tentativa la pena de siete años y seis meses de prisión y a la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

B) A Cosme

1.- Por el delito de robo casa habitada, la pena de cinco años de prision, y a la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2.- Por el delito de Asesinato en grado de tentativa la pena .de quince años de prisión, y a la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Se imponen a los condenados el pago de las costas del proceso, incluidas las de la acusación particular.

Los condenados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Loreto en la cantidad de 9.149,05 Euros por los días de incapacidad, en la de 75.000 Euros por las secuelas, en la de 25.000 Euros por los daños psíquicos, en la de 9.500 Euros por las joyas sustraídas, en la de 3.487,02 por los objetos sustraídos y no recuperados y en la de 22.824 Euros por gastos acreditados y en la de 166,78 Euros por un andador plegable y un cojín de silicona y en la de 1.409,65 por un pack geriátrico.

Estas cantidades se incrementaran en los intereses legales desde la fecha de esta Sentencia.

Reclámese del Instructor debidamente terminada la pieza de responsabilidades pecuniarias.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone abonamos a los condenados el tiempo que han estado privados provisionalmente de libertad por esta causa".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma por la representación del recurrente, recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos PRIMERO y SEGUNDO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., y del apartado 4º del art. 5 de la L.O.P.J . de la Tutela Judicial efectiva en relación al art. 24.1 y art. 24.2 de la Constitución Española , principio de presunción de inocencia, toda vez que ha sido condenado sin prueba de cargo suficiente y por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 L.E.Crim ., por considerarse infringidos el art. 24 de la Constitución Española en relación a los artículos 9.3 y 120.3 de la C.E. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por infracción de ley y doctrina legal en relación al art. 22.4 del código Penal , agravante de abuso de superioridad indebidamente aplicados. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., en relación con el art. 139.1 en relación con el 16.1 y 62 del Código Penal indebidamente aplicados. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., en relación con el art. 2.6 de atenuante analógica de dilación indebida. SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., en relación con los artículos 139.1 y 62 en relación con el art. 66.3 y 6º del Código Penal , indebidamente aplicados, con ruptura del principio de proporcionalidad.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento ha tenido lugar la votación y fallo prevenidos 30 de junio pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 3 de diciembre de 2015 , condena al recurrente Cosme como autor del delito de robo en casa habitada,



a la pena de cinco años de prisión, y por el delito de asesinato en grado de tentativa a la pena de quince años de prisión. Frente a ella se alza el presente recurso, fundado en seis motivos por vulneración de derechos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley.

Los dos primeros motivos se formulan por vulneración constitucional, respectivamente del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la presunción de inocencia. El primero se funda en la ausencia de doble instancia en nuestro ordenamiento procesal y el segundo en la supuesta insuficiencia de prueba de cargo.

Con el primer motivo el recurrente considera contraria al art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York (1.966), la ausencia de una segunda instancia en nuestro ordenamiento procesal penal e insuficiente la revisión de la sentencia condenatoria efectuada en casación. En dicho precepto se establece que " *toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior conforme a lo previsto en la ley*".

La cuestión planteada ha sido objeto de múltiples decisiones de esta Sala, y del Tribunal Constitucional, que han considerado suficiente, mientras no se reformase nuestro ordenamiento procesal, la revisión de la sentencia condenatoria efectuada por el Tribunal Supremo, con ocasión del recurso de casación por la vía del análisis del respeto al derecho constitucional a la presunción de inocencia (SS.T.S. de 28 de febrero de 2014 y 28 noviembre de 2014, entre otras muchas).

La reciente reforma de la Lecrim ya ha subsanado esta deficiencia de nuestro modelo procesal, si bien las modificaciones que introduce no son todavía de aplicación en este recurso.

SEGUNDO.- El segundo motivo de recurso, también por infracción constitucional, invoca el derecho fundamental a la presunción de inocencia por estimar insuficiente la prueba de cargo practicada.

El motivo carece manifiestamente de fundamento. La prueba de la presencia del acusado en el lugar de los hechos y de su autoría tanto del robo como de la agresión es abrumadora y rotunda, como razona acertadamente la sentencia de instancia, a la que nos remitimos para evitar innecesarias reiteraciones.

En primer lugar consta la declaración de la coacusada. En segundo lugar el reconocimiento de la propia víctima. En tercer lugar la grabación de los hechos, que consta en el DVD que obra al folio 10 del Tomo I de la causa. Y, en cuarto lugar, la prueba de ADN extraída de la bolsa de tela, de la cual el recurrente sacó el dinero que se llevó.

No hay duda alguna, en consecuencia, acerca de la autoría del procesado, de su presencia en la casa, de la comisión del robo en casa habitada y de los golpes propinados a la anciana, por lo que el motivo carece del menor fundamento

TERCERO.- La parte recurrente renuncia al tercer motivo, por infracción de ley.

El cuarto motivo, también por infracción de ley, niega que los hechos constituyan un delito de tentativa de asesinato, alegando que debieron ser sancionados como lesiones consumadas.

El motivo carece también de fundamento. Como señala la sentencia impugnada las lesiones descritas en el apartado de hechos probados comprometieron gravemente, por su entidad, la vida de Loreto. La prueba, documental, testifical y especialmente la pericial Forense, ponen manifiestamente de relieve que la agresión y la entidad de las lesiones pusieron en grave compromiso la vida de la anciana agredida.

Consta que la lesionada precisó de ventilación mecánica al tener las vías altas respiratorias gravemente comprometidas, por lo que se le practicó una traqueotomía para conectarla a un respirador, y declararon los Médicos Forense que sin esta atención médica y la prestada con posterioridad la lesionada habría fallecido. Este resultado, manifiestamente previsible para el recurrente dada la entidad de los golpes inferidos a la víctima, conduce la calificación fuera del campo de las lesiones, y la lleva a la tentativa de homicidio, en este caso asesinato por la concurrencia de la alevosía.

El recurrente golpeó a una anciana salvajemente con varias series de potentísimos golpes directos al rostro, destrozándole la mandíbula, ocasionándole fractura parasinfisaria derecha, cigomático derecho; fractura de pared anterior y posterolateral del seno maxilar derecho, fractura del suelo de la órbita; fractura de pared lateral del seno maxilar izquierdo, fractura de paladar izquierdo; fractura de cuello de cóndilo mandibular izquierdo, fractura de apófisis pterigoides y de apofisis coronoides derecha, con la consiguiente hemorragia, detectable en el vídeo tomado en el escenario de los hechos cuando el recurrente arrastra a la anciana llevándola a otra habitación. Este comportamiento compromete manifiestamente la vida de la víctima hasta el extremo de que hubiese fallecido de no haber sido asistida, por lo que la acción del recurrente rebasa el límite de la lesión y merece la calificación de homicidio.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado, por las mismas razones ya expresadas en la sentencia de instancia.



CUARTO .- El quinto motivo, por infracción de ley, ha sido renunciado.

El sexto, también por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega vulneración de los arts 139 1º y 62, en relación con el 66 3º y 6º CP , por indebida aplicación y vulneración del principio de proporcionalidad, al haberle impuesto por la tentativa la misma pena que correspondería al asesinato consumado, quince años de prisión.

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado. En efecto el art 62 CP establece que a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley al delito consumado, en la extensión que se estime adecuada atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado, mientras que el art 139 impone al asesinato la pena de quince a veinte años de prisión. A su vez el art 70 2º establece que el límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito consumado, reducido en un día.

Puede aceptarse que atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado, la pena se rebaje en un solo grado, y es manifiesta la gravedad de la acción del acusado, pero también lo es que no se ha producido el resultado de muerte propio del delito de asesinato, por lo que la pena debe ser inferior a la legalmente atribuida al asesinato. El marco punitivo de la tentativa de asesinato va de Tres años y Nueve meses a Quince años menos un día, por lo que la imposición de la pena de Quince años de prisión por un delito intentado no es legalmente procedente. Procede en consecuencia la estimación del recurso, dictándose segunda sentencia en la que reducirá moderadamente la pena impuesta, manteniendo la reducción en un grado e imponiendo una pena próxima al máximo imponible, por las razones expuestas en la sentencia de instancia, pero sin alcanzar la pena imponible por el delito consumado, y tampoco el máximo absoluto imponible legalmente pues debe establecerse una diferencia punitiva razonable atendiendo al grado de tentativa en el que se ha sancionado el delito.

QUINTO.- La estimación de uno de los motivos del recurso determina la declaración de las costas de oficio.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida en la Constitución, esta Sala ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE , al recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por **Cosme** , contra sentencia de fecha tres de diciembre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta , en causa seguida al mismo por delitos de robo con violencia y de tentativa de asesinato; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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 seis de Julio de dos mil dieciséis.

El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Catarroja incoó Sumario y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, con el número 1/2014 , por delitos de robo con violencia y tentativa de asesinato contra **Marí Jose** , con DNI num. NUM003 , hija de **Teodosio** y de **Brigida** , nacida en Sollana (Valencia) el NUM004 de 1970 y vecina de la misma ciudad, con instrucción y con antecedentes penales no computables; y contra **Cosme** con NIE nº NUM005 , hijo de **Artemio** y **Penélope** , nacido en Rumanía el NUM006 de 1984, sin domicilio conocido en España, con instrucción y sin antecedentes penales; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 3 de diciembre de 2015 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Candido Conde-Pumpido Touron** hace constar lo siguiente:



I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos condenar al recurrente Cosme , como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa a la pena de CATORCE AÑOS años de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos al acusado Cosme , como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa a la pena de CATORCE AÑOS años de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, DEJANDO SUBSISTENTES LOS DEMAS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA, especialmente los relativos a la condena por robo, responsabilidad civil y costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, 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.