



Roj: STS 4122/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4122

Id Cendoj: 28079120012015100558

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10238/2015

Nº de Resolución: 568/2015

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 568/2015

RECURSO CASACION (P) Nº :10238/2015 P Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial **Fecha Sentencia** : 30/09/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Joaquín Giménez García

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por : MEM

-Delito de homicidio en grado de tentativa del compañero sentimental a su pareja en presencia de la hija común de 3 años de edad

-Recurso del Ministerio Fiscal que impugna la decisión del Tribunal de instancia que no privó de la **patria potestad** sobre la hija menor común ni adoptó la pena de alejamiento

- Arts. 55 y 46 del Cpenal

-Estimación del recurso del Ministerio Fiscal

-Es patente que el hecho de haber presenciado la menor el ataque de su progenitor a su madre acuchillándole repetidas veces constituye un dato que acredita suficientemente el nexo entre el delito y el perjuicio para el desarrollo integral de la menor que se vería victimizada del hecho de mantener el padre la **patria potestad** y del derecho de visitas, por lo que se cumple el requisito de conexión que exige el art. 50 Cpenal

-El hecho de la presencia de la menor en la comisión del delito está recogido en el factum

-La decisión del Tribunal de instancia carece de razonabilidad, máxime si se tiene en cuenta que ya durante la instrucción de la causa y ante la petición de la defensa del ahora recurrente de un informe pericial psicológico de la menor para verificar si las visitas de la menor al recurrente, en prisión, podrían ser perjudiciales para ésta, el Tribunal denegó tal prueba por su inutilidad por auto de 15 de Abril de 2014, con el argumento de que "resulta evidente que habiendo presenciado la agresión a su madre, las consecuencias (de tales visitas) serían obviamente negativas"

-No se justifica el cambio de criterio del Tribunal mantenido en el auto de 28 de Agosto de 2013 que prohibió las visitas de la menor durante la instrucción con la decisión, ya en sentencia, de no acordar ni la privación de la **patria potestad**, ni la pena de alejamiento del recurrente condenado respecto de su hija menor por la no acreditación de tales perjuicios

Nº: 10238 / 2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Fallo: 29/09/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 568 / 2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. José Manuel Maza Martín

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Carlos Granados Pérez

D. Joaquín Giménez García

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Septiembre de dos mil quince.

En los recursos de casación por Infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por el **Ministerio Fiscal** y la representación de **Inocencio**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección I, por delito de homicidio en grado de tentativa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Esteban Gutiérrez; siendo parte recurrida **Mariana**, representada por el Procurador Sr. Romero Ballester.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Guadalajara, instruyó Sumario nº 3/2013, seguido por delito de homicidio en grado de tentativa, contra **Inocencio**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección I, que con fecha 23 de Enero de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado y así se declara que I.- El procesado Inocencio, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantenía una relación sentimental con Mariana desde hacía varios años, conviviendo juntos en el domicilio sito en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Fontanar (Guadalajara). Fruto de dicha relación tienen una hija María, de tres años de edad.- II.- Como consecuencia de un episodio de violencia de género acaecido el día 27 de julio de 2013, Mariana interpuso denuncia contra el procesado, dando origen a las Diligencias Previas Proc. Abrev. 2833/2013 del Juzgado de Instrucción num.2 de Guadalajara. En el seno de dicho procedimiento se dictó auto de fecha 29 de julio de 2013 por el cual se prohibía al procesado aproximarse a una distancia inferior a 500 metros del domicilio, lugar de trabajo o persona de Mariana, así como comunicarse con ella por cualquier medio mientras durase la tramitación de la causa, siéndole notificado al procesado dicho auto el día 31 de julio de 2013.- III.- A pesar de tener perfecto conocimiento de la prohibición impuesta y mostrando absoluto desprecio hacia la resolución judicial, en la mañana del viernes día 2 de agosto de 2013, el procesado, que sabía que Mariana iba a ir al centro de Guadalajara, se dirigió a dicho lugar, y cuando alrededor de las 12:00 horas la vio en compañía de su hija, su hermana y su sobrino, la siguió hasta que entraron en la zapatería "Andarín", sita en la calle Juan Miranda.= El procesado estuvo esperando en la puerta del establecimiento sin que pudiera ser visto por Mariana hasta que esta salió del local. En ese momento el procesado, movido por el propósito de acabar con la vida de su pareja, la abordó por la espalda, la agarró por el cuello y con un cuchillo de cocina de 14 cms. de hoja, le asestó múltiples puñaladas en la zona del cuello y de la espalda, siendo completamente inútiles los esfuerzos de la víctima por zafarse del agresor, ya que este la tenía fuertemente sujeta, impidiéndole cualquier tipo de movimiento.= Acto seguido el procesado arrastró por el suelo a su pareja, llegando en ese momento una pareja de agentes de la Policía Local, en cuya presencia

y a pesar de los gritos de "alto" que le daban, al acusado continuó asestando puñaladas a Mariana por la espalda y el abdomen.= Finalmente, el procesado pudo ser detenido por los agentes, los cuales dieron aviso inmediato a los servicios sanitarios, dado el serio peligro que corría la vida de la perjudicada. Estos hechos fueron presenciados por la hija menor de la pareja.- IV.- Como consecuencia de estos hechos, Mariana sufrió lesiones consistentes en heridas por arma blanca en zona mandibular izquierda, zona supracavicular derecha (con trayecto próximo a la vena yugular externa pero sin afectarla), hombro izquierdo, flanco abdominal izquierdo, región posterior del hemitórax derecho, flanco lateral de hemitórax derecho y región lumbar axial (en el eje de la columna). Dichas heridas ocasionaron dos laceraciones del lóbulo inferior derecho de pulmón (la mayor de aproximadamente 4 cms. de extensión), cursando con enfisema subcutáneo, leve neumotórax y hemotórax de 14 mm. de espesor, laceración hepática en dos segmentos del lóbulo derecho: laceración en segmento VII (segmento anterior) con longitud aproximada de 6 cms. y en segmento VI (segmento posterior) de aproximadamente 4,5 cms. y laceración de polo inferior del bazo, cursando estas últimas lesiones con hemoperitoneo (extravasación de sangre en la cavidad abdominal). Estas lesiones requirieron para su sanidad tratamiento médico quirúrgico consistente en anestesia general, laparotomía, hemoxia de laceración esplénica, hemostasia de laceración hepática, sutura de heridas penetrantes (en peritoneo), en hipocondrio derecho e izquierdo, sutura del conjunto de heridas con colocación de drenajes (penroses), y tubo de tórax en VI espacio intercostal derecho (toracostomía cerrada), sueroterapia, antibioterapia, analgesia, antiinflamatorios y reposo.= Dichas lesiones tardaron en curar 97 días, 7 de ellos de hospitalización, 13 impositivos para su actividad habitual y 77 no impositivos para la misma. Quedan como secuelas trastorno de estrés postraumático y el siguiente conjunto de cicatrices: cicatriz de un cm. en zona supraclavicular derecha, cicatriz de 1,7 cms. en región deltoida izquierda, cicatriz de 19 cms. de longitud en región abdominal (desde región epigástrica hasta zona suprapúbica), dos cicatrices de 2,5 y 2 cms. respectivamente en flanco izquierdo de región dorsolumbar (próximo al borde superior de la espina ilíaca) cicatriz de un cm. en región lumbar (axial), dos cicatrices en región posterior de hemitórax derecho, tres cicatrices en flanco torácico derecho, una cicatriz en flanco abdominal derecho (periumbilical). Estas cicatrices son el resultado de las heridas y las actuaciones quirúrgicas (laparotomía, zona de drenaje quirúrgico, ampliación de heridas para poder estudiar trayectorias y afectaciones de regiones internas de la economía corporal) y ocasionan un perjuicio estético medio.- V.- A causa de este episodio acaecido, mediante auto de fecha 4 de agosto de 2013, dictado por el Juzgado de Instrucción num. 2 de Guadalajara, se acordó la prisión provisional comunicada y sin fianza del acusado y se le prohibió aproximarse a una distancia inferior a 1.000 m del domicilio, lugar de trabajo o personal de Mariana, así como comunicarse con ella por cualquier medio mientras durase la tramitación de la causa.= Mediante auto del Juzgado de Instrucción num. 2 de Guadalajara de fecha 28 de agosto de 2013, se amplió dicha medida cautelar y se prohibió al procesado aproximarse a una distancia inferior a 1.000 metros a su hija menor de edad María, cualquiera que fuere el lugar donde esta se encontrara, así como comunicarse con ella por cualquier medio mientras durase la tramitación de la causa". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: Debemos condenar y condenamos a Inocencio, como autor responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco y como autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar a las siguientes penas: 1.- Por el delito de asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de trece años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y la prohibición aproximarse a Mariana a una distancia inferior a mil metros, a su domicilio, a su lugar de trabajo y acualquier otro que frecuentado por ella por tiempo de veintitrés años, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual por tiempo de veintitrés años.- 2.- Por el delito de quebrantamiento de medida cautelar a la pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- El condenado, Inocencio, deberá de abonar en concepto de responsable civil por las lesiones y secuelas causadas a Mariana, la cantidad de treinta y siete mil setecientos cinco euros (37.705 euros) y el pago de las costas causadas.- Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el **Ministerio Fiscal** y la representación de **Inocencio**, 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 los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el **Ministerio Fiscal** formalizó su recurso de casación en base a un UNICO MOTIVO: Al amparo del art. 849.1 LECriminal.

La representación de **Inocencio** formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 y 11 de la LOPJ y art. 24.2 C.E . SEGUNDO: Sin fundamentación en precepto alguno.

TERCERO a QUINTO: De nuevo sin base en precepto alguno.

Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 29 de Septiembre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 23 de Enero de 2015 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Guadalajara , condenó a Inocencio como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco y como autor, asimismo, de un delito de quebrantamiento de medida cautelar a las penas fijadas en el fallo con los demás pronunciamientos incluidos en el mismo.

Los hechos, en síntesis , se refieren a que con ocasión de un episodio de violencia de género cometido por el condenado / recurrente Inocencio en la persona de su compañera sentimental Mariana ocurrido el 27 de Julio de 2013 y que dio lugar a las Diligencias Previas 2833/2013 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Guadalajara, por resolución judicial de 29 de Julio de 2013 se le prohibió a Inocencio acercarse al domicilio, lugar de trabajo o persona de Mariana , así como comunicarse por cualquier medio con ella, resolución que le fue notificada el 31 de Julio de 2013.

En esta situación el 2 de Agosto de 2013, Inocencio con conocimiento de que su compañera iba a ir al centro de Guadalajara, la buscó y encontró en compañía de la hija común de ambos, su hermana y su sobrina, y escondiéndose para no ser visto, la esperó a la salida de la zapatería "Andarín" . Al salir de dicho establecimiento, y con la finalidad de acabar con la vida de ella, la abordó por la espalda, agarrándole del cuello y con un cuchillo de cocina de 14 cms. de hoja, le asestó múltiples puñaladas en el cuello y espalda, siendo inútiles los esfuerzos de la víctima por liberarse de su agresor al tenerla fuertemente agarrada.

Al momento llegó una pareja de la policía municipal, continuando el recurrente dándole cuchilladas a Mariana en la espalda y abdomen, hasta que pudo ser reducido.

Mariana fue evacuada a un centro hospitalario, sufriendo las lesiones descritas minuciosamente en el hecho probado.

Los hechos descritos *fueron presenciados* por la hija menor de la pareja.

Por auto de 4 de Agosto de 2013 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Guadalajara , se acordó la prisión provisional comunicada y sin fianza del ahora recurrente y se le prohibió la aproximación a su compañera Mariana en los términos fijados en dicha resolución, y por nuevo auto del mismo Juzgado de 28 de Agosto de 2013 se *amplió* la prohibición de aproximación en relación a la hija menor de edad María .

Contra la expresada sentencia se ha formalizado recurso de casación tanto por el Ministerio Fiscal como por el condenado.

Segundo.- Recurso de Inocencio .

Su recurso está desarrollado a través de **cinco motivos** a cuyo estudio pasamos seguidamente.

El **primer motivo** , por la vía de la vulneración de derechos constitucionales y con la cita genérica de violación del art. 24 de la Constitución denuncia la *violación del derecho a la proporcionalidad de las penas* y del derecho a un proceso con todas las garantías. Se dice que la condena a trece años y seis meses por el delito de asesinato en grado de tentativa con la agravante de parentesco, y, además, otra condena por el delito de quebrantamiento de medida cautelar resulta desproporcionada.

Asimismo *cuestiona la calificación de asesinato* por estimar que no concurre la alevosía estimando que se estaría ante una tentativa de homicidio para a continuación añadir con *gran inconsecuencia* , que *"...si la víctima fue atacada por la espalda, el degollamiento es la forma más fácil de llevar a cabo el propósito, y sin embargo no se realiza el mismo, lo que acredita la condición de que no se tenía intención de matar...."*

Tres cuestiones , de forma un tanto anárquica se suscitan en el motivo y a las tres daremos respuesta.

En relación al "*animus necandi*" o intención de matar, es patente su concurrencia dado el arma empleada --un cuchillo con 14 cm. de hoja--, la proliferación de cuchilladas --once-- y la zona vital --cuello, espalda y abdomen de la víctima--.

Es reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala --entre las últimas STS 466/2014 de 12 de Junio --, que extrae o infiere de estos datos objetivos el *hecho subjetivo* de la intención que animara la acción del condenado. En la sentencia sometida al presente control casacional se razona in extenso y con buena doctrina la ocurrencia de dicho *animus necandi* --véase f.jdco. primero, págs. 6 a 9 de la sentencia. Retenemos de su acertado razonamiento el siguiente párrafo:

"...En otras palabras, se estima que obra con dolo quien conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar....".

En el presente caso la verdadera intención que tenía el recurrente es clara a la vista del relato de hechos que recoge, como se ha dicho, la sorpresa del ataque, la forma de espaldas y el medio, con un cuchillo de 14 cm. de hoja, a lo que se debe añadir la multitud de cuchilladas y la zona vital afectada de la víctima, y la consecuencia de que "...dado el serio peligro que corría la vida de la perjudicada....".

Es patente el *animus necandi*, que, además, como se dice en la sentencia no fue objeto de debate esta cuestión, toda vez que la defensa admitió el *animus necandi*.

En relación a la concurrencia de la *alevosía* también está cumplidamente argumentada tal agravante cualificativa del asesinato en la sentencia.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala y a la vista de la definición de *alevosía* que se contiene en el art. 22-1º del Cpenal, tal agravante se integra por la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Un elemento normativo constituido por el hecho de que tal agravación solo es posible en delitos contra las personas.

b) Un elemento objetivo constituido por la ejecución de medios, modos o forma objetivamente adecuados para la eliminación de las posibilidades de defensa de la víctima, es decir que objetivamente se elimine o se aniquile la defensa posible de la víctima.

c) Un elemento subjetivo constituido por el conocimiento y consentimiento por parte del autor de que con ello se está aniquilando las posibilidades de defensa de la víctima.

En definitiva, en la actual jurisprudencia aparece superado el debate sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de tal agravación, ya que en definitiva, se dan ambos elementos, de un lado *hay un plus de antijuridicidad* objetivado precisamente en la elección de tales medios, y ese plus de antijuridicidad genera un *plus de culpabilidad* entendida como merecimiento de pena, merecimiento que es claramente *mayor por la perversidad* del agente demostrada en la elección de tales medios.

Nos encontramos con el elemento sorpresa del ataque, súbito e inesperado, a lo que se une el ataque de espaldas y con un arma cuya capacidad homicida está fuera de dudas, produciendo todo ello el aniquilamiento de toda reacción defensiva de la víctima.

En relación a la *desproporcionalidad de las penas*, el recurrente la anuda a la pena de prisión por el delito de asesinato intentado, debemos recordar la doctrina de la Sala sobre la vigencia de este principio.

Es doctrina de la Sala, que el principio de proporcionalidad, aunque no expresamente reconocido en la Constitución, debe ser considerado como el "*eje definidor de cualquier decisión judicial*", singularmente en la fase de individualización judicial de la pena, adecuándolo al nivel de culpabilidad y a la gravedad del hecho, pues ambos parámetros deben de tenerse en cuenta a la hora de imponer la pena que actúa como compensación o merecimiento de sanción por el hecho cometido.

En tal sentido, SSTS 747/2007 ; 817/2011 ; 452/2012 ; 33/2013 ; 430/2014 ; 658/2014 ó 84/2015 .

Todo enjuiciamiento lo es desde la medida y la ponderación, desde el respeto a las previsiones legales.

A ello debe añadirse que tal principio está expresamente reconocido en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el art. 49 del Tratado de Lisboa* --BOE de 18 de Julio 2008--, donde se reconoce el principio de proporcionalidad de delitos y penas "*...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción....*".

Pues bien, desde este principio hay que concluir diciendo que *no existió* desproporción en la imposición de la pena de trece años y seis meses de prisión por el delito de asesinato en tentativa del que es autor el recurrente.

El delito de asesinato previsto en el art. 139 Cpenal tiene pena de quince a veinte años, al ser delito en tentativa, el Tribunal, con toda corrección *rebajó en un grado la pena*, ex art. 62 Cpenal atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución, situándose la nueva pena entre los *siete años y seis meses hasta los quince años menos un día*. Ya en esta nueva situación, al concurrir la agravante de parentesco, le impuso la pena en la *mitad superior* fijándola en los expresados *trece años y seis meses*, pena legal correctamente y pena proporcionada al grado de culpabilidad y a la gravedad del hecho.

Procede el rechazo de todas las alegaciones efectuadas al amparo de este motivo.

Tercero.- El **segundo motivo** por el cauce del *error iuris* --aunque no cita artículo de la LECriminal--, cuestiona la calificación de asesinato postulando la tesis de las lesiones.

El motivo carece de todo fundamento y en definitiva vuelve a cuestionar el *animus necandi* que ya efectuó como se ha dicho, en el motivo anterior.

Procede el rechazo del mismo, que además incurre en causa de inadmisión por no respetar los hechos probados donde se explicita con toda claridad el *animus necandi*.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.- Pasamos al estudio de los **motivos tercero, cuarto y quinto**, los tres formulados por el cauce del *error facti* aunque tampoco se cita expresamente el art. 849-2º LECriminal.

Se trata de tres motivos prácticamente ayunos de argumentación por lo que su inadmisión es clara. Además hay que recordar que es presupuesto de admisibilidad del cauce del *error facti*, la existencia de "documentos" en el preciso y exacto sentido que tal término tiene en clave casacional, por todas STS de 10 de Noviembre de 1995.

Al respecto el recurrente se refiere a declaraciones ingenuas.

Procede el rechazo de los tres motivos citados.

Quinto.- Recurso del Ministerio Fiscal.

En un **único motivo** encauzado por la vía del *error iuris* del art. 849-1º denuncia *dos cuestiones*:

a) En *primer lugar* la indebida *inaplicación* de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la **patria potestad** del recurrente en relación a la hija menor, de acuerdo con los arts. 46 y 55 del Cpenal, y

b) En *segundo lugar* denuncia como indebidamente *inaplicada* la pena de prohibición de aproximación del recurrente a la hija menor, así como de comunicarse con ella.

Al respecto la sentencia sometida al presente control casacional aborda expresamente ambas cuestiones con el resultado en el f.jdco. cuarto en los términos siguientes:

*"...No procede, sin embargo acordar la pena de privación de **patria potestad** con respecto a la hija menor María pedida por las acusaciones. En efecto, la petición se fundamenta en el artículo 55 del Código Penal en relación con el artículo 46 del citado Código. En este sentido, esta Sala considera que no se puede imponer la pena solicitada porque no se trata de una pena cuya imposición sea automática. En efecto, el legislador ha condicionado la imposición de la pena de privación del ejercicio de la **patria potestad** a que tuviera relación directa con el delitocometido, lo que no acontece en el caso de autos; pero además el propio artículo 46 el Código Penal dice: "La inhabilitación especial para el ejercicio de la **patria potestad**, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la **patria potestad** implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la **patria potestad** comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas". Todo ello, por la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 junio 2010, lo que significa que deberá de atenderse en estos casos a la relación circunstanciada que deberá de recogerse en la sentencia con relación a los hechos probados, lo cual tampoco acontece en este caso, pues lo cierto*

es que no siendo una pena cuya aplicación proceda de forma automática, deberá de probarse y acreditarse conforme a las exigencias del derecho penal la necesidad de su imposición, pues 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".

No procede poner la pena de alejamiento con relación a la hija menor María por lo antes expuesto, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse o se haya resuelto en la Jurisdicción Civil....".

La Sala no puede compartir esta argumentación y la decisión adoptada. En la actualidad, existe en el Cpenal desde la L.O. 5/2010 cuatro expresas referencias a la pena de inhabilitación especial de la **patria potestad**.

Una se encuentra en el art. 55 del Cpenal 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**.

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 Cpenal 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 Ccivil. 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 Cpenal 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**.

El Tribunal de instancia rechaza tal imposición dada su naturaleza pero no vinculante y de no aparecer en el hecho probado los datos objetivos que justifique "...la necesidad de su imposición, pues no basta la mera alegación o pretender su imposición por el mero reproche objetivo de la conducta cometida por el acusado....".

En el *factum* se recoge expresamente que el acuchillamiento de la madre por el recurrente fue efectuado en presencia de la menor, que a la sazón tenía tres años, dato que el Ministerio Fiscal estima de extraordinaria relevancia al constituir tal acción, además de un delito contra la madre de la menor, un ataque frontal contra

la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, impensable si se mantuviera la **patria potestad** del padre condenado.

De aquí extraemos en este control casacional que si bien le *corresponde al Tribunal sentenciador valorar la existencia de un nexo entre el delito y el desarrollo integral de la menor*, es claro que la revisión de la decisión negativa del Tribunal *solo puede ser revisada en esta sede casacional cuando aparezca inmotivada o sea arbitraria*. Pues bien, se está en el caso de considerar 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, máxime si se tiene en cuenta que *se incurre en una contradicción patente con lo decidido por la misma Audiencia en el auto de 15 de Abril de 2014*, que ante la petición de una pericial por parte de la defensa tendente a acreditar si podía existir algún perjuicio para la menor de visitar a su padre en prisión, la clara y contundente decisión del Tribunal fue la de denegar tal prueba por ser patente los perjuicios que para la menor se requerían de permitirle visitar a su padre en prisión.

Textualmente se dice en el auto argumentando la innecesariedad de tal prueba pericial:

"...Resulta evidente que habiendo presenciado la agresión a su madre, las consecuencias resultaran claramente negativas. En segundo lugar, porque la práctica de tal prueba, insistimos inútil para los hechos que constituyen el objeto de esta causa, podría perjudicar a la menor dada su corta edad, agravando el proceso de victimización de la misma, cuyo interés ha de ser siempre priorizado y objeto de una primordial y preferencia protección...".

Si durante la tramitación de la causa se razonó por el Tribunal de este modo, *no puede por menos de sorprender, negativamente que después del dictado de la sentencia se olviden tales argumentos y no se prive ni de la **patria potestad**, ni del derecho de visitas, ya que tampoco se le impone la pena de alejamiento*.

Ciertamente, repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que *se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la **patria potestad** que el menor presencia el severo intento del padre de asesinar a su madre*.

Hay que recordar que la **patria potestad** se integra, ex art. 154 Ccivil 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.

Procede en consecuencia *estimar el recurso del Ministerio Fiscal*, habida cuenta de que la decisión negativa del Tribunal de instancia no responde al canon de razonabilidad y motivación.

Por lo que se refiere a la *segunda cuestión*, relativa a la pena de alejamiento del padre en relación a su hija menor, como *simple consecuencia* de la privación de la **patria potestad** de acordarse asimismo, en ambos casos en los términos que se dirá en la segunda sentencia.

Procede la estimación del motivo.

Sexto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede la declaración de oficio de las costas correspondientes al recurso del Ministerio Fiscal, condenándose a Inocencio a las derivadas de su recurso dada su total desestimación.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **Inocencio**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección I, de fecha 23 de Enero de 2015, con imposición al recurrente de las costas del recurso.

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por el **Ministerio Fiscal** contra la expresada sentencia, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección I, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

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

Cándido Conde Pumpido Tourón José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro

Carlos Granados Pérez Joaquín Giménez García

10238/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Fallo: 29/09/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 568/2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. José Manuel Maza Martín

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Carlos Granados Pérez

D. Joaquín Giménez García

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Septiembre de dos mil quince.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Guadalajara, Sumario nº 3/2013, seguida por delito de homicidio en grado de tentativa, contra Inocencio , nacional de Rumania, con NIE NUM001 , mayor de edad; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.- Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos incluidos en el f.jdco. quinto de la sentencia casacional, debemos *acordar la pena de privación de la patria potestad* de Inocencio en relación a la hija menor María .

Asimismo *acordamos la pena de alejamiento* en relación a la indicada menor María *hasta que ésta llegue a la mayoría de edad* , pudiendo decidir libremente ella lo que proceda al respecto a partir de ese momento. Esta pena le prohíbe al condenado Inocencio aproximarse a distancia inferior a mil metros de su hija, sea cual sea el lugar en el que se encuentre, así como comunicarse por cualquier medio con ella.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Inocencio a la pena de privación de la **patria potestad** en relación a su hija menor María , y asimismo a la *pena de alejamiento* de la indicada menor *hasta que ésta llegue a la mayoría de edad* , prohibiéndole al condenado aproximarse a distancia inferior a mil metros al lugar donde se encuentre María , así como comunicarse con ella por cualquier medio.



Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, no afectados por la presente resolución .

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

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

Cándido Conde Pumpido Tourón José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro

Carlos Granados Pérez Joaquín Giménez García

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ