

Roj: STS 2003/2018 - **ECLI:**ES:TS:2018:2003

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10549/2017

Nº de Resolución: 247/2018

Fecha de Resolución: 24/05/2018

Procedimiento: Recurso de casación

Ponente: VICENTE MAGRO SERVET

Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

RECURSO CASACION (P) núm.: 10549/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 247/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro D^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 24 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones del acusado **D. Jon** y de la Acusación Particular en representación de D^a Miriam y por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, que condenó al anterior acusado por delitos de homicidio doloso en grado de tentativa acabada y de maltrato en el ámbito familiar, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por las Procuradoras Sras. Rueda Sanz y Feliu Suárez, siendo parte recurrida la Abogada del Estado

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Ciudad Real instruyó sumario con el nº 3 de 2015 contra Jon, y, una vez concluso, lo remitió a la *Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, que con fecha 9 de junio de 2017 dictó sentencia* que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se considera probado y así expresamente se declara que el acusado Jon, mayor de edad y ejecutoriamente condenado mediante *sentencia firme de fecha 4 de Marzo de 2.011 a la pena de 16 meses de prisión como autor de un delito de lesiones por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Ciudad Real* (concedida suspensión de la ejecución por cuatro años con fecha 4 de Marzo de 2.011), ha venido manteniendo una relación sentimental análoga a la conyugal desde el año 2.000, aproximadamente, con Miriam, nacida el NUM000 de 1.974 y conviviendo con la misma en el domicilio sito en la CALLE000 nº NUM001, portal NUM000, NUM002 de DIRECCION000 (Ciudad Real), así como junto a la hija de ambos Carmela, nacida el día NUM003 de 2.004, y la hija de Miriam con una relación anterior, llamada Leocadia, nacida el día NUM004 de 1.996. Dicha relación vino a entrar en crisis desde el inicio de 2.014, en cuyo transcurso la relación familiar se fue deteriorando y en el que el acusado vino a insultar y vejar en varias ocasiones a Miriam llamándola "puta, guerra, hija de puta, no vales nada" y expresiones similares, a la vez que en diversas ocasiones no concretamente identificadas vino a empujar, forcejear y agarrar de diversas partes del cuerpo a Miriam, sin que conste la causación de lesión, a la vez que en alguna ocasión profirió frases como "te voy a matar" "ten cuidado con los frenos no te vayas a estrellar" y otras similares, que no fueron tenidas como serias por Miriam ni sus dos hijas, al considerar que las mismas se realizaban con tono jocoso y como una broma. Asimismo, el acusado mencionado, sobre las 3.00 horas del día 15 de Noviembre 2.014, encontrándose en el domicilio arriba referido, y como consecuencia de conocer la intención de Miriam de separarse del mismo, vino a despertarla cuando la misma dormía con la hija menor de ambos Carmela, preguntándole el porqué de la separación de hecho que le había impuesto desde meses antes. Al no obtener respuesta el acusado, se desplazó a la cocina y cogiendo un cuchillo con hoja de 20 centímetros de longitud entró en el cuarto de baño con aparentes ideas autolíticas. Al oír Miriam ruidos en el baño se levantó de la cama y acudió a dicha dependencia, viniendo a quitarle al acusado el cuchillo, llevándolo de nuevo a la cocina, donde lo dejó sobre la encimera, volviéndose a la cama. Por circunstancias no acreditadas, el acusado vino a desplazarse seguidamente al dormitorio de Miriam y tras golpear a la misma en la cabeza con sus puños, vino a agarrar a la misma y arrastrarla contra su voluntad por el pasillo de la vivienda. Como quiera que Miriam gritó pidiendo auxilio, se despertaron y salieron en ayuda de su madre su hija Carmela y la otra hija de Miriam llamada Leocadia, las que intentaron en el pasillo evitar dicho arrastre, no consiguiéndolo ante la porfía del acusado, quién procedió a empujar y golpear a Leocadia, causándole lesiones consistentes en una contusión leve en región craneal derecha y erosiones leves en la muñeca izquierda, las que no precisaron para sanar de asistencia facultativa, sanando a los cinco días sin impedimento ni secuelas. Acto seguido el acusado terminó por llevar a la fuerza a Miriam a la cocina, donde tras sujetar a la misma por su hombro con la mano izquierda, tomó el cuchillo de cocina antes descrito y con la intención de acabar con su vida le asestó una serie de cuchilladas hasta el número de ocho: tres en la zona del cuello, de las cuales una tuvo 5 centímetros de profundidad con afectación de la apófisis transversa cervical; dos en región facial, otra en la región torácica derecha axilar, penetrante en cavidad pleural y que produjo un neumotórax; otra en región abdominal que perforó el colon transversal productora de hemicolectomía derecha y anastomosis ileo-cólica, así como una última en el miembro

superior derecho con sección de la vena mediana braquial y la porción larga del bíceps. Una de las heridas del cuello y las de la zona torácico-axilar y la abdominal afectaron a órganos y vasos con tal gravedad que de no haber recibido Miriam una asistencia médico-quirúrgica inmediata, le habrían provocado su fallecimiento. Inmediatamente después Leocadia se escondió en el cuarto de baño y solicitó ayuda a los servicios de emergencia del 112, los que alertaron a la Guardia Civil y Policía Municipal, los que se personaron en el edificio, encontrando a Miriam en el descansillo de su vivienda, lugar donde cayó tras intentar huir. Asimismo acudieron en ayuda de Miriam sus dos vecinas del piso inferior Erica y Mónica, las que fueron alertadas por Leocadia. Finalmente la Guardia Civil procedió a entrar en el domicilio del acusado deteniendo al mismo, quien momentos antes había entregado su cuchillo a su hija Carmela. Como consecuencia de tales hechos Miriam vino a sufrir las lesiones antes descritas, así como un trastorno por estrés postraumático crónico y de grado intenso, que requirieron para su sanidad del transcurso de 221 días (16 de ellos de estancia hospitalaria), habiendo necesitado tratamiento médico intensivo (UCI), quirúrgico, rehabilitador y psicoterapéutico, restándole como secuelas además de aquel trastorno psíquico, importantes limitaciones en su miembro superior derecho en las articulaciones del hombro (con disminución de la flexión, abducción y rotaciones), y limitación de los últimos grados de flexo extensión del codo derecho; axonotmesis del nervio axilar musculocutáneo derecho; pérdida dentaria de dos piezas productora de perjuicio estético ligero, así como un perjuicio estético muy importante representado por las nueve cicatrices que le han restado (ocho provenientes de las heridas causadas y una novena ocasionada quirúrgicamente por la laparotomía necesaria para sanar la lesión abdominal)".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:
FALLAMOS:

"Que, por unanimidad, debemos condenar y condenamos al acusado **Jon** , como autor criminalmente responsable de: a) un delito de homicidio doloso en grado de tentativa acabada, previsto y penado en el *artículo 138 en relación a los artículos 16/1 y 62, todos ellos del Código Penal* , cometido sobre la persona de Miriam;

b) Un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del *artículo 173/2 y 3 del CP* ; y c) Un delito de maltrato en el ámbito familiar en la persona de Leocadia, concurriendo en el primero la agravante de parentesco, a las penas de 9 años y seis meses de prisión, por el primero, de 21 meses de prisión por el segundo, y de 11 meses de prisión por el tercero; en los tres casos con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las respectivas condenas, así como la accesoria legal de alejamiento a una distancia de 200 metros o superior de ambas víctimas, de su domicilio, lugar de trabajo o cualesquiera otros en los que las mismas se encuentren durante el plazo de 15 y 5 años respecto a Miriam por el primer y segundo delito respectivamente, y de 3 años y seis meses en cuanto a Leocadia por el tercer delito, y de igual modo y por idéntica duración se impone la accesoria de prohibición de comunicación con ambas víctimas por cualquier medio o procedimiento; también se imponen al acusado la accesoria de privación del derecho para la tenencia y porte de armas durante los plazos de 4 años por el segundo delito y dos años y seis meses por el tercero, respectivamente; debiendo asimismo satisfacer las tres cuartas partes de las costas causadas con inclusión en tal proporción de las devengadas por la acusación particular, declarándose de oficio la cuarta parte restante; y proceder a indemnizar por vía de responsabilidad civil a Miriam en la suma de 89.975 euros, y a Leocadia en la suma de 223,6 euros, las que devengarán desde esta fecha el interés previsto en el *artículo 576 Lec* . Asimismo debemos absolver y absolvemos libremente a dicho acusado del

delito de amenazas continuado por el que venía siendo acusado. Se decreta el comiso del instrumento delictivo intervenido, el que deberá ser destruido (cuchillo). A la firmeza de la presente sentencia procedase a remitir testimonio de la misma al Juzgado de lo Penal nº 2 de Ciudad Real para que en relación a su ejecutoria 134/2.011 (*sentencia de fecha firme de fecha 4 de Marzo de 2.011* con condena a la pena de 16 meses de prisión como autor de un delito de lesiones), y en la que le fue concedida la suspensión de la ejecución por cuatro años con fecha 4 de Marzo de 2.011, se proceda a la revocación de dicho beneficio, al ser la remisión definitiva allí acordada "sin perjuicio" de la aparición de nuevas condenas con posterioridad y respecto a hechos cometidos durante el plazo de suspensión, como aquí ocurre. Abónese al acusado para el cumplimiento de las penas impuestas el tiempo que por esta causa esté preventivamente privado de libertad. Reclámese del instructor la urgente remisión de la pieza de responsabilidad civil del acusado una vez terminada conforme a derecho. Se ratifica el auto de prolongación de prisión provisional de fecha de 28 de octubre de 2016, hasta el día 14 de noviembre de 2.018 inclusive. NOTIFIQUESE la presente resolución a las partes, en especial a las víctimas mencionadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe preparar en el plazo de 5 días, recurso de casación, en este Tribunal y para ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones del acusado D. Jon y de la Acusación Particular Dña. Miriam, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jon** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se formula el presente motivo al amparo del *art. 5.4 L.O.P.J .*, por cuanto la sentencia impugnada infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra *C.E. en su art. 24.2* .

Segundo.- Infracción de ley por inaplicación de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio del *art. 21.1 en relación con el art. 20.1 del C. Penal* .

Tercero.- Infracción de ley por inaplicación de la eximente incompleta de intoxicación por consumo de bebidas alcohólicas del *art. 21.7 en relación con el art. 20.2 del C. Penal* .

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular Dña. Miriam, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el *art. 849.1 en relación con el art. 847.1b) por no aplicación o infracción de lo preceptuado en el art. 139.1 del C. Penal* .

III.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de ley por inaplicación del *art. 22.2 del C. Penal* , abuso de superioridad en la comisión de los hechos.

Segundo.- Por inaplicación de los *arts. 46 , 55 y 56 del C. Penal* .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión, dándose asimismo por instruida la Abogada del Estado, y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 16 de mayo de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la *sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 9 de Junio de 2017* por la que se condena al recurrente como autor criminalmente responsable de: a) un delito de homicidio doloso en grado de tentativa acabada, previsto y penado en el *artículo 138 en relación a los artículos 16/1 y 62, todos ellos del Código Penal* , cometido sobre la persona de Miriam; b) Un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del *artículo 173/2 y 3 del CP* ; y c) Un delito de maltrato en el ámbito familiar en la persona de Leocadia.

Contra la citada sentencia se interpone recurso de casación por el condenado Jon, el Ministerio Fiscal y la acusación particular en representación de Miriam.

Por el condenado se interpone recurso de casación por los siguientes motivos:

1.- Al amparo del *artículo 5.4 de la LOPJ* , por cuanto la sentencia impugnada infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra *CE en su artículo 24.2* .

2.- Respecto a los motivos segundo y tercero, se alega infracción de ley por inaplicación de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio del *artículo 21.1 en relación con el artículo 20.1 del Código Penal* , y la infracción de ley por inaplicación de la eximente incompleta de intoxicación por consumo de bebidas alcohólicas del *artículo 21.7 en relación con el artículo 20.2 del Código Penal* .

Por el Ministerio Fiscal se interpone recurso de casación por los siguientes motivos:

1.- Infracción de ley por inaplicación del *art. 22.2 del C.Penal* , abuso de superioridad en la comisión de los hechos.

2.- Por inaplicación de los *arts. 46 , 55 y 56 del Código Penal*

Por la acusación particular se interpone recurso de casación por el siguiente motivo:

1.- Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el *art. 849.1 en relación con el art. 847.1b) por no aplicación o infracción de lo preceptuado en el art. 139.1 del CP* .

El Tribunal consideró probados los siguientes hechos:

Se considera probado y así expresamente se declara que el acusado Jon, mayor de edad y ejecutoriamente condenado mediante *sentencia firme de fecha 4 de Marzo de 2.011 a la pena de 16 meses de prisión como autor de un delito de lesiones por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Ciudad Real* (concedida suspensión de la ejecución por cuatro años con fecha 4 de Marzo de 2.011), ha venido manteniendo una relación sentimental análoga a la conyugal desde el año 2.000, aproximadamente, con Miriam, nacida el NUM000 de 1.974 y conviviendo con la misma en el domicilio sito en la CALLE000 nº NUM001, portal NUM000, NUM002 de DIRECCION000 (Ciudad Real), así como junto a la hija de ambos Carmela, nacida el día NUM003 de 2.004, y la hija de Miriam con una relación anterior, llamada Leocadia, nacida el día NUM004 de 1.996.

Dicha relación vino a entrar en crisis desde el inicio de 2.014, en cuyo transcurso la relación familiar se fue deteriorando y en el que el acusado vino a insultar y vejar en varias ocasiones a Miriam llamándola "puta, guarra, hija de puta, no vales nada" y expresiones similares, a la vez que en diversas ocasiones no concretamente identificadas vino a empujar, forcejear y agarrar de diversas partes del cuerpo a Miriam, sin que conste la causación de lesión, a la vez que en alguna ocasión profirió frases como "te voy a matar" "ten cuidado con los frenos no te vayas a estrellar" y otras similares, que no fueron tenidas como serias por Miriam ni sus dos hijas, al considerar que las mismas se realizaban con tono jocoso y como una broma.

Asimismo, el acusado mencionado, sobre las 3.00 horas del día 15 de Noviembre 2.014, encontrándose en el domicilio arriba referido, y como consecuencia de conocer la intención de Miriam de separarse del mismo, vino a despertarla cuando la misma dormía con la hija menor de ambos Carmela, preguntándole el porqué de la separación de hecho que le había impuesto desde meses antes. Al no obtener respuesta el acusado, se desplazó a la cocina y cogiendo un cuchillo con hoja de 20 centímetros de longitud entró en el cuarto de baño con aparentes ideas autolíticas. Al oír Miriam ruidos en el baño se levantó de la cama y acudió a dicha dependencia, viniendo a quitarle al acusado el cuchillo, llevándolo de nuevo a la cocina, donde lo dejó sobre la encimera, volviéndose a la cama. Por circunstancias no acreditadas, el acusado vino a desplazarse seguidamente al dormitorio de Miriam y tras golpear a la misma en la cabeza con sus puños, vino a agarrar a la misma y arrastrarla contra su voluntad por el pasillo de la vivienda. Como quiera que Miriam gritó pidiendo auxilio, se despertaron y salieron en ayuda de su madre su hija Carmela y la otra hija de Miriam llamada Leocadia, las que intentaron en el pasillo evitar dicho arrastre, no consiguiéndolo ante la porfía del acusado, quién procedió a empujar y golpear a Leocadia, causándole lesiones consistentes en una contusión leve en región craneal derecha y erosiones leves en la muñeca izquierda, las que no precisaron para sanar de asistencia facultativa, sanando a los cinco días sin impedimento ni secuelas.

Acto seguido, el acusado terminó por llevar a la fuerza a Miriam a la cocina, donde tras sujetar a la misma por su hombro con la mano izquierda, tomó el cuchillo de cocina antes descrito y con la intención de acabar con su vida le asestó una serie de cuchilladas hasta el número de ocho: tres en la zona del cuello, de las cuales una tuvo 5 centímetros de profundidad con afectación de la apófisis transversa cervical; dos en región facial, otra en la región torácica derecha axilar, penetrante en cavidad pleural y que produjo un neumotórax; otra en región abdominal que perforó el colon transversal productora de hemicolectomía derecha y anastomosis ileo-cólica, así como una última en el miembro superior derecho con sección de la vena mediana braquial y la porción larga del bíceps. Una de las heridas del cuello y las de la zona torácico-axilar y la

abdominal afectaron a órganos y vasos con tal gravedad que de no haber recibido Miriam una asistencia médico-quirúrgica inmediata, le habrían provocado su fallecimiento.

Inmediatamente después, Leocadia se escondió en el cuarto de baño y solicitó ayuda a los servicios de emergencia del 112, los que alertaron a la Guardia Civil y Policía Municipal, los que se personaron en el edificio, encontrando a Miriam en el descansillo de su vivienda, lugar donde cayó tras intentar huir.

Asimismo acudieron en ayuda de Miriam sus dos vecinas del piso inferior Erica y Mónica, las que fueron alertadas por Leocadia. Finalmente la Guardia Civil procedió a entrar en el domicilio del acusado deteniendo al mismo, quien momentos antes había entregado su cuchillo a su hija Carmela.

Como consecuencia de tales hechos Miriam vino a sufrir las lesiones antes descritas, así como un trastorno por estrés postraumático crónico y de grado intenso, que requirieron para su sanidad del transcurso de 221 días (16 de ellos de estancia hospitalaria), habiendo necesitado tratamiento médico intensivo (UCI), quirúrgico, rehabilitador y psicoterapéutico, restándole como secuelas además de aquel trastorno psíquico, importantes limitaciones en su miembro superior derecho en las articulaciones del hombro (con disminución de la flexión, abducción y rotaciones), y limitación de los últimos grados de flexo-extensión del codo derecho; axonotmesis del nervio axilar musculocutáneo derecho; pérdida dentaria de dos piezas productora de perjuicio estético ligero, así como un perjuicio estético muy importante representado por las nueve cicatrices que le han restado (ocho provenientes de las heridas causadas y una novena ocasionada quirúrgicamente por la laparotomía necesaria para sanar la lesión abdominal).

Desarrollaremos cada uno de los recursos expuestos y sus motivos.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR Jon

SEGUNDO.- 1.- Se formula el primer motivo al amparo del *artículo 5.4 de la LOPJ* , por cuanto la sentencia impugnada infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra *CE en su artículo 24.2* .

Cuestiona, en primer lugar, el recurrente la condena por el maltrato habitual del *art. 173.2 CP* y señala que se fundamenta la condena fácticamente aludiendo "únicamente" al testimonio de la víctima y su hija Leocadia.

Sobre este motivo debemos recordar que cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que es lo que hace el recurrente, ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar **debe analizar el "juicio sobre la prueba "** , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia "** , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad "** , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Sobre esta cuestión hay que reseñar que el Tribunal de instancia ha sido riguroso y exquisito en la valoración de la prueba, ya que igual que ha entendido que no existe delito continuado de amenazas por considerar que no podían entenderse creíbles las frases proferidas y absolver al recurrente por este delito, sin embargo, sí que otorga credibilidad plena a la declaración de la denunciante y su hija Leocadia, señalando el Tribunal que "las testimoniales de Miriam y Leocadia, ya reseñadas, vinieron a acreditar cómo el acusado durante el transcurso de 2014 hasta el 15 de Noviembre de 2014 ha venido en varias ocasiones a insultar y vejar a Miriam con expresiones y frases como "puta, guarra, hija de puta, no vales nada", así como a ejercer fuerza física sin causar lesión a la misma (empujones, forcejeos, agarrones, etc), en número no exactamente precisado, pero sí con una continuidad, frecuencia y pluralidad comisiva que permite la aplicación del tipo delictivo analizado, y aún cuando la levedad de los incidentes dentro de la gravedad propia de tal tipología, no hubiera venido a determinar que terceras personas se apercibieron de ello, lo que resulta natural y normal en los casos de la menor Carmela y las vecinas de bloque antes referenciadas".

Reiterada es la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de declarar enervada la presunción de inocencia que es cuestionada por el recurrente con la declaración de la víctima, dado que el Tribunal reúne la opción de:

1.- **Parámetros de valoración de la declaración de la víctima por el Tribunal.** El Tribunal puede realizar ese proceso valorativo, dado que en la declaración de la víctima puede apreciar:

a.- Escuchar la declaración de la víctima y no solo escucharla, sino valorar sus expresiones.

b.- La forma en la que contesta a las preguntas,

c.- Las reacciones de la víctima a las preguntas de los abogados y el Ministerio Público.

d.- La inexistencia de contradicciones ante determinadas preguntas que ya fueron hechas en sus anteriores declaraciones.

e.- La expresión gestual de la víctima al declarar ante el Tribunal.

2.- **La inmediatez** le permite al Tribunal llegar a considerar enervada la presunción de inocencia con la sola declaración de la víctima, sobre todo en delitos contra la libertad sexual, o de violencia de género en los que la intimidad en la comisión del delito impide que existan pruebas que permitan corroborar esa declaración, dado que no siempre puede exigirse a la acusación que aporte pruebas de corroboración en delitos de carácter sexual o de violencia de género, y también

doméstica en este caso, ya que se trata de hechos que ocurren sin más testigos y las únicas pruebas pueden ser las declaraciones que pueden venir corroboradas por informes médicos si ha habido lesiones. Pero en los casos de maltrato habitual sin causar lesión o con expresiones y vejaciones reiteradas se trata de la declaración de la víctima exclusivamente y se trata de valorar la credibilidad si se aprecian contradicciones.

En este caso el Tribunal aprecia la existencia de prueba bastante con sus declaraciones, tanto la de Miriam como la de Leocadia, en cuanto a las expresiones proferidas y el maltrato sin lesión. Y de la misma manera que el Tribunal les otorga credibilidad para condenar por el delito del *art. 173.2 CP* absuelve al recurrente de las amenazas continuadas, con lo que existe rigor valorativo.

Debemos recordar que esta Sala del *Tribunal Supremo ha señalado, entre otras Sentencia 172/2017 de 21 Mar. 2017, Rec. 1705/2016* que:

"1) La doctrina de esta Sala y del T. Constitucional señala la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, pero es necesario observar especiales cautelas por hallarnos ante un testimonio de singulares connotaciones. La jurisprudencia ha venido exigiendo un control sobre el testimonio de la víctima que permita aquilatar la veracidad o inveracidad de lo declarado. Estos parámetros de control son:

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".

Sobre el **maltrato habitual** lo que exige al Tribunal es que se llegue a la percepción que de las declaraciones de las víctimas, como aquí ocurre, se llegue a la creencia de que esos hechos reiterados que constituyen un delito autónomo de maltrato han ocurrido, sin que se precise una concreción de fechas, pero sí una aproximación del periodo de los hechos, que aquí se ubica en el año 2014. Por ello, y ante ello, en este caso el Tribunal sí que llega a esa convicción de que durante ese periodo de 2014 esos hechos que se describen en los hechos probados ocurrieron.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado, entre otras en sentencia 232/2015 de 20 Abr. 2015, Rec. 1634/2014 que: "El delito de maltrato habitual en el ámbito familiar previsto el *artículo 173.2 CP* castiga la ejecución de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasifamiliar, con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente. Actos que, desde una perspectiva de conjunto, generan una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscaba su dignidad, lo que da lugar a un injusto específico que rebasa el correspondiente a cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual. El precepto de que se trata ha suscitado ya abundante jurisprudencia que ha resaltado que el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales del *artículo 173.2 CP*, es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo (*SSTS 474/2010 de 17 de mayo* ; *889/2010 de*

19 de octubre ; 1154/2011 de 10 de noviembre ; 168/2012 de 14 de marzo y 66/2013 de 25 de enero). Aspecto éste que quedó reforzado tras la reforma operada por la LO 11/2003, que situó los malos tratos habituales entre los delitos de torturas y contra la integridad moral, y los sancionó de modo agravado respecto del tipo básico, principalmente en atención a las características propias del ámbito familiar en el que se producen. Además los límites del bien jurídico se ampliaron, pues eliminó como exigencia la convivencia en los supuestos de relaciones de afectividad análogas a las de los cónyuges y se amplió expresamente el abanico de posibles sujetos pasivos del delito a las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

De manera constante ha destacado la doctrina de esta Sala, que la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos violentos o vejatorios aisladamente considerados, y que el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores inherentes a la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, el familiar (entre otras *SSTS 645/99 de 29 abril ; 834/2000 de 19 de mayo ; 927/2000 de 24 de junio ; 1161/2000 de 26 de junio ; 164/2001 de 5 marzo ; 105/2007 de 14 febrero ; 1050/2007 de 20 de diciembre ; 716/2009 de 2 de julio ; 192/2011 de 18 de marzo ; STS 765/2011 de 19 de julio ; STS 782/2012 de 2 de octubre ; STS 1059/2012 de 27 de diciembre ; 66/2013 de 25 de enero ; 701/2013 de 30 de septiembre ; 981/2013 de 23 de diciembre ó 856/2014 de 26 de diciembre*).

Se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor.

Por ello ha dicho de manera reiterada esta Sala que el maltrato familiar del *artículo 173 CP* se integra por la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia en relación a las personas que el precepto enumera, aun cuando aisladamente consideradas fueran constitutivas de falta. Lo relevante es que creen, por su repetición, esa atmósfera irrespirable o el clima de sistemático maltrato al que ya nos hemos referido.

La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica que ha originado distintas corrientes interpretativas. La jurisprudencia de esta Sala se ha apartado de la que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas, que por establecer un paralelismo con la habitualidad que describe el *artículo 94 CP* a afectos de sustitución de penas, se fijó en más de dos, es decir, a partir de la tercera acción violenta. Gana terreno y se consolida en la doctrina de esta Sala la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico- social más que jurídico-formal. Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir, son prueba de aquella,

aunque no la única vía para su acreditación (entre otras *SSTS 765/2011 de 19 de julio ; 701/2013 de 30 de septiembre ; 981/2013 de 23 de diciembre y 856 /2014 de 26 de diciembre*)".

Hay que añadir a lo expuesto que **el maltrato habitual se configura con unas características de especial crueldad en el autor que en el círculo de su propio hogar familiar ejerce un maltrato prolongado, y que aunque se desdobra en actos aislados de hechos que pueden conllevar, individualmente considerados, una penalidad reducida, la reiteración en esos hechos provoca un doble daño en la víctima, tanto físico si se trata de agresiones causando lesión o sin causarlas, o en expresiones como las que antes hemos señalado que profirió el recurrente y constan probadas, como psíquico, por afectar a la psique de las víctimas, no solo las expresiones que se profieren, sino el maltrato físico habitual viniendo del autor del que vienen los hechos, que no se trata de un tercero ajeno a las víctimas, sino de la pareja de la víctima, o el padre de las mismas, como aquí ocurre, lo que agrava el padecimiento de las víctimas de violencia de género y doméstica.**

El maltrato habitual produce un daño constante y continuado del que la víctima, o víctimas tienen la percepción de que no pueden salir de él y del acoso de quien perpetra estos actos, con la circunstancia agravante en cuanto al autor, de que éste es, nada menos, que la pareja de la víctima, lo que provoca situaciones de miedo, incluso, y una sensación de no poder denunciar. Ello provoca que en situaciones como la presente el silencio haya sido prolongado en el tiempo hasta llegar a un punto en el que, ocurrido un hecho grave, se decide, finalmente, a denunciar por haber llegado a un límite a partir del que la víctima ya no puede aguantar más actos de maltrato hacia ella y, en ocasiones, también, hacia sus hijos. Sin embargo, es preciso señalar y destacar en el caso que ahora nos ocupa que cuando esta decisión se adopta por la víctima se incrementa el riesgo de que los actos de maltrato pasen a un escenario de "incremento grave del riesgo de la vida de la víctima", ya que si ésta decide comunicar la necesidad de una ruptura de la relación, como aquí ha ocurrido, o le denuncia por esos hechos, o el más reciente, el sentimiento de no querer aceptar esa ruptura el autor de los mismos provoca que pueda llegar a cometer un acto de mayor gravedad, como aquí ha ocurrido. Y ello requiere en estos casos medidas de detección urgente del riesgo de que estos hechos puedan ocurrir cuando se denuncian hechos de maltrato.

El Tribunal en este caso ha apreciado esta conducta de maltrato habitual del recurrente, y pese a que niegue la autoría, el motivo debe desestimarse por entenderse que la declaración de las testigos/víctimas es creíble, ya que aquí no se trata de que la declaración inculpativa provenga de un mero testigo, sino que viene de la víctima, que aunque tenga procesalmente la condición de testigo se trata de un **testigo cualificado, porque es el sujeto pasivo del delito . .**

Las víctimas presentan unas características especiales y autónomas en la consideración procesal de las mismas en su declaración en el plenario, y aunque la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito recogió una serie de derechos a éstas, y los reguló de forma autónoma, lo cierto es que olvidó considerar de forma específica y especial a las víctimas del delito, ya que se trata no solo de testigos que han visto los hechos, sino de víctimas que los "han sufrido". Y en esa valoración, el Tribunal debe incidir en los parámetros que antes hemos señalado para apreciar si la víctima dice la verdad o falta a ella.

El Tribunal en este caso percibió que la víctima, su propia pareja, decía la verdad, al igual que la hija de ésta, narrando el maltrato continuado y las vivencias que ello le han producido, lo **que supone actos de mayor gravedad que la agresión que pueda causar un tercero a una persona, ya que ello no provoca tanto daño como el que te puede causar que ese maltrato, y continuado, te lo pueda causar la persona que vive contigo, y que es tu pareja, o tu padre,** o en este caso la pareja de tu madre, pero con la que una hija convive, lo que le inspira una confianza que es destruida por estos hechos y agrava el daño no solo físico, sino, también, psíquico.

En este caso el recurrente alude a la mala relación con la hija de la víctima y que solo destacaron la referencia al maltrato habitual a raíz de este hecho concreto, pero hay que recordar que esta es una de las características de estos hechos de maltrato, ya que, como antes se ha expuesto, **las víctimas lo silencian por miedo, temor a una agresión mayor, o a que las maten, lo que pudo ocurrir en este caso. Pero ese "silencio" de las víctimas no puede correr contra ellas cuando finalmente lo cuentan a raíz de un hecho más grave, como en este caso, y el autor les cuestiona el silencio como sinónimo de faltar a la verdad cuando relatan unos hechos de maltrato habitual.**

No puede admitirse, por ello, que el estado de pánico y terror que sufren las víctimas les suponga una "traba de credibilidad" cuando éstas deciden a denunciarlo más tarde, ya que el retraso en denunciar hechos de violencia de género, o doméstica, no es sinónimo de falsedad en una declaración, sino que es perfectamente admisible entender veraz esa declaración por las especiales características de los hechos de maltrato, cuya valoración debe tener unas condiciones distintas por las propias diferencias inherentes a quien es el autor del delito: nada menos que tu pareja, o tu propio padre, o la pareja de tu madre, como en este caso ocurrió.

Así, aunque el recurrente alegue que no constaba que la víctima hubiera denunciado malos tratos anteriores es sabido que en **el maltrato habitual la inexistencia de denuncias previas no es entendible como una declaración no cierta o inexacta, o que la víctima falta a la verdad, ya que la existencia de denuncias previas no es un requisito sine qua non exigido en la valoración de la prueba de la víctima en el delito de malos tratos.**

En cuanto a la mala relación que alega que existía entre la hija de la víctima y el recurrente, lo que entiende éste que le lleve a Leocadia a faltar a la verdad, hay que recordar que es un alegato que se plantea en muchas ocasiones en los supuestos de violencia de género y doméstica, pero no es menos cierto que en las relaciones de ex pareja, o doméstica en estos casos, cuando ha habido serios problemas entre ellos, como aquí ha ocurrido al denunciar al final los malos tratos habituales tras un hecho de la gravedad aquí descrita, es obvio que la relación que mantengan no sea buena, y más aún cuando tras la convivencia, o durante ella, ha habido malos tratos. Pero ello no tiene por qué conllevar a que en la declaración de la víctima se entienda que siempre y en cualquier circunstancia existe una duda acerca de su credibilidad por la circunstancia de que la existencia de los malos tratos le lleven a alterar su declaración, o aunque el recurrente alegue su inexistencia, y que ella le quiere perjudicar, no se entiendan las razones de ese alegato de resentimiento que se alega salvo que los malos tratos sean ciertos, lo que no quiere decir que la víctima mienta, sino que el resentimiento existe de cualquier modo, pero por esa existencia del maltrato, lo que no debe llevarnos a dudar de que lo que declara acerca de un hecho concreto sea incierto,

como aquí ocurre.

Incide el recurrente en que no hay testigos ajenos a las declarantes y que ello puede demostrar que es falso el maltrato habitual, pero nada más lejos de la realidad, ya que **se trata de delitos en la intimidad, y no puede exigirse a la acusación que aporte al plenario testigos ajenos a las víctimas que declaren sobre hechos, cuando puede que estos testigos no existan al cometerse en la intimidad del hogar, pero sin que ese miedo que han tenido por denunciar se les vuelva en contra cuando se deciden a hacerlo** . Y ello, ante una especie de "síndrome de Estocolmo", como perfil típico en muchos casos de violencia de género y doméstica . Incluso no es prueba de descargo que la defensa, como aquí se alega, aporte prueba al proceso de vecinos o testigos que no han presenciado hechos de malos tratos, ya que pueden haber ocurrido sin que estos los presencien por la intimidad de la ejecución delictiva en este tipo de hechos. Todo ello articulado en el propio hogar creando una especie de "escenario del miedo" por la persistencia en un maltrato en el propio hogar que va minando poco a poco a las víctimas.

Por todo ello, el motivo se desestima.

2.- Respecto a los motivos segundo y tercero, se alega infracción de ley por inaplicación de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio del *artículo 21.1 en relación con el artículo 20.1 del Código Penal* , y la infracción de ley por inaplicación de la eximente incompleta de intoxicación por consumo de bebidas alcohólicas del *artículo 21.7 en relación con el artículo 20.2 del Código Penal* .

No existe referencia en los hechos probados a que el recurrente cometiera los hechos bajo estado de trastorno mental transitorio en el momento de ocurrir, como alega el recurrente, ni que la ingesta de bebidas le haya provocado esa afectación a la imputabilidad.

Sobre esta cuestión se pronuncia con claridad valorativa el Tribunal señalando que "en cuanto al alegado trastorno mental transitorio, no ha existido en la causa elemento de acreditación alguno que pudiera venir en la necesaria afirmación probatoria pretendida, pues el mero comportamiento desmedido y violento del acusado, incluso por encima de su normal actuar, no puede venir a erigirse en acreditación de tal trastorno, habiendo venido tanto la pericial psicológica practicada por los Sres. Forenses y obrante a los folios 417 a 422 del procedimiento y objeto de clara ratificación plenaria por sus autores, como el informe psicológico emitido por los facultativos del Centro Penitenciario de Cumplimiento de DIRECCION001, y el informe psiquiátrico del DIRECCION002 obrante al folio 533 (objeto los dos primeros de ratificación plenaria por sus autores); a negar cualquier tipo de padecimiento psiquiátrico o psicológico en el acusado que pudiera haber servido de factor etiológico para tal supuesto trastorno mental transitorio, no pudiendo venir a integrar el mismo tampoco la situación de crisis de pareja protagonizada por el acusado. A la misma conclusión ha de llegarse respecto a la supuesta intoxicación etílica, al no haber quedado acreditado tal estado de intoxicación semiplena y fortuita, cuando de las testificales practicadas lo único que consta como máximo es la ingesta de tres combinados de ginebra con tónica, claramente insuficientes por notoriedad para afectar al acusado del modo por el mismo afirmado, siendo además relevante que el facultativo que vino a asistirle a las 3.55 horas de la noche de autos, es decir, tan sólo una hora desde los hechos, no viniera apreciar en el mismo intoxicación etílica alguna (ver parte de asistencia médica obrante al folio 49). A todo ello ha de añadirse la acreditada normalidad y tranquilidad protagonizada por el acusado minutos después de

los hechos, con fundamento en lo declarado por los agentes de la Guardia Civil NUM005, NUM006 y NUM007, así como por los Policías Locales de DIRECCION000 NUM008 y NUM009 ".

Esta detallada explicación del Tribunal privilegiado por la inmediación en la práctica de la prueba conlleva su admisibilidad y la desestimación del motivo, ya que estas alegaciones en torno a supuestos estados que afectan a la imputabilidad deben ser tan probados como el hecho mismo. Y en este caso el Tribunal no considera que concurre un grado probatorio de relevancia que permita entender que concurría en el recurrente una afectación tal que le impedía ser consciente de la gravedad de sus actos. El hecho de gravedad se perpetra con absoluta conciencia de saber lo que estaba haciendo y con clara intención de matar, como consta en la descripción del momento que tuvo que pasar la víctima, pero en modo alguno puede rebajarse la pena por las alegaciones del recurrente, lo que no quiere decir que su estado pudiera ser de alteración, pero sin la entidad suficiente como para conllevar una atenuación o exención de responsabilidad, ya que la alteración propia de un momento no puede conllevar una atenuación de la responsabilidad merecedora de una rebaja de la penalidad. El recurrente sabía perfectamente lo que estaba haciendo y quería hacerlo, es decir, acabar con la vida de la víctima.

El recurrente cuestiona el informe pericial practicado, pero ello no es más que una distinta valoración del mismo, pretendiendo otorgar mayor valor a su alegato, o a que tuviera una especial depresión motivado por la ruptura de su pareja, pero ello no puede llevar a una atenuación de responsabilidad o exención, ya que el hecho de que se le haya notificado la decisión de ruptura de su pareja, aunque resulta obvio que ello puede resultar afectante a la persona que recibe la noticia, no puede llevar al merecimiento de una exención completa o incompleta de responsabilidad, o una atenuación, y que el estado de desasosiego o incompreensión que ello le pueda provocar no tiene por qué suponer una inimputabilidad alegada en este tipo de actos para conseguir una disminución de la responsabilidad cuando, en modo alguno, el Tribunal lo considera probado con el grado de suficiencia que merecen la apreciación de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal. Y, además, el hecho de que se afirme que sea consumidor de bebidas alcohólicas, o esté sumido en una depresión no puede llevar al merecimiento de una disminución de la pena, al no llegar a la convicción del Tribunal en modo alguno, tal y como lo explica, que ello sea de la calidad y potencia suficiente como para que concurriera al momento de los hechos y con la probanza en el plenario suficiente como para permitir la apreciación de la circunstancia como eximente incompleta nada menos.

Por ello, se desestiman ambos motivos y por ello el recurso deducido.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN REPRESENTACIÓN DE Miriam.

TERCERO.- 1.- Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el *art. 849.1 en relación con el art. 847.1b) por no aplicación o infracción de lo preceptuado en el art. 139.1 del CP* .

Se sostiene por la recurrente víctima que ha concurrido en los hechos la agravante de alevosía y que, por ello, la condena por delito de homicidio es incorrecta y debió castigarse como asesinato en grado de tentativa.

De suyo, **la calificación de los hechos por el Ministerio Fiscal fue,**

también, de asesinato en grado de tentativa . Así, entiende que "partiendo de los hechos probados:

1) El ataque fue súbito toda vez que hay que distinguir dos momentos, en primer lugar la agresión sufrida en la cama y el apuñalamiento en sentido estricto. Siendo dos momentos distintos. Debemos analizar el primer momento que fue la agresión sufrida en la cama y por otro el apuñalamiento (hasta 8 veces). Entendemos que son momentos diferentes y que debemos analizar el carácter súbito (alevosía) desde el momento que se produce el apuñalamiento (hasta 8 veces) y no desde la primera agresión en la cama. Partiendo de lo expuesto mi mandante no pudo ni imaginar que el resultado fuera el apuñalamiento toda vez que deja el cuchillo en la encimera. Este dato es importante o mejor dicho importantísimo toda vez que si hubiera previsto un ataque en ninguno de los casos hubiera dejado el cuchillo en la encimera y hubiera procedido a esconderlo en algún lugar donde no tuviera acceso el agresor.

2) Por otro lado y si analizamos los hechos declarados probados las amenazas proferidas por el acusado, y según se desprende de los hechos declarados probados no pasaron de ser de bromas de muy mal gusto. Esto nos llega a la conclusión que en ningún momento mi representada temiera por su vida, ya que si no hubiera escondido el cuchillo.

3) Mi representada es agarrada por los pelos y arrastrada, hasta donde se encontraba el cuchillo (en la encimera), no sospechando en ningún momento que el acusado intentara acabar con su vida.

4) Por último manifestar nuestra disconformidad, con lo alegado en los fundamentos en cuanto a la falta de defensa. Una mujer agarrada por los pelos y arrastrada hasta la cocina por su pareja violenta crea una situación de temor que paraliza cualquier actividad defensiva. Igualmente fue agarrada por el agresor imposibilitando cualquier defensa. Estos dos elementos crean una situación de indefensión frente a la agresión".

Pues bien, en esencia, la recurrente postula la **conurrencia de la alevosía por la ausencia de capacidad defensiva de la víctima, lo que vendría a cualificar el hecho como asesinato** . A ello hay que añadir que dispone el *artículo 22.1ª del Código Penal* que es circunstancia agravante ejecutar el hecho con alevosía y 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"*.

Y este alegato debe ser estimado por varias razones, y entre ellas las siguientes concurrentes en el presente caso y de modo específico:

1.- La aceptación de que existieran episodios previos de malos tratos no puede llevar consigo "ser esperable" por la víctima una reacción tal como la que ocurrió el día de autos en el que el condenado, con una agresividad brutal le asestó ocho puñaladas a la víctima. Ello incide en el carácter imprevisible de la acción del agente y su carácter alevoso por sorpresivo.

2.- Resulta importante el aspecto "locativo" donde se suceden los hechos, es decir, en el hogar. Un escenario en donde el agresor tiende en este caso concreto a

asegurar el hecho arrastrando a la víctima hasta la cocina para, una vez allí, asestarle ocho puñaladas.

3.- La presencia de los menores, incluso, ahonda más en el miedo que pudo sentir la víctima de que ante tal escenario de agresividad pudieran ser agredidas las dos, ante la forma tan brutal en que sucedieron los hechos.

Pues bien, el motivo debe estimarse, dado que el Tribunal ha descartado la concurrencia de alevosía, pero lo hace con un razonamiento en el que articula posibilidades de defensa que ponen en la acción/reacción que podría haber tenido la víctima en este caso. Pero su argumentación no es coherente con el supuesto fáctico, tal y como ha sido proclamado, ajustándose a nuestra doctrina a la hora de explicar las distintas modalidades del comportamiento alevoso. Y así se expone en la *sentencia de esta sala 61/2010 de 28 Ene. 2010, Rec. 10697/2009*, al declarar que: "La *STS 888/2008, 10 de octubre*, con cita de la *STS 357/2005, 22 de marzo, recuerda el criterio uniforme de la jurisprudencia de la Sala Segunda* -expresado, entre otras, en la *STS 49/2004, 22 de enero* - cuando distingue entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa:

a) **alevosía proditoria**, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera;

b) **alevosía súbita o inopinada**, llamada también «**sorpresiva**», en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible y

c) **alevosía de desvalimiento**, en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, dormidas o privadas de conocimiento".

De entre las tres modalidades la recurrente postula la segunda, ya que la sorpresa que alega nos deriva a esta vía, y en esta línea ya expusimos en la *sentencia de esta Sala 183/2018 de 17 Abr. 2018, Rec. 10713/2017* que "la propia esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y, correlativamente, a la suspensión de eventuales riesgos para su aporte procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados...", añadiendo que "Sobre la apreciación de la alevosía se ha pronunciado este *Tribunal Supremo (entre otras en Sentencia 775/2017 de 30 Nov. 2017, Rec. 10425/2017)* señalando que "conviene recordar que el *art. 22.1ª del C. Penal* dispone que la alevosía concurre «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».

En el caso que nos ocupa debemos valorar dos aspectos:

1.- El **punto de vista objetivo** en la conducta del autor por medio de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución, en cuanto tiende a la eliminación de la defensa. Y en este caso tal aseguramiento existe, dado que el recurrente entra en la habitación de la víctima de forma sorpresiva, dado que ella en ningún momento pensó que pudiera llegar a realizar la conducta que realizó posteriormente el recurrente, dado lo que momentos antes ella había ejecutado al entrar en el baño y quitarle la idea que tuvo el recurrente.

2.- El **punto de vista subjetivo** , en cuanto el dolo del recurrente en su mecánica comisiva se proyecta no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en este caso ese riesgo no existió y sí el aseguramiento de lo que pretendía hacer, como es acabar con la vida de la víctima, ya que el hecho probado señala que: *el acusado vino a desplazarse seguidamente al dormitorio de Miriam y tras golpear a la misma en la cabeza con sus puños, vino a agarrar a la misma y arrastrarla contra su voluntad por el pasillo de la vivienda ... Acto seguido el acusado terminó por llevar a la fuerza a Miriam a la cocina, donde tras sujetar a la misma por su hombro con la mano izquierda, tomó el cuchillo de cocina antes descrito y con la intención de acabar con su vida le asestó una serie de cuchilladas hasta el número de ocho: tres en la zona del cuello, de las cuales una tuvo 5 centímetros de profundidad con afectación de la apófisis transversa cervical; dos en región facial, otra en la región torácica derecha axilar, penetrante en cavidad pleural y que produjo un neumotórax; otra en región abdominal que perforó el colon transverso productora de hemicolectomía derecha y anastomosis ileo-cólica, así como una última en el miembro superior derecho con sección de la vena mediana braquial y la porción larga del bíceps. Una de las heridas del cuello y las de la zona torácico-axilar y la abdominal afectaron a órganos y vasos con tal gravedad que de no haber recibido Miriam una asistencia médico- quirúrgica inmediata, le habrían provocado su fallecimiento. Inmediatamente después Leocadia se escondió en el cuarto de baño".*

En esta descripción no acontece, de ninguna manera, posibilidad alguna de que la víctima pudiera realizar acto alguno de defensa. El recurrente entró en la habitación, la arrastra por el pasillo, sin que la víctima pudiera hacer nada absolutamente al llevarle arrastrando por el pasillo, no pudiendo hacer ella nada por la violencia de la conducta del recurrente y al llegar a la cocina le asesta hasta ocho puñaladas con la intención de acabar con su vida en un episodio que tuvo que vivir la víctima en la que en el relato fáctico recoge que tuvo que pasar por una situación dramática en la que en ningún momento se describe en el factum que ella pudiera haber evitado la reiteración en el ataque que le estaba haciendo el autor de la agresión, ya que la acción fue sorpresiva en tanto en cuanto entra en la habitación, sin que ella pudiera esperar esa conducta de excesiva agresividad del condenado y le empieza a dar golpes de forma continuada prevaliéndose de la superioridad física del autor frente a la víctima. Además, en ese estado le agarra y la saca violentamente de la habitación arrastrándole hasta la cocina donde estaba el cuchillo **con la clara intención** de que la víctima no pudiera huir y asegurarse de que al llegar a la cocina éste pudiera coger el cuchillo y asestarle una y otra vez hasta ocho puñaladas con la intención, que no podría ser otra, dado el número de puñaladas, de acabar salvajemente con su vida, ya que cinco puñaladas fueron en dirección a la cabeza: tres en la zona del cuello, de las cuales una tuvo 5 centímetros de profundidad con afectación de la apófisis transversa cervical; dos en región facial.

Con este modus operandi en el que el agresor le asesta nada menos que 5 puñaladas en la cabeza, evidentemente suponía un claro intento de acabar con su vida. Así, el relato descriptivo nos lleva a situarnos en un acto de arrastrar a la víctima por el pasillo **sin que ella pudiera hacer nada por evitarlo, dada la violencia empleada, y** una vez llega a la cocina coge el condenado un cuchillo y empieza a acuchillarle, haciéndolo en dirección a la cabeza de la víctima. Con ello , **las posibilidades de defensa son absolutamente nulas, ya que en estas condiciones de agresividad y con un cuchillo en la mano el agresor, asestándole nada menos que ocho puñaladas a la víctima, cinco de ellas en la cabeza, no hay ser humano, salvo que sea superior físicamente al agresor, que pueda realizar acto alguno defensivo en un episodio de la agresividad que desplegó el autor de estos hechos.**

No se describe en el hecho probado acción alguna defensiva de la víctima, y, muy al contrario, el relato describe una acción de una agresividad tal que las posibilidades de defensa no es que se hubieran mermado, sino que eran absolutamente nulas, al punto de que solo pudo huir cuando el acusado dio la última puñalada y la única opción de la víctima fue esconderse en el cuarto de baño y solicitar ayuda a los servicios de emergencia del 112, los que alertaron a la Guardia Civil y Policía Municipal.

Con la descripción del relato de hechos debe deducirse que si la recurrente no falleció fue porque pudo esconderse en el baño y llamar al nº 112, pero no pudo hacer absolutamente nada por evitar el agresivo ataque del condenado. Es decir, en los hechos probados no se describe **ninguna acción defensiva** , u opción de hacerlo por la víctima, ante la agresividad utilizada que impidió a ésta hacer nada más que recibir un ataque feroz de, nada menos, tres puñaladas, tres de ellas dirigidas al cuello, lugar absolutamente mortal, ya que el hecho probado describe que *una de las heridas del cuello y las de la zona torácico-axilar y la abdominal afectaron a órganos y vasos con tal gravedad que de no haber recibido Miriam una asistencia médico-quirúrgica inmediata, le habrían provocado su fallecimiento.* Por ello, de no ser porque la víctima pudo esconderse en el baño con ocho puñaladas en su cuerpo y que la actuación de los equipos sanitarios fue urgente e inmediata la víctima hubiera fallecido.

El Tribunal explica para tener por acreditado el "animus necandi" que *"nos encontramos con la consciente y querida utilización del cuchillo de cocina con hoja metálica de 20 centímetros de longitud, como instrumento altamente eficaz para causar la muerte, unido al vital lugar de emplazamiento de las heridas inciso confusas asestadas a la víctima en zonas tan vitales como el cuello, abdomen y zona axilar torácica, afectando a vasos y órganos vitales, que de no haber venido a tener la víctima una pronta y adecuada atención médico intensiva y quirúrgica, hubieran venido a provocarle la muerte sin duda alguna, tal y como con exhaustividad vino a informarse por los Sres. Médicos Forenses en el plenario al ratificar el informe de sanidad emitido en sede instructora y obrante a los folios 398 al 416 de las actuaciones; todo lo que habla bien a las claras del ánimo necandi que guió al acusado en la ejecución de un menoscabo somático considerable, de evidente riesgo vital y que de no haber contado con la pronta intervención del servicio de emergencias sanitarias del 112, y posterior e inmediato traslado al Hospital General de Ciudad Real, hubiera determinado el fallecimiento de Miriam, tal y como in extenso vinieron a sostener los Sres. Médicos Forenses en el plenario en ratificación de su informe, antes reseñado. Tales circunstancias han de ser asimismo relacionadas con la multiplicidad de las cuchilladas propinadas, hasta en número de ocho".*

Pero la descripción de la forma de ocurrir los hechos nos lleva a tener por acreditado una acción que privó ABSOLUTAMENTE de posibilidad alguna de defensa en la víctima, lo que convierte la conducta del condenado en alevosa, ya que la doctrina se refiere a la concurrencia de la misma cuando el autor del delito **se aprovecha** de su forma comisiva para asegurarse el resultado final, que en este caso no ocurre por poder refugiarse la víctima en el baño y poder avisar a emergencias, así como la rápida comparecencia de los sanitarios, que al poder llevarla al centro sanitario pudieron salvarle la vida y no morir desangrada por las graves lesiones que le había causado el agresor. Difícilmente pueden justificarse, por ello, mecanismos de defensa en una mujer que es agredida por su pareja en claro aprovechamiento de su posición superior sobre su víctima, a quien ha arrastrado previamente para llevarle a la cocina y allí asestarle ocho puñaladas.

Algún sector doctrinal entiende en casos semejantes que podría llevarse el hecho a la concurrencia del abuso de superioridad, lo que excluiría la alevosía, pero ello es rechazable por un mayoritario sector doctrinal, porque ese debilitamiento se debe a la propia agresión. La alevosía concurre desde el inicio de la acción, porque esta se inicia arrastrando a la víctima sin posibilidad de que ésta se defienda, y luego comienza a asestarle puñaladas de forma agresiva y en zonas vitales del cuerpo como se describe en la prueba pericial forense. Podría hablarse de abuso de superioridad solo si el comportamiento no fuera alevoso desde un principio, como sostiene la doctrina más autorizada. Pero en este caso la acción se inicia cuando comienza a golpearle violentamente para reducir su defensa, y al no poder defenderse la víctima el autor la arrastra y comienza a asestarle puñaladas.

Partiendo de estos pronunciamientos, además, la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo los siguientes elementos para apreciar la alevosía:

1. En primer lugar, un **elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas** .

2. En segundo lugar, como requisito objetivo que **el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa**, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

3. En tercer lugar, en el **ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido** , eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y

4. En cuarto lugar, que se aprecie una **mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi**, conscientemente orientado a aquellas finalidades (*SSTS 907/2008, de 18-12 ; 25/2009, de 22- 1 ; 37/2009, de 22-1 ; 172/2009, de 24-2 ; 371/2009, de 18-3 ; 541/2012, de 26-6 ; y 66/2013, de 25-1*)".

En la *sentencia 467/2015, de 20 de julio* se estableció, al tratar sobre la naturaleza de la alevosía, que si bien esta Sala unas veces ha destacado su **carácter subjetivo** , lo que supone mayor culpabilidad, y otras su **carácter objetivo** , lo que

implica mayor antijuridicidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha resaltado su aspecto predominante objetivo, pero exigiendo un plus de culpabilidad, al precisar una previa excogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido, y queriendo el agente obrar de modo consecuente a lo proyectado y representado (*SSTS 632/2011, de 28-6 ; 599/2012, de 11-7 ; y 314/2015, de 4-5*)".

El carácter sorpresivo o la negativa a admitir las posibilidades de defensa se aprecian en este caso, ya que concurre la obvia gravedad de la situación vivida que entiende este Tribunal, y que lleva a la sociedad a rechazar conductas como la en este caso ocurrida y a la mayor de las repulsas en los ataques a la mujer por el hecho de ser mujer, y que cualifica los ataques por motivos de género en el seno de la pareja.

Pero, 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. En este caso, la situación fue especialmente dramática para la víctima.

Ya *esta Sala recuerda en la antes citada sentencia 61/2010 de 28 Ene. 2010, Rec. 10697/2009* que "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)."

También en la *sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1068/2010 de 2 Dic. 2010, Rec. 10409/2010* (también *STS 505/2004, de 21 de abril*) se recordó 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** ".

No debemos olvidar que, como señala esta Sala en la *sentencia del Tribunal Supremo 455/2014 de 10 Jun. 2014, Rec. 10094/2014* , 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 antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (*STS 1866/2002 de 7.11*)". Del mismo modo, en la *Sentencia de esta Sala 51/2016, de 3 de Febrero de 2017* se señala, a la hora de diferenciar la alevosía con el mero abuso de superioridad, que "*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 (en este sentido STS 626/2015 de 18 de octubre y las que ella cita)*. Y en este caso

no existió una defensa mínimamente efectiva que permita entender que los perfiles de la alevosía se desvanecen hacia los de la agravante genérica de abuso de superioridad reservada para aquellos 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 ; 888/2013 de 27 de noviembre ; y 225/2014 de 5 de marzo ó 626/2015 de 18 de octubre , entre otras)."

En la *sentencia de esta Sala 616/2017, de 14 de Septiembre de 2017* se recoge que *"El ataque mortal no solo se produjo de manera inesperada por la espalda, sino también aprovechando que la víctima se encontraba desprevenida en la confianza de que estaba en su hogar.."*

Y en la *sentencia de esta Sala 16/2018, de 16 de Enero de 2018* se recoge que: *En este caso no existió una defensa mínimamente efectiva que permita entender que los perfiles de la alevosía se desvanecen hacia los de la agravante genérica de abuso de superioridad reservada para aquellos 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 ; 888/2013 de 27 de noviembre ; y 225/2014 de 5 de marzo ó 626/2015 de 18 de octubre , entre otras).*

Los hechos se suceden de forma sorpresiva, porque la víctima, pese al previo episodio que consta en el hecho probado, no pudo imaginarse en ningún escenario la reacción que iba a tener el condenado, y no se trató de que su defensa quedara disminuida, sino que quedó anulada. No concurría, por ello, en la conducta un mero abuso de superioridad, sino que la acción fue alevosa.

En este caso podríamos ubicar los hechos en la alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es, precisamente, el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible. Y en este caso la víctima no pudo esperarse en ningún momento ese feroz ataque del condenado, y sin tiempo alguno para poder reaccionar, porque frente a otros hechos recogidos en la jurisprudencia en los que en ataques semejantes la víctima pudo llevar a cabo algún esfuerzo defensivo, en este no hubo forma de llevarlo a cabo ante lo rápido de la actuación iniciada por un ataque feroz con golpes, arrastrarla hasta la cocina y allí perpetrar el acto con ocho puñaladas dirigidas a zona mortal, y sin que la víctima pudiera defenderse, recordando que, incluso, en situaciones donde la víctima ha podido llevar a cabo algún esfuerzo defensivo con antebrazos se ha llegado a aplicar la alevosía en casos similares.

Así, por ejemplo, la *Sentencia de esta Sala 455/2014 de 10 Jun. 2014, Rec. 10094/2014* ha señalado que "en cuanto a la existencia de lesiones en antebrazos lo que denota que la víctima pudo defenderse, lo que impediría la aplicación de la alevosía, es reiterada la jurisprudencia de *esta Sala -STS 106/2012 de 22.2 -* que tiene declarado que por lo que se refiere a la defensa pasiva de la víctima, entendiéndolo, por ello, lo que hace la víctima para, como consecuencia del natural instinto de conservación, tratar de autoprotegerse, lo que en el presente caso estaría constituido por levantar los brazos para intentar evitar los golpes, en tales casos, decimos, es posible la aplicación de la alevosía porque tal acción defensiva no supone ningún obstáculo para que la acción del agresor se lleve a cabo sin riesgo para él. En tal sentido, *SSTS 743/2002 de 26 de Abril* . Y en el mismo sentido, *SSTS 1378/2004*

de 29 de Noviembre para la que la alevosía no es incompatible con la existencia de "heridas de defensa" en la víctima, como cubrirse con manos y brazos para eludir los golpes, o la STS 1472/2005 de 7 de Diciembre, y es que en tal escenario no existen posibilidades de defensa para la víctima, ni por tanto riesgo para los agresores".

En este caso, ni tan siquiera pudo hacerlo para defenderse debido a lo rápido de la acción de ataque, ya que las cuchilladas fueron:

1.- **Tres en la zona del cuello**, de las cuales una tuvo 5 centímetros de profundidad con afectación de la apófisis transversa cervical.

2.- **Dos en región facial**.

3.- Otra en la **región torácica derecha axilar, penetrante en cavidad pleural y que produjo un neumotórax**.

4.- Otra en **región abdominal que perforó el colon transversoproducida de hemicolectomía derecha y anastomosis ileo-cólica**.

5.- Así como una última en el **miembro superior derecho consecución de la vena mediana braquial y la porción larga del bíceps**.

No se describe en el relato acerca del modus operandi ni una sola herida que denotara una posibilidad de defensa, ya que ni tan siquiera existen lesiones en los antebrazos fruto del acto reflejo de una persona que ve que le van a apuñalar, lo que demuestra el carácter brutal y sin posibilidad de defensa de la agresión y la indefensión de la víctima.

Por ello, la esencia de aplicarla en este caso para elevar la calificación de los hechos a asesinato fueron:

1.- El núcleo de la alevosía consiste en **aniquilar las posibilidades de defensa**, y eso es precisamente lo que hizo el acusado en el supuesto actual.

2.- La **rapidez con la que el acusado realiza el acto** que no puede prever la víctima que no pudo defenderse ni tan siquiera poniendo los brazos en la trayectoria entre el cuchillo y su cuerpo.

3.- El **número de cuchilladas** sobre el cuerpo de la víctima. 4.- **Las dimensiones del cuchillo de 20 cm de longitud**.

5.- La **zona donde se dirigieron las cuchilladas**, tres en el cuello y dos en zona facial, zonas mortales.

6.- **Imprevisibilidad del acontecimiento agresivo de la víctima** que se describe en tanto en cuanto se fue a su habitación y la acción del condenado fue:

a.- Entró en su habitación y tras golpear a la misma en la cabeza con sus puños, vino a agarrar a la misma y arrastrarla contra su voluntad por el pasillo de la vivienda.

b.- Acto seguido la arrastra a la cocina y allí **tras sujetar a la misma por su**

hombro con la mano izquierda, tomó el cuchillo de cocinaantes descrito y con la intención de acabar con su vida le asestó una serie de cuchilladas hasta el número de ocho.

El examen de los hechos probados permite la conclusión de que *el acusado obraba sobre seguro* . Es indudable que actuó inclinando a su favor la correlación de fuerzas previa a la agresión. De eso era consciente y lo empleó en la ejecución del delito para asegurar el fin pretendido, cual era matarla, y, además, evitar cualquier tipo de defensa de la víctima.

Por otro lado, hay que señalar que donde hay que poner el acento es en la forma y modo en que el ataque se produce y en la propia redacción del hecho probado, es decir, la forma en la que el Tribunal ha descrito la secuencia del hecho. Y así, la víctima fue cogida por el condenado por el cabello por el pasillo de la casa hasta llegar a la cocina donde la apuñaló hasta en 8 ocasiones, causándole lesiones gravísimas, especificadas en el factum, y que, de no haber sido asistida prontamente, hubieran acabado con su vida. Esta sala del *Tribunal Supremo en Sentencia 17/2013 de 15 Ene*

2013, Rec. 10891/2012 ha señalado que recordando la *Sentencia TS nº 474/2011* "se declara que la modalidad de alevosía sobrevenida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada.

En el presente caso analizado hubo un incidente previo que intentó solucionar la víctima regresando a su habitación, siendo inesperada la reacción del ahora recurrente que entró en la habitación de forma inopinada y sin que fuera posible en la víctima ninguna acción defensiva.

Y con similar doctrina se pronuncia la *Sentencia STS 611/2012, de 10 de julio* en la que se expresa que "una constante doctrina jurisprudencial ha excluido la estimación de la agravante cuando a los actos de ejecución del delito contra las personas precede una situación tal que elimina la posibilidad de traición o sorpresa y en la que la víctima goza de posibilidades de defensa. Así en los supuestos en los que existe previamente una riña en la que autor y víctima asumen las eventuales agresiones del otro, y éstas se presentan como una previsible evolución en la escalada de la gravedad de los ataques mutuos previos. Salvo los casos de mutaciones sustanciales en esa escalada en cuanto a la entidad de las reacciones desproporcionadas por imprevisibles o a la desvinculación entre la situación de riña y una ulterior agresión."

En este caso no hubo un enfrentamiento previo de gravedad entre ellos que hiciera esperar a la víctima esta reacción del recurrente. No se describe en el hecho probado conducta alguna por la que la víctima pudiera esperar una reacción desorbitada del condenado hacia ella que le hiciera adoptar alguna actitud defensiva. Y lejos de ello, la conducta del ahora recurrente fue sorpresiva, y en un ataque desafortunado sobre la víctima que le impidió adoptar medida alguna defensiva ante lo sorpresivo del ataque. No pudo reaccionar de ninguna manera ante la agresividad del ataque y sin que las hijas de la víctima pudieran hacer nada por evitar lo que

finalmente ocurrió. No hay un enfrentamiento entre ambos que permita excluir la alevosía, ya que no consta en modo alguno en el relato de hechos probados, sino todo lo contrario. La víctima se dirigió a su habitación para dormir sin poder prever la reacción que iba a tener el ahora recurrente.

Esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia 803/2002 de 7 May. 2002, Rec. 421/2001-P/2001 recuerda que "la víctima fue arrojada al suelo de manera sorpresiva y que, hallándose en esa posición, el acusado la acometió de inmediato y sin darle tiempo a reaccionar, haciendo uso de un instrumento tan contundente como una piedra, con la que le produjo lesiones mortales, en cuanto localizadas en zonas especialmente sensibles. Semejante modo de proceder obliga a concluir --como se ha hecho en la instancia y al resolver el recurso de apelación-- que el acusado obró con el propósito inequívoco y puso los medios adecuados para asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, que es en lo que reclama la concurrencia de la alevosía (por todas, STS 944/1995 , de 2 de octubre), en consecuencia, correctamente apreciada."

Así, en esta sentencia se reconoce la alevosía por la concurrencia del **aseguramiento en la forma de perpetrar el hecho**, ante la clara imposibilidad de la víctima de realizar acto defensivo alguno, y en este caso la defensa de la víctima es imposible o inexistente, al no poder exigir una defensa a una mujer en un ataque de su pareja de la violencia desplegada por el agresor por el aseguramiento del autor del delito de que por su acción sobre su pareja tiene asegurado el éxito de la misma al anularse los mecanismos de defensa.

En la *sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 780/2003 de 29 May. 2003, Rec. 861/2002* se recuerda que "El concepto legal o auténtico de alevosía (*art. 139.1.º, en relación al 22.1.º CP*), permite configurar su existencia a través de los siguientes elementos:

a) Normativo, que se cumple, ciñendo la aplicación de la cualificativa a los delitos contra las personas.

b) Instrumental, que exige que la conducta del agente se enmarque en una actuación dirigida a asegurar el resultado, con simultánea y correlativa eliminación de cualquier riesgo que proceda del ofendido.

c) Culpabilístico, consistente en el ánimo tendencial de conseguir la muerte proyectada de forma segura y sin posibilidad de defensa del agredido. Dentro del elemento instrumental, la ley incluye, con flexibilidad semántica, a cualesquiera medios, modos o formas de ejecución del delito, en orden a la obtención de esa muerte segura y sin riesgos.

Nada excluye que el medio o mecanismo utilizado para asegurar el resultado mortal sea una progresiva reducción de la víctima (privación de libertad) mediante una serie sucesiva e inescindible de actos, que llevados a cabo sin riesgo del agresor, terminen colocándola en situación de desvalimiento, momento en que la producción de la muerte resulta claramente alevosa."

En este caso, resulta evidente que el condenado realizó una serie de actos tendentes a "asegurar" su resultado, ya que la arrastró con violencia, siendo imposible que la mujer se defendiera ante el ataque sorpresivo de su pareja, quien ejerció, y puso de manifiesto, su superioridad física sobre la mujer, sabiendo que ésta no podría

defenderse ante su ataque, lo que añadido al uso de un cuchillo de las dimensiones expuestas iba a asegurar la muerte, pese a lo cual la única defensa fue introducirse en el baño y llamar al 112.

Ante ello, la conclusión no puede ser otra que la de admitir la concurrencia de la alevosía. Esta anulación de la defensa de la víctima hace aparecer esta circunstancia considerándola, en este caso concreto, con una perspectiva de género, ante la forma de ocurrir los hechos del hombre sobre su mujer y delante de sus hijos, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre la víctima mujer por su propia pareja y en su hogar, siempre que del relato de hechos probados se evidencie esta imposibilidad de defensa de la misma en la acción de su pareja.

Con ello, se estima este motivo de la recurrente aceptando la calificación de los hechos objeto de condena como asesinato en grado de tentativa.

En cuanto a la penalidad en este caso, apreciada la acción alevosa y convirtiendo los hechos en asesinato en grado de tentativa, y con la agravante de parentesco del *art. 23 CP*, procede rebajar la pena en un grado, como ya operó el Tribunal, pero en su mitad superior al concurrir la agravante de parentesco, lo que nos llevaría, aplicando la pena vigente al momento de los hechos en el año 2014 que en el *art. 139 CP* era de 15 a 20 años de prisión, rebajándola en un grado y en su mitad superior (de 11 años y 3 meses de prisión a 15 años) nos lleva a una penalidad de 14 años de prisión, dada la gravedad de los hechos, la forma de su ejecución, el hecho de asestarle ocho puñaladas, y el grave sufrimiento por el que tuvo que pasar la víctima nos lleva a un escenario que determina que sea adecuada la penalidad de 14 años de prisión más las accesorias ya impuestas.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL.

CUARTO.- 1.- Infracción de ley por inaplicación del *art. 22.2 del C.Penal*, abuso de superioridad en la comisión de los hechos.

Reconocida la existencia de la alevosía en la acción se descarta la agravación de abuso de superioridad, ya que como señala la *sentencia de esta Sala de 17 Nov. 1998, Rec. 2164/1997* "la agravante de abuso de superioridad, que en la jurisprudencia se ha venido tildando como una alevosía menor para cuya apreciación basta que se transparente un propósito de valerse del elemento de superioridad para debilitar la defensa de la víctima, pero sin alcanzar a ser una utilización de medios, modos o formas de ejecución que tiendan directamente a realizar delitos contra las personas evitando el agente riesgos para sí mismo que se derivaran de la defensa que pudiera hacer el ofendido, que es la conducta alevosa, determina se haga práctico aclarar si también **cuando se dé la alevosía no podrán ya ser apreciadas las alternativas que se reúnen en el núm. 2 del actual art. 22, como ha sido consagrado en doctrina de esta Sala con respecto a la alevosía y al abuso de superioridad**".

Se ha considerado el abuso de superioridad como una alevosía menor o de segundo grado, lo que permite excluirla cuando ya concurre ésta última, y como apunta *esta Sala en sentencia 569/2014 de 14 Jul. 2014, Rec. 10064/2014* la alevosía embebe a la agravante de abuso de superioridad.

2.- Por inaplicación de los *arts. 46, 55 y 56 del Código Penal*.

Tal y como se interesó por la Fiscalía en su escrito de conclusiones definitivas se presenta este motivo postulando la privación o inhabilitación de la patria potestad respecto de la hija común de ambos de 10 años al momento de los hechos **Carmela** y como consecuencia de ello la prohibición de aproximación del acusado a la menor, así como de comunicarse con ella, que lo sería por periodo de 15 años en ambos casos por la vía del art. 57.1. 2º párrafo.

Se recoge en los hechos probados de la sentencia que el acusado "encontrándose en el domicilio común, y como consecuencia de conocer la intención de Miriam de separarse del mismo, vino a despertarla cuando la misma **dormía con la hija menor de ambos Carmela** , preguntándole el por qué de la separación de hecho que le había impuesto desde meses antes". Para a continuación describir el hecho de arrastrarla por el pasillo, llevarla a la cocina y asestarle ocho puñaladas, lo que lleva a cabo en presencia de su hija y la hija de la víctima, Leocadia; es decir, que la hija común de ambos tenía 10 años al momento de los hechos, lo que supone el vivir un acontecimiento de la gravedad descrita en la que una niña ha presenciado que su propio padre ha llevado a cabo una conducta de una agresividad tal que si no acabó con la vida de su madre fue por las circunstancias ya descritas, por la posibilidad que tuvo de esconderse en el baño y la rápida presencia de un equipo que la trasladó a un centro hospitalario para salvarle la vida.

Sin embargo, el Tribunal no aprecia la imposición de esta pena señalando "no procediendo finalmente imponer la pena de privación de la patria potestad o la inhabilitación especial para el ejercicio de tal derecho al acusado respecto de su hija Carmela, pues aun cuando fueron considerablemente graves los hechos causados respecto de su madre y en presencia de tal menor, ningún comportamiento delictivo vino a ocasionarse en cuanto a dicha menor o en relación directa con el ejercicio de la patria potestad, que pudieran venir a aconsejar la imposición de tan drástica pena".

El motivo debe ser estimado.

Este caso exige traer a colación la *sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 568/2015 de 30 Sep. 2015, Rec. 10238/2015* en donde se impuso la pena de privación de la patria potestad ante el recurso de casación impuesto por la Fiscalía al no imponer el Tribunal de instancia esta pena cuando el condenado por delito de asesinato en grado de tentativa había perpetrado el hecho ante la presencia de la hija menor de ambos, habiendo acuchillado a su pareja sentimental con la que tenían una hija en común perpetrando el ataque a aquella con un cuchillo.

El Tribunal no impuso esta pena ahora reclamada señalando que *no basta la mera alegación o pretender su imposición por el mero reproche objetivo de la conducta cometida por el acusado, debiendo acreditar, pues así lo exige el derecho sancionador, que los hechos son perjudiciales para el menor, prueba esta que no ha acontecido, y criterio este al que se puede acudir, pero ahora insuficiente por lo antes expuesto, toda vez que no tiene relación directa con el delito cometido. Por tanto, esta falta de prueba en este orden jurisdiccional no implica que en el ámbito civil pueda instarse y pretender lo que aquí ahora se deniega penalmente ante la falta de acreditación por parte de quien debe de acreditar lo que quiere, esto es la acusación. No procede por tanto, imponer la pena de privación de patria potestad, sin perjuicio de que como ya se dijo en la *sentencia de esta Sala de fecha 17 de octubre de 2014* , que: "En cualquier caso y en el seno del procedimiento civil tendrán las partes mayor libertad de alegación y prueba pudiendo en aquella sede debatir nuevamente esta cuestión".*

En este caso se alega exactamente lo mismo por el Tribunal, señalando que "ningún comportamiento delictivo vino a ocasionarse en cuanto a dicha menor o en relación directa con el ejercicio de la patria potestad, que pudieran venir a aconsejar la imposición de tan drástica pena", con lo que se comete exactamente el mismo error jurídico en la interpretación de esta pena que en la que ya casó *esta Sala en la sentencia de fecha 30 de Septiembre de 2015* .

Pues bien, *esta Sala ya expuso en la citada sentencia que: "En la actualidad, existe en el CP desde la L.O. 5/2010* cuatro expresas referencias a la pena de inhabilitación especial de la patria potestad.

1.- Una se encuentra en el *art. 55 del CP* que la prevé como potestativa y con naturaleza de accesoria para toda condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una vinculación entre el delito y el ejercicio de la patria potestad.

2.- Las otras tres proceden del texto original de la L.O. 10/1995 del nuevo *Código Penal*, y se encuentran en los *arts. 192* relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en el *art. 226* delitos contra las relaciones familiares y en el *art. 233*, también dentro del mismo título.

En todos los casos su imposición no es vinculante sino potestativa lo que exige una específica motivación.

La peculiaridad de la posible imposición de tal pena de privación de la patria potestad prevista en el *art. 55 del CP* es que aparece prevista, 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. "Relación directa" exige el tipo penal.

En general, la jurisprudencia de la Sala Penal ha sido reacia a la adopción de esta pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en vía civil se pudiera acordar tal medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad, se pueden señalar, entre otras, las *SSTS de 6 de Julio 2001, la nº 568/2001 , la nº 750/2008 de 12 de Noviembre* y *la 780/2000* de 11 de Septiembre. En esta última se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el Tribunal penal de las normas del derecho de familia ex *art. 170 CC* . El caso al que se refería la *STS 780/2000* era el de un autor de homicidio de su cónyuge que aparecía en la sentencia de instancia privado de la patria potestad sobre la hija menor común. El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de Mayo de 2000 acordó la no privación de la patria potestad, estimando el recurso del condenado.

El presente caso es idéntico al analizado en la *sentencia indicada 780/2000* , pero actualmente se cuenta con la **nueva redacción del art. 55 CP que prevé la imposición de tal pena en cualquier delito sancionado con pena igual o superior a diez años, siempre que exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de la patria potestad** ", añadiendo que "la decisión del Tribunal de instancia no resulta acorde con el derecho ni muy especialmente con la protección que merecen los menores, pues es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad, que por

ello resulta incompatible y por tanto aparece sin justificación razonable la decisión del Tribunal de instancia". Y que "Hay que recordar que la patria potestad se integra, ex *art. 154 CC* 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, debiéndose acordar tal privación 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".

La gravedad de los hechos ocurridos debe conllevar la estimación del recurso, dado que se produce un serio ataque al principio y a la obligación de los padres por velar por sus hijos y el desarrollo de su personalidad, que en el presente caso debe entenderse afectada, así como su integridad personal psíquica, al ver cómo su propio padre, en un ataque inopinado y brutal, arrastra a su propia madre a la cocina y allí la sujeta por su hombro para darle, nada menos, que hasta ocho puñaladas en las zonas mortales que ya se han descrito anteriormente, lo que supuso para la menor, al igual que para Leocadia, hija de la víctima, una escena que no van a olvidar en su vida y que exige la intervención de los Tribunales en una sanción al autor de este hecho que debe repercutir en los efectos civiles en su relación con su hija, común con la propia víctima, y a imponer una sanción con la gravedad de quien es capaz de realizar una conducta como la perpetrada por el condenado,. Y ello, porque éste olvida todo respeto a la naturaleza y al instinto de protección que todo padre debe tener por sus hijos y todo hombre por quien es su pareja y con la que ha tenido una niña en común. Y lo hace cometiendo el acto de propinarle ocho puñaladas a presencia de su hija. A lo que hay que añadir que el concepto "a presencia de menores" ya ha sido interpretado por *esta Sala en la sentencia 188/2018 de 18 Abr. 2018, Rec. 1448/2017* , al exigir que los menores perciban el hecho sin exigir que lo vean, por lo que aunque resultaba obvio que lo pudo ver por estar en la cama con su madre, lo que está claro es que "lo pudo presenciar", es decir, que, como citamos en esta sentencia, **"son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones verbales que contienen un componente agresivo o violento como del ruido que es propio de un golpe o de una agresión"**.

En esta sentencia de esta Sala donde se apreciaba este subtipo agravado en los tipos penales de violencia de género se destacó que "La presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre es una experiencia traumática produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, a quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación, ante la posibilidad de que su experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede ser paralizante, y que, desde luego, afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre los hombres y mujeres, así como la legitimidad de uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia".

Pues bien, la propia Fiscalía señala, para instar la aplicación de la pena de privación de la patria potestad, que en el *factum* se recoge expresamente que el acuchillamiento de la madre por el acusado fue efectuado en presencia de la menor que entonces tenía 10 años. Este dato se considera de extraordinaria relevancia al constituir el hecho, además de un delito grave contra la madre de la niña, un ataque frontal contra la integridad psíquica de la menor, al equilibrio y armónico desarrollo de su personalidad, impensable si se mantuviera el ejercicio de la patria potestad del padre condenado.

Se interesa, pues, por la Fiscalía en el recurso que se imponga la pena de privación de la patria potestad con respecto a la menor, hija común del condenado y víctima, Carmela al no considerar correcta y razonable la desestimación de esta pena interesada por la Fiscalía, dada la gravedad de los hechos que se cometen a presencia de la menor, la brutalidad del ataque del padre de Carmela contra su propia madre, que se llevará a cabo con su presencia en la casa y la especial incidencia que puede suponer para el desarrollo de la personalidad de la menor haber presenciado este hecho, y que quedará grabado en la retina de la menor por ser al agresor a su madre su propio padre.

Ello convierte al acto en "antinatural" y con grave perjuicio para la menor que presencia un acto de tamaña crueldad al no respetar, ni tan siquiera, que en el hogar estaban las dos hijas de la víctima, una de ellas la propia hija del agresor, por lo que no puede afirmarse que el hecho agresivo "no tiene relación con la medida civil afectante a la patria potestad", ya que supone una clara desatención del condenado hacia su propia hija y un olvido de los derechos de los menores y la protección que sus progenitores les deben; algo que en este caso ha obviado por completo el condenado despreciando los derechos de su propia hija al punto de haber estado cerca de dejarla sin madre, y siendo el autor su propio padre.

El ilícito penal cometido conlleva una renuncia de sus derechos en relación a su propia hija, y que debe entenderse como expresa, no tácita, dado que a su presencia ha perpetrado una acción dirigida a acabar con la vida de la madre de la menor sobre la que ahora se insta por la Fiscalía la pena de privación de la patria potestad, y que es compartida por la Sala.

Nótese que el ejercicio de la patria potestad tiene un carácter mixto que puede situarse, al mismo tiempo, como un derecho y como una obligación, porque esta última se rodea de un haz obligacional sobre los descendientes para ayudarles en las obligaciones que marca el *art. 142 CC* y que tiene derecho a recibir todo descendiente del obligado a prestarlos. Pero, al mismo tiempo, es un derecho a estar con los descendientes. Sin embargo, este derecho debe decaer ante actos graves que conllevan un "desmerecimiento" de poder ejercer ese derecho. Y este emerge con claridad ante actos de la gravedad que se relata en los hechos probados, además de que no olvidemos que los menores que presencian actos de esta naturaleza, donde sus padres intentan acabar con la vida de sus madres, deben tener una protección del sistema, a fin de evitar ese ejercicio del derecho de patria potestad por el autor de un delito de homicidio o asesinato hacia su madre que reclama seguir manteniendo quien ha llevado un acto tan cruel.

Para ello recordemos que la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia recogió en su Exposición de Motivos que: "Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas.

1.- En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. 2.- En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud.

3.- En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer.

4.- Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas.

La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma.

Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos.

Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del artículo 61, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia".

Por ello, con esta Ley Orgánica 8/2015 se modificó la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en los siguientes términos:

Se modifica el apartado 2 del artículo 61, que queda redactado como sigue:

«2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas».

Tres. Se modifica el artículo 65, que queda redactado como sigue:

«Artículo 65 De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores:

El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependen de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución».

En consecuencia, la reforma determina la obligación de pronunciarse en el orden jurisdiccional penal sobre medidas que afecten a la patria potestad en casos de violencia de género, y en el caso que ahora nos ocupa existe una clara **vinculación**

que exige el art. 55 CP entre la adopción de la medida que en este motivo interesa la Fiscalía en su recurso por ser procedente en atención a la gravedad de los hechos y la presencia de los mismos por la hija en común .

Además, las reglas de la naturaleza impiden otorgar normalidad alguna a un suceso como el desplegado y relatado en los hechos probados. Y estas mismas reglas son las que, trasladadas al ámbito jurídico, deben conllevar un régimen sancionador grave para un hecho, también considerado grave, en cuanto se refiere a las relaciones de los padres con respecto a sus hijos, porque cuando aquellos han despreciado a estos, a su personalidad y a su psique en un ataque de esta naturaleza, deben asumir las consecuencias penales en orden a la privación de la patria potestad sobre estos menores, ya que no es preciso que se produzca un ataque directo al menor para que proceda la imposición de esta pena, sino que el ataque a la propia madre de este menor por su propio padre, y con la clara intención de acabar con su vida determina la imposición de la pena interesada de privación para el ejercicio de la patria potestad, lo que supone la fijación de la "vinculación" de la relación directa entre la imposición de esta pena con el delito cometido y "presenciado" por la propia menor y en consecuencia la inexistencia de régimen de visitas ni ningún tipo de medida que implique contacto alguno con la menor. Todo ello con el resto de accesorias impuestas en sentencia tanto con respecto a la madre como a la hija de prohibición de aproximación y comunicación.

QUINTO.- Desestimándose el recurso del condenado se le imponen las costas (*art. 901 LECrim*).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **DECLARAR HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por el **Ministerio Fiscal** , con estimación de su motivo segundo y desestimación del primero y al interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Dña. Miriam** , con estimación de su motivo único; y, en su virtud, casamos y anulamos la *sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, de fecha 9 de junio de 2017* , en causa seguida contra el acusado Jon por delitos de homicidio doloso en grado de tentativa acabada y de maltrato en el ámbito familiar. Se imponen las costas al condenado recurrente incluidas las de la acusación particular, con devolución del depósito constituido por la Acusación Particular.

Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER**

LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **D. Jon** , contra indicada sentencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet

RECURSO CASACION (P) núm.: 10549/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Encabezamiento

Sala de lo Penal Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 24 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 8/2015, dimanante del sumario nº 3 de 2015, del Juzgado de Instrucción nº 5 de Ciudad Real, seguido por delitos de homicidio doloso en grado de tentativa acabada y de maltrato en el ámbito familiar, contra el acusado Jon, nacido en Cáceres el día NUM010 de 1958, hijo de Rodrigo y Gema, con domicilio en DIRECCION000, CALLE000 nº NUM001. NUM002, con DNI nº NUM011, de solvencia desconocida, en prisión provisional por esta causa desde el día 16 de noviembre de 2014 (detención 15 de noviembre de 2014), y con antecedentes penales, y en la que se dictó *sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 9 de junio de 2017*, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar al acusado, como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa con la agravante de parentesco previsto y penado en el *art. 139.1.1º CP*, a la pena de 14 años de prisión y a la pena de privación de la patria potestad con respecto a la hija común Carmela, e imposición de costas, manteniéndose el resto de accesorias impuestas en la sentencia. Todo ello tal y como se explicita adecuadamente en el Fundamento jurídico 3º y 4º de la presente resolución.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos condenar y condenamos a Jon como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa con la agravante de parentesco previsto y penado en el *art. 139.1.1º CP*, a la pena de 14 años de prisión y a la privación para el ejercicio de la patria potestad con respecto a la hija común Carmela, e imposición de costas, manteniéndose el resto de accesorias impuestas en la sentencia, así como las penas correspondientes ya impuestas en sentencia por un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del *artículo 173/2 y 3 del CP* y un delito de maltrato en el ámbito familiar en la persona de Leocadia con costas causadas incluyendo las de la acusación particular.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet