



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064296

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 452/2019, de 8 de octubre de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10309/2019

SUMARIO:

Tentativa de homicidio. Pena accesoria. Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. Requisitos para la apreciación de la agravante de género. Análisis de la evolución jurisprudencial.

Se señala que la gravedad de los hechos cometidos en presencia de sus propios hijos, en un intento de acabar con la vida de su ex pareja, delante de sus hijos, y con ocasión del cumplimiento del régimen de visitas no puede sostenerse desde el punto de vista del reproche penal con una mera pena de prohibición de aproximación o de comunicación, que quedaría lejos de la proporcionalidad de la pena que postula la Fiscalía en este caso al reclamar la aplicación del art. 56.1.3 CP y, con ello, la inhabilitación en el ejercicio de la patria potestad; petición que se estima conforme a derecho y ajustada y proporcional a la gravedad de los hechos. La jurisprudencia, recuerda que la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta inhabilitación especial es la protección del bien superior del menor.

La anulación del autor de un delito de reclamar el derecho/obligación de relacionarse con sus hijos, cuando la comisión de un delito que comprometa este derecho/deber ponga de manifiesto que no es posible mantener la patria potestad en un contexto de agresividad grave que pueda comprometer a los menores. No se limita la posibilidad de aplicación de esta pena accesoria a los casos de delitos cometidos contra los menores, sino que se entiende aplicable a supuestos en los que no siendo el menor sujeto pasivo o víctima del delito, sin embargo ha resultado directamente afectado por él.

La redacción del art. 55 del Código Penal 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.

Es «el intento de dominación del acusado sobre la víctima y su consideración de esa concreta mujer como un ser incapaz de tomar decisiones sobre los aspectos más personales e íntimos de su vida que pudieran merecer alguna clase de respeto», lo que justifica la estimación de la agravante de género del artículo 22.4 del Código Penal. El fundamento de la agravación reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 22.4, 46, 55, 56.1.3, 153, 171, 172, 192.3, 220, 225 bis y 233.

Código Civil, arts. 142 y 154.

Ley Orgánica 1/2004 (Protección Integral contra la Violencia de Género), arts. 61.2 y 65.

Constitución Española, art. 24.

PONENTE:

Don Vicente Magro Servet.

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

Don VICENTE MAGRO SERVET



Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

RECURSO CASACION (P) núm.: 10309/2019 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. 452/2019

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta
D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre
D. Andres Palomo Del Arco
D. Vicente Magro Servet
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 8 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en la que se desestimaron íntegramente los recursos de apelación interpuestos por la representación de la Acusación Particular Marí Trini y por el Ministerio Fiscal y se estimó parcialmente el interpuesto por la representación del acusado Mauricio contra sentencia de fecha 18 de octubre de 2018 de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección Primera, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal, siendo partes recurridas el acusado Mauricio representado por la Procuradora Sra. Atienza Corro, la Acusación Particular Dña. Marí Trini representada por la Procuradora Sra. Cordón Pérez y la Acusación Popular Asociación Clara Campoamor representada por la Procuradora Sra. González Sousa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La Audiencia Provincial de Palencia, Sección Primera, en el Procedimiento Ordinario nº 1 de 2018 dimanante del Juzgado de Instrucción nº 6 de Palencia, seguido contra Mauricio , con fecha 18 de octubre de 2018, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declara expresamente probado que: 1. Sobre las 16:30 horas del día 27 de febrero de 2017, Mauricio , de 37 años, con la finalidad de recoger unos enseres personales que tenían el garaje, se personó en la vivienda sita en la CALLE000 de la localidad de DIRECCION000 (Palencia), en la que residía quien había sido su pareja, Marí Trini , de 38 años, con los hijos comunes de ambos Victoriano y Roman , de 6 y 1 año, respectivamente. Tras haber recogido dichos enseres, le manifestó a Marí Trini su deseo de ver a sus hijos, comenzando a subir las escaleras de acceso a la vivienda y, como quiera que Marí Trini le mostró lo inoportuno de hacerlo, Mauricio le dirigió diversos insultos, manifestándole seguidamente "te voy a matar, voy ahora mismo a por un cuchillo" y continuó subiendo las escaleras, haciéndolo detrás Marí Trini ante el temor de que pudiera hacer daño a los niños y, una vez en presencia de éstos, Mauricio volvió a salir, momento en que se dirigió de nuevo a Marí Trini



diciéndole: "si no lo hago es porque están los niños delante". 2. Al final de la tarde del 3 de marzo de 2017, Mauricio envió a Marí Trini numerosos mensajes WhatsApp insistiéndole, con diversas excusas, en que fuera personalmente a su domicilio a llevarle a los niños . Como quiera que Marí Trini se opuso a ello por lo tardío de la hora y a la vez le mostraba reiteradamente su oposición a quedar con él, pese a su insistencia, llegando a manifestarle que "cuanto más lejos estés de mi mejor", Mauricio le contestó en mensajes enviados entre las 20:52 y las 20:55 horas, que "eso es es", "Ttraankiila", "Ke vas a estar lejos", "muy lejos". Finalmente quedan para que a las 10 de la mañana del día siguiente, Marí Trini le entregue los niños en su domicilio . Pese a ello, sobre las 10 de la noche comienza una nueva conversación por el mismo medio, reiterando sus comentarios acerca de su relación y su interés en seguir viéndola, y en el curso de la misma, siendo ya la 1:39 horas del día 4 de marzo, le envió un nuevo mensaje en el que le hacía constar " sólo te acudes de lo que te dije en la escalera", frase que acompañó con emoticones de diablos . A las 10:00 horas del día 4 de marzo de 2017, Marí Trini en unión de sus dos hijos menores de 6 y 1 año, con el fin entregarle los niños a Mauricio conforme habían quedado la tarde antes y en cumplimiento del régimen de visitas que habían pactado, aparcó su vehículo en la CALLE001 de Palencia a la altura del Bar DIRECCION001 . Al percatarse Mauricio de su presencia, le hizo señas desde el portal de su domicilio para que se aproximara pues estaba a una cierta distancia. Pese a ello, Marí Trini , por miedo a que le pudiera hacer algo, dadas las expresiones que le había dirigido el día anterior y el 27 de febrero, se quedó en el interior del vehículo haciendo caso omiso de las llamadas de Mauricio , quien, al ver que Marí Trini no bajaba del coche, comenzó a correr hacia él, momento en que Marí Trini , ante el temor que le infundía la situación, trató de cerrar las puertas, lo que no logró por su estado de nerviosismo y la rapidez con la que actuó Mauricio , quien tras abrir la puerta de la conductora que ocupaba Marí Trini y, con un cuchillo abre ostras (instrumento con capacidad de corte y penetración, con hoja de 5,6 cm de longitud y 1,5 cm de ancho), le propinó de forma inopinada cinco pinchazos de entre uno y dos centímetros cada uno; en concreto, le ocasionó las siguientes heridas incisas: en hipocondrio derecho, justo por debajo del último arco costal, sin penetración en cavidad abdominal; en región axilar izquierda y en región axilar derecha, en ambos casos sin llegar a penetrar en la cavidad torácica ni afectando a la pleura, siendo la leve la segunda de las lesiones axilares pues no precisó ni puntos de sutura; en región escapular derecha (parte alta del omóplato derecho), con incidencia en los músculos, haciendo tope en el hueso; y en la primera falange del cuarto dedo de la mano derecha, parte dorsal. Las heridas en región axilar y en el dedo son típicas de defensa, produciéndose las primeras al elevar el brazo para proteger la cara y dejar la zona axilar descubierta. Ninguna de las lesiones es penetrante en cavidades y no afectan a zonas vitales. El ataque cesó al intervenir de forma rápida un cliente del Bar DIRECCION001 que en ese momento se encontraba fumando a la puerta del establecimiento, y, tras percatarse de lo que estaba sucediendo, agarró al agresor, separándole de la víctima y evitando así que pudiera continuar la agresión y acabara con la vida de Marí Trini . Todavía en ese momento, Mauricio , en presencia de la citada persona, manifestó 'la tengo que matar', si bien, al salir otras personas del bar, se ausentó del lugar, siendo perseguido por otras dos personas que lograron darle alcance, momento en que tras expresarles "sé lo que he hecho", sacó del bolsillo de la cazadora el cuchillo antes descrito y comenzó a autolesionarse, causándose dos pequeñas heridas incisas de 2 cm cada una en la región latero-cervical anterior derecha e izquierda, no penetrantes, y otras dos heridas en región epigástrica (una central y otra lateral derecha), también de 2 cm cada una, sin penetración en cavidad abdominal. Ante esta situación, las personas que le habían alcanzado le desarmaron y le tiraron al suelo, reteniéndole hasta la llegada de la Policía. A consecuencia de la agresión Marí Trini sufrió las heridas descritas, así como reacción de ansiedad secundaria a los hechos. Las heridas precisaron ser suturadas para su correcta curación, ingreso hospitalario para control hemodinámico, retirada de puntos y medicación sintomática, tardando en sanar diez días de los cuales dos fueron de hospitalización, no siendo los ocho restantes impeditivos de las ocupaciones habituales de la lesionada, quedándole como secuelas las siguientes: cicatriz de 3 cm en cuarto dedo de la mano derecha, otra cicatriz circular de 1 cm en región axilar izquierda, otra de 1 cm en hipocondrio derecho y una más de 1cm en escápula derecha. Los hechos fueron realizados en presencia de los dos hijos menores de Mauricio y Marí Trini y si bien el menor, por su corta edad, no tuvo consciencia de lo sucedido, el mayor, de seis años, sí la tuvo, dirigiéndose a Mauricio para que parase en su agresión a su madre. Tras estos hechos, el niño mayor ha presentado bloqueo cognitivo con cambio de tema cuando se le hable de ello a fin de rebajar la ansiedad que ello le provoca. A ello debe añadirse que ha sido consciente de otros episodios de conflictividad habidos en el seno de la pareja. No obstante, dicho menor, en la actualidad no presente desajuste emocional o conductual de relevancia clínica y reactiva a los hechos enjuiciados, sin que se haya producido alteración significativa en su cotidianidad. 3. La pareja formada por Mauricio y Marí Trini se habían separado en el año 2013 tras una convivencia estable de varios años en la que tuvieron su primer hijo. Poco tiempo después de la separación, volvieron a convivir, periodo en el que tuvieron su segundo hijo. Nuevamente se separaron por problemas de convivencia en el otoño de 2016,



sí bien Mauricio , al no aceptar la separación, ha mantenido una conducta de insistencia en los contactos con Marí Trini a fin de conseguir verla y estar con ella, todo ello enmarcado en un carácter posesivo y controlador hacia la mujer que ya había sido expresado a lo largo de su relación y que se enmarcaba en una idea de dominio y superioridad machista. No obstante, aun cuando la relación de pareja había tenido episodios de conflicto, que no en vano determinaron su ruptura en dos ocasiones, no puede considerarse probado que el acusado hubiese ejercido violencia física o psíquica de forma habitual hacia Marí Trini , existiendo constancia de un único episodio previo que fue el que dio lugar a la condena por delito de amenazas leves del año y sucedido en noviembre de 2013. 4. Mauricio había sufrido problemas de alcoholismo, habiendo acudido en diciembre de 2013 a la DIRECCION003 de Salamanca solicitando ayuda para dejar de beber. Acudió a terapia de grupo y entrevistas con la trabajadora social en el mes de enero de 2014 pero, al mes siguiente, ya no volvió. En esa misma época, enero de 2014, acudió a la Unidad de Psiquiatría del HOSPITAL000 de Salamanca, con igual motivo, presentando síntomas de abstinencia. En la única consulta a la que acudió se le diagnosticó dependencia alcohólica, prescribiéndole Antabús, un fármaco antagonista del alcohol. Pese a ser citado en dos ocasiones no volvió a consulta. En enero de 2017, acudió a su médico de familia por problemas de ansiedad derivados de su situación matrimonial. Le fue recetado el ansiolítico denominado Alprazolam. Acudió a varias consultas si bien en febrero le cambiaron la medicación a Paroxetina y se le derivó a salud mental, no siendo posible su citación al haber cambiado de domicilio y no volver por la consulta. En octubre de 2017, solicita, en el Centro Penitenciario en el que se encuentra ingresado por estos hechos, poder acudir a terapia psicosocial con relación a su problemática de dependencia del alcohol, siendo aceptado en el programa que la asociación ACLAD tiene en el Centro, acudiendo a sesiones grupales semanales de educación para la salud y el abuso de alcohol. Ha prestado interés, motivación y participación en el proceso, con evolución positiva. Pese a estas circunstancias, no presenta alteraciones en sus capacidades cognitivas, intelectivas ni volitivas, siendo conocedor de sus actos y de las consecuencias que de ellos se derivan. No consta acreditado que, al momento de los hechos, Mauricio presentase alteración de sus facultades intelectivas o volitivas, no existiendo dato alguno que permita afirmar que hubiese ingerido alcohol pues no presentaba síntomas de ello, no reflejándolo tampoco la analítica a la que fue sometido en el Hospital de Palencia al que fue trasladado a las 10:46 horas, poco después de haber sucedido los hechos enjuiciados (en torno a las 10 horas). Tampoco consta que su consciencia y voluntad estuvieren alteradas por fármacos u otras sustancias. 5. Mauricio es mayor de edad y tiene antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia; si bien y en relación con la víctima del presente proceso, fue condenado por delito de amenazas leves del artículo 171.4 del Código Penal por sentencia firme de 4 de marzo de 2014 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Salamanca , antecedente cancelable al no ser ninguna de las penas impuestas superior a doce meses y habiendo cumplido la última de dichas penas, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, el 28 de noviembre de 2014".

Segundo.

La citada Audiencia dictó sentencia que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"FALLAMOS:

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Mauricio , como autor responsable de un delito de amenazas y de un delito de homicidio en grado de tentativa, ya definidos, con la concurrencia en ambos delitos de las circunstancias agravantes de parentesco y de comisión del delito por razón de género, a las penas, por el primer delito, de veinte meses de prisión, con accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y a la pena de prohibición de comunicación y aproximación a menos de 200 metros respecto de Marí Trini , su domicilio y lugar de trabajo, así como respecto de sus hijos Victoriano y Roman , por tiempo de tres años; y a las penas, por el segundo delito, de ocho años y seis meses de prisión, con accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y a la pena de prohibición de comunicación y aproximación a menos de 200 metros respecto de Marí Trini , su domicilio y lugar de trabajo, así como respecto de sus hijos Victoriano y Roman , por tiempo de diez años. También procede la imposición de la medida de libertad vigilada por tiempo de tres años que se cumplirá una vez ejecutada la pena de prisión impuesta por el delito de homicidio. El condenado indemnizará a la víctima, Marí Trini en la cantidad de 480 euros por lesiones, 790 euros por secuelas y 6.000 euros por daño moral; indemnizaciones que devengarán el interés establecido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta resolución. Y debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Mauricio , de los delitos de asesinato y de violencia familiar habitual de los que también fue objeto de acusación. El condenado abonará la mitad de las costas que se hayan causado, incluida igual



proporción de las causadas por la acusación particular y con expresa exclusión de las originadas por la acusación popular; declarándose de oficio la mitad restante de dichas costas. Abónese al condenado el tiempo en que ha estado privado de libertad por esta causa. Se declara la insolvencia del condenado aprobando a tal efecto el auto dictado por la Instructora. Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá la oportuna certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos; debiendo notificarse a las partes en legal forma con la advertencia de que no es firme por cuanto cabe interponer contra ella recurso de apelación para la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla y León, recurso que deberá interponerse ante esta Audiencia Provincial dentro de los diez días siguientes a aquel en que se hubiera notificado dicha resolución debiendo formalizarse conforme a lo establecido en los arts. 790 y 791 LECr (art. 846 ter LECr)".

Tercero.

Contra indicada sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que con fecha 26 de marzo de 2019 dictó sentencia que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"FALLAMOS:

Que, desestimando íntegramente los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de D^a Marí Trini y por el MINISTERIO FISCAL y estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Cornelio contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2018 dictada por la Audiencia provincial de Palencia a que este rollo se refiere, debemos revocar la misma en lo que se refiere a la aplicación de la agravante de género que entendió aquélla aplicable dejándola sin efecto y, en consecuencia, debemos modificar y modificamos la misma en cuanto a este particular, condenando al citado acusado a las penas de QUINCE MESES de prisión por el delito de amenazas graves y de SIETE AÑOS Y SEIS MESES de prisión por el delito de homicidio intentado por los que fue condenado, confirmando el resto de los pronunciamientos de la misma. Las costas ocasionadas a consecuencia del recurso interpuesto por la acusación particular correrán a cargo de la misma. No se hace especial mención de las costas procesales ocasionadas por los recursos interpuestos por la defensa y por el Ministerio Fiscal. Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, que podrá prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo con arreglo a la Ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se remitirá testimonio literal a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos y mandamos y firmamos".

Con fecha 28 de marzo de 2019 se aclaró la anterior sentencia, por medio de Auto que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"Se subsana el error cometido tanto en el encabezamiento como en el fallo de la sentencia de fecha 26 de marzo de 2019 , dictada en las presentes actuaciones, en el sentido de que donde dice Cornelio , debe decir Mauricio . MODO IMPUGNACIÓN: Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados. Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpen desde que se solicitó su aclaración, rectificación, subsanación o complemento; en su caso, y, en todo caso comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de la presente".

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el Ministerio Fiscal , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.

El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:



PRIMERO. Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la ley penal de ritos, por indebida inaplicación de lo previsto en el art. 56.1.3º del Código Penal en relación con el delito de homicidio intentado.

SEGUNDO. Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 Ley penal de ritos, por indebida inaplicación de lo previsto en el art. 22.4º del Código Penal en relación con el delito de homicidio intentado y con el delito de amenazas.

Sexto.

Instruida la representación del acusado Mauricio , impugnó el recurso del Ministerio Fiscal y se dieron también por instruidas las representaciones de la Acusación Popular Asociación Clara Campoamor que se adhirió al recurso del Fiscal y de la Acusación Particular Dña. Marí Trini que también se adhirió al recurso del Fiscal, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 10 de septiembre de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada de fecha 26 de Marzo de 2019 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León , recaída en recurso de apelación contra sentencia de la primera sección de la Audiencia de Palencia de fecha 18 de Octubre de 2018 .

Contra dicha resolución judicial se interpone recurso de casación por la Fiscalía.

Segundo.

1. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la ley penal de ritos, por indebida inaplicación de lo previsto en el art. 56.1.3º del código penal en relación con el delito de homicidio intentado.

Se solicita por la Fiscalía la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad.

Con respecto al primer motivo de casación hay que señalar que es hecho probado que:

"Sobre las 16:30 horas del día 27 de febrero de 2017, Mauricio , de 37 años, con la finalidad de recoger unos enseres personales que tenían el garaje, se personó en la vivienda sita en la CALLE000 de la localidad de DIRECCION000 (Palencia), en la que residía quien había sido su pareja, Marí Trini , de 38 años, con los hijos comunes de ambos Victoriano y Roman , de 6 y 1 año, respectivamente.

Tras haber recogido dichos enseres, le manifestó a Marí Trini su deseo de ver a sus hijos, comenzando a subir las escaleras de acceso a la vivienda y, como quiera que Marí Trini le mostró lo inoportuno de hacerlo, Cornelio le dirigió diversos insultos, manifestándole seguidamente "te voy a matar, voy ahora mismo a por un cuchillo" y continuó subiendo las escaleras, haciéndolo detrás Marí Trini ante el temor de que pudiera hacer daño a los niños y, una vez en presencia de éstos, Cornelio volvió a salir, momento en que se dirigió de nuevo a Marí Trini diciéndole: "si no lo hago es porque están los niños delante".

Al final de la tarde del 3 de marzo de 2017, Cornelio envió a Marí Trini numerosos mensajes WhatsApp insistiéndole, con diversas excusas, en que fuera personalmente a su domicilio a llevarle a los niños. Como quiera que Marí Trini se opuso a ello por lo tardío de la hora y a la vez le mostraba reiteradamente su oposición a quedar con él, pese a su insistencia, llegando a manifestarle que "cuanto más lejos estés de mi mejor", Cornelio le contestó en mensajes enviados entre las 20:52 y las 20:55 horas, que "eso es es", "Traankiila", "Ke vas a estar lejos", "muy lejos".

Finalmente quedan para que a las 10 de la mañana del día siguiente, Marí Trini le entregue los niños en su domicilio.



Pese a ello, sobre las 10 de la noche comienza una nueva conversación por el mismo medio, reiterando sus comentarios acerca de su relación y su interés en seguir viéndola, y en el curso de la misma, siendo ya la 1:39 horas del día 4 de marzo, le envió un nuevo mensaje en el que le hacía constar "sólo te acudes de lo que te dije en la escalera", frase que acompañó con emoticones de diablos.

A las 10:00 horas del día 4 de marzo de 2017, Marí Trini en unión de sus dos hijos menores de 6 y 1 año, con el fin entregarle los niños a Cornelio conforme habían quedado la tarde antes y en cumplimiento del régimen de visitas que habían pactado, aparcó su vehículo en la CALLE001 de Palencia a la altura del Bar DIRECCION001

Al percatarse Cornelio de su presencia, le hizo señas desde el portal de su domicilio para que se aproximara pues estaba a una cierta distancia. Pese a ello, Marí Trini, por miedo a que le pudiera hacer algo, dadas las expresiones que le había dirigido el día anterior y el 27 de febrero, se quedó en el interior del vehículo haciendo caso omiso de las llamadas de Cornelio, quien, al ver que Marí Trini no bajaba del coche, comenzó a correr hacia él, momento en que Marí Trini, ante el temor que le infundía la situación, trató de cerrar las puertas, lo que no logró por su estado de nerviosismo y la rapidez con la que actuó Cornelio, quien tras abrir la puerta de la conductora que ocupaba Marí Trini y, con un cuchillo abre ostras (instrumento con capacidad de corte y penetración, con hoja de 5,6 cm de longitud y 1,5 cm de ancho), le propinó de forma inopinada cinco pinchazos de entre uno y dos centímetros cada uno; en concreto, le ocasionó las siguientes heridas incisivas: en hipocondrio derecho, justo por debajo del último arco costal, sin penetración en cavidad abdominal; en región axilar izquierda y en región axilar derecha, en ambos casos sin llegar a penetrar en la cavidad torácica ni afectando a la pleura, siendo la leve la segunda de las lesiones axilares pues no precisó ni puntos de sutura; en región escapular derecha (parte alta del omóplato derecho), con incidencia en los músculos, haciendo tope en el hueso; y en la primera falange del cuarto dedo de la mano derecha, parte dorsal. Las heridas en región axilar y en el dedo son típicas de defensa, produciéndose las primeras al elevar el brazo para proteger la cara y dejar la zona axilar descubierta.

Ninguna de las lesiones es penetrante en cavidades y no afectan a zonas vitales. El ataque cesó al intervenir de forma rápida un cliente del Bar DIRECCION001 que en ese momento se encontraba fumando a la puerta del establecimiento, y, tras percatarse de lo que estaba sucediendo, agarró al agresor, separándole de la víctima y evitando así que pudiera continuar la agresión y acabara con la vida de Marí Trini. Todavía en ese momento, Cornelio, en presencia de la citada persona, manifestó "la tengo que matar", si bien, al salir otras personas del bar, se ausentó del lugar, siendo perseguido por otras dos personas que lograron darle alcance, momento en que tras expresarles "sé lo que he hecho", sacó del bolsillo de la cazadora el cuchillo antes descrito y comenzó a autolesionarse, causándose dos pequeñas heridas incisivas de 2 cm cada una en la región latero-cervical anterior derecha e izquierda, no penetrantes, y otras dos heridas en región epigástrica (una central y otra lateral derecha), también de 2 cm cada una, sin penetración en cavidad abdominal. Ante esta situación, las personas que le habían alcanzado le desarmaron y le tiraron al suelo, reteniéndole hasta la llegada de la Policía. A consecuencia de la agresión Marí Trini sufrió las heridas descritas, así como reacción de ansiedad secundaria a los hechos. Las heridas precisaron ser suturadas para su correcta curación, ingreso hospitalario para control hemodinámico, retirada de puntos y medicación sintomática, tardando en sanar diez días de los cuales dos fueron de hospitalización, no siendo los ocho restantes improductivos de las ocupaciones habituales de la lesionada, quedándole como secuelas las siguientes: cicatriz de 3 cm en cuarto dedo de la mano derecha, otra cicatriz circular de 1 cm en región axilar izquierda, otra de 1 cm en hipocondrio derecho y una más de 1cm en escápula derecha.

Los hechos fueron realizados en presencia de los dos hijos menores de Cornelio y Marí Trini y si bien el menor, por su corta edad, no tuvo consciencia de lo sucedido, el mayor, de seis años, sí la tuvo, dirigiéndose a Cornelio para que parase en su agresión a su madre. Tras estos hechos, el niño mayor ha presentado bloqueo cognitivo con cambio de tema cuando se le hable de ello a fin de rebajar la ansiedad que ello le provoca. A ello debe añadirse que ha sido consciente de otros episodios de conflictividad habidos en el seno de la pareja. No obstante, dicho menor, en la actualidad no presenta desajuste emocional o conductual de relevancia clínica y reactiva a los hechos enjuiciados, sin que se haya producido alteración significativa en su cotidianeidad.

- La pareja formada por Cornelio y Marí Trini se habían separado en el año 2013 tras una convivencia estable de varios años en la que tuvieron su primer hijo. Poco tiempo después de la separación, volvieron a convivir, periodo en el que tuvieron su segundo hijo. Nuevamente se separaron por problemas de convivencia en el otoño de 2016, si bien Cornelio, al no aceptar la separación, ha mantenido una conducta de insistencia en los contactos con Marí Trini a fin de conseguir verla y estar con ella, todo ello enmarcado en un carácter posesivo y



controlador hacia la mujer que ya había sido expresado a lo largo de su relación y que se enmarcaba en una idea de dominio y superioridad machista".

Sin embargo, con respecto a la pena de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad señala el Tribunal de instancia en su sentencia, pese al resultado de hechos probados de haberse perpetrado el intento de homicidio a presencia de los menores, que:

"Esta Sala considera que no procede acordar dicha pena por entender que no está acreditado que así lo exija el interés de los menores.

...

Por esta razón es necesario exigir una prueba, pericial o de otro tipo, a través de la cual constatar que la privación de la patria potestad va a ser beneficiosa para el menor; en consecuencia, de no existir prueba o de ser ésta demostrativa de que la privación al padre de la patria potestad no va a beneficiar al menor, no puede aplicarse legalmente esta pena.

Esta es la situación que se produce en el presente caso y que determina que si bien acordemos la pena de alejamiento y prohibición de comunicación del acusado con sus hijos no consideremos procedente la privación de la patria potestad, pues no existe ningún informe pericial que justifique tal pena en aras al interés superior de los menores afectados".

El Tribunal considera suficiente la imposición de la pena de alejamiento y prohibición de comunicación respecto de los menores, sin más.

Frente a ello recurre la fiscalía propugnando la imposición de la pena de inhabilitación especial de patria potestad.

Debemos entender que la gravedad de los hechos cometidos en presencia de sus propios hijos, en un intento de acabar con la vida de su ex pareja, delante de ellos, y con ocasión del cumplimiento del régimen de visitas no puede sostenerse desde el punto de vista del reproche penal con una mera pena de prohibición de aproximación o de comunicación, que quedaría lejos de la proporcionalidad de la pena que postula la Fiscalía en este caso al reclamar la aplicación del art. 56.1.3 CP y, con ello, la inhabilitación en el ejercicio de la patria potestad; petición que se estima conforme a derecho y ajustada y proporcional a la gravedad de los hechos.

Pues bien, esta Sala del Tribunal Supremo ha tratado este tema, recientemente, en tres ocasiones, cuyos exponentes son las sentencias:

1. Sentencia 568/2015 de 30 de septiembre de 2015, Rec. 10238/2015
2. Sentencia 118/2017 de 23 Feb. 2017, Rec. 10444/2016
3. Sentencia 477/2017 de 26 Jun. 2017, Rec. 10119/2017
4. Sentencia 247/2018 de 24 May. 2018, Rec. 10549/2017

En consecuencia, con respecto a la sentencia 568/2015 de 30 de septiembre de 2015, Rec. 10238/2015 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. La Sala de lo Penal estimó el recurso y acordó la privación de la patria potestad ante la gravedad de los hechos en presencia del menor, pese a que el ataque no fuera contra él, pero sí contra su madre y por su padre.

En la Sentencia 118/2017 de 23 Feb. 2017, Rec. 10444/2016 se acordó la inhabilitación especial de la patria potestad señalando que:

"No se cuestiona que el acusado haya tenido un comportamiento de atención y cuidado respecto a la menor, antes de acordarse la prisión del mismo, pero lo que la ley establece es si, a la luz de los hechos por los que se condena al acusado, debe acordarse la inhabilitación del mismo para el ejercicio de la patria potestad, porque su comportamiento tiene una relación directa, con el ejercicio de la misma, y de los deberes que implica. Se sigue diciendo que se considera que, además de un delito contra la madre de la menor, hay un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, que hace impensable que se mantenga la patria potestad del padre condenado, pues si bien la menor no presencié el ataque efectuado por su padre, a su madre, porque este tuvo lugar cuando ella estaba en el colegio, lo cierto es



que si este hubiera consumado su propósito, la menor hubiera llegado a su casa y encontrado el cadáver de su madre. Continúa señalando que el ataque efectuado por el acusado va a tener un efecto negativo en el desarrollo de la menor, pues dicho ataque no ha sido a una persona que esta fuera del círculo de conocidos de la menor, sino que con dicho ataque se privaba a la misma de uno de sus progenitores y que de una valoración del hecho en su conjunto y en particular del comportamiento del acusado, se desprende que ante discrepancias con la ex pareja, este decide acabar con la vida de ella. Lo que nos lleva a considerar que, el comportamiento del acusado, no es el más adecuado para ejercitar, por ahora la patria potestad pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el severo intento del padre de asesinar a su madre.

Y tras recordar los deberes y obligaciones que implica el ejercicio de la patria potestad establecidos en el artículo 154 del Código Civil, se añade que difícilmente es compatible que la persona que ha intentado acabar con la vida de la madre de su hija pueda ser apto para educar y procurar una formación integral a la menor y que situándonos en la hipótesis de que el hecho se hubiera consumado, se habría producido un acto que hubiera implicado dejar a la menor en una situación de desamparo, al privar de la vida a uno de los progenitores, y lógicamente encontrarse el otro en situación de privación de libertad, con lo que ello conlleva de distorsión en la vida y desarrollo de una persona que en el momento de los hechos tenía cinco años de edad, lo que no supuso un freno para la conducta del acusado.

Las razones expresadas por el Tribunal de instancia para acordar la aplicación de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad deben ser compartidas.

Ciertamente, como recuerda la Sentencia de esta Sala 1083/2010, de 15 de diciembre, es la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta inhabilitación especial.

Y esas razones, como bien se señala en la sentencia recurrida, han determinado, en este caso, la decisión del Tribunal de instancia ya que ciertamente repugna legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones que resultan absolutamente incompatibles en quien, de forma alevosa, ha intentado matar a la madre de la menor y se mostró indiferente a que se encontrara con el cadáver de su madre y especialmente privarle a una niña tan pequeña de su madre, daño irreparable en la integridad moral y desarrollo de la personalidad de la menor".

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 477/2017 de 26 Jun. 2017, Rec. 10119/2017 también se recogió que:

"Los artículos 55 y 56 del Código Penal prevén la posibilidad de imponer, como pena accesoria, la privación de la patria potestad, en las penas de prisión iguales o superiores a diez años (artículo 55) o inferiores a diez años (artículo 56), si este derecho hubiera tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación. La jurisprudencia (STS nº 118/2017, de 23 de febrero, que cita la STS nº 1083/2010, de 15 de diciembre), recuerda que la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta inhabilitación especial es la protección del bien superior del menor, lo que resulta aplicable a los casos de privación del derecho. En el artículo 46 se dispone que 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.

Del mismo modo, la jurisprudencia no ha limitado la posibilidad de aplicación de estas penas a los casos de delitos cometidos contra los menores, sino que lo ha entendido aplicable a supuestos en los que no siendo el menor sujeto pasivo o víctima del delito, sin embargo ha resultado directamente afectado por él. Así, en la sentencia antes referida se concluía afirmando que "ciertamente repugna legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones que resultan absolutamente incompatibles en quien, de forma alevosa, ha intentado matar a la madre de la menor y se mostró indiferente a que se encontrara con el cadáver de su madre y especialmente privarle a una niña tan pequeña de su madre, daño irreparable en la integridad moral y desarrollo de la personalidad de la menor".

En el caso, de los hechos probados resulta que el recurrente ejecutó los actos de agresión a la madre de la menor en presencia de ésta, que no dejaba de gritar y llorar, habiendo sufrido lesiones causadas por el trauma psíquico que le provocaron una crisis el 5 de junio de 2015, presentando episodio de fiebre, convulsiones y estrés marcado, precisando para su curación del transcurso de quince días. Además, como ya se ha puesto de relieve, consta probado que el recurrente, al final de los actos agresivos llegó a colocar el destornillador en el cuello de la



menor en actitud amenazante. En sentido contrario, no consta ningún dato que aconseje mantener la relación entre el recurrente y la menor dentro de los términos propios de la relación característica de la patria potestad.

En la STS nº 568/2015, de 30 de setiembre, en la que se examinaba un supuesto similar, esta Sala entendió que era un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, iba a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad.

Teniendo en cuenta estos datos, la privación de la patria potestad acordada en la sentencia se acomoda a la protección más correcta de los intereses de la menor, por lo que ambos motivos se desestiman".

También en el caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo 247/2018, de 24 de mayo se da una situación idéntica en la que ante el intento de matar a su pareja delante de su hija no se acuerda por el Tribunal de instancia la privación de la patria potestad, siendo rectificado por esta Sala señalando que:

"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..., 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....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".

Pues bien, es cierto que se reconoce en la propia sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015 que no se aplicaba de antiguo la pena de privación de la patria potestad, y así "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 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.

... 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".

En la actualidad, existen en el CP desde la L.O. 5/2010 varias expresas referencias a la pena de privación o 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, así como en el art. 56 CP para la inhabilitación especial de la patria potestad donde



se dice que "En las penas de prisión inferiores a diez años (que es el presente caso), los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

2. Las otras se encuentran en los arts. 192.3 relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, el art. 220 CP para la suposición de parto, en el art. 226.3 delitos contra las relaciones familiares y en el art. 225 bis para la sustracción de menores, también dentro del mismo título, y el art. 233 CP para el abandono de familia o menores, entre otros.

Vemos que se trata en el fondo de aplicar una pena, que, como en el presente caso deviene por la absoluta anulación del autor de un delito de reclamar el derecho/obligación de relacionarse con sus hijos, cuando la comisión de un delito que comprometa este derecho/deber ponga de manifiesto que no es posible mantener la patria potestad en un contexto de agresividad grave que pueda comprometer a los menores. Y ello puede venir motivado por actos delictivos graves contra ellos, o contra su propia madre, que es lo que en este caso ha ocurrido.

Con ello, podríamos asegurar que en los casos similares al presente existe una suficiencia de la pena de privación de la patria potestad o inhabilitación especial para el ejercicio de la misma, y la anulación del derecho/deber del ejercicio de la patria potestad por el autor del crimen o su tentativa.

No puede desligarse en estos casos que un intento de homicidio perpetrado en presencia de los menores, y, en un contexto como el aquí ocurrido, en el que el agresor había concertado la cita con su ex pareja para estar él con los niños, en lugar de dar cumplimiento al fin con el que habían concertado la cita, toma la decisión premeditada de tomar un cuchillo, entrar de improviso en el vehículo y delante de los hijos asestarle varias puñaladas a la mujer con intención de matarla y delante de ellos. Resulta, pues, incontestable que no puede haber acto más cruel para un niño que el ver cómo su padre intenta matar a su madre y a presencia suya con un absoluto desprecio del padre hacia su propio hijo/a de que este sufra por ver tal escena imborrable en su memoria, por muchos informes que puedan decir lo contrario, a sabiendas de que va a dejar a su propio hijo/a sin su madre, con el sufrimiento doble que ello lleva consigo. Y decimos doble, porque el hijo/a ha visto morir a su madre, pero ese intento lo es por su propio padre, lo que debe provocar un sufrimiento en este menor de dimensiones incalculables en el plano psicológico y vivencial para el resto de su vida. Y ello, debe llevar consigo una sanción como la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, en este caso, o su privación por la vía del art. 55 CP en el caso de que sea éste aplicable.

Y no se trata de que este problema se pueda resolver, como decimos, y como aquí ocurre, con una pena de alejamiento o prohibición de comunicación temporal. En modo alguno. La pena proporcional a los hechos es, claramente, la postulada por la fiscalía de aplicar el art. 56.3 CP de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por existir una directísima vinculación con los hechos probados, en donde en un contexto donde Marí Trini en unión de sus dos hijos menores de 6 y 1 año, iba a entregárselos, ya que, consta en los hechos probados que el fin de verse era " con el fin entregarle los niños a Cornelio conforme habían quedado la tarde antes, y en cumplimiento del régimen de visitas que habían pactado, Marí Trini en unión de sus dos hijos menores de 6 y 1 año, con el fin entregarle los niños a Cornelio conforme habían quedado la tarde antes y en cumplimiento del régimen de visitas que habían pactado".

Es decir, que él queda con su ex pareja para que ésta le entregara a los menores, y en lugar de cumplir con el pacto y estar con ellos en el periodo pactado y concedido, aprovecha esta presencia de ella con los menores para introducirse en el vehículo con la intención de matarla, sin importarle que estuvieran los menores en el vehículo.

Ello determina una estrecha y directa vinculación con la pena instada por la Fiscalía en vía de recurso de casación para que se le condene, además, a la inhabilitación especial en el ejercicio de la patria potestad.

Por ello, entendemos que resulta a todas luces insuficiente que este tipo de hechos se puedan resolver a efectos de "proporcionalidad de la pena" con una pena de prohibición de acercamiento o de comunicación". Lo es para otros supuestos, pero no cuando se perpetra el delito en el marco, condiciones y circunstancias que en este caso se han producido, y la desatención que conlleva la decisión de querer matar a su ex pareja en presencia de los menores, nada menos que en el mismo instante en el que debía cumplir el régimen de visitas con ellos.

Esta decisión determina un auto abandono de su derecho de régimen de visitas por el autor del delito y un apartamiento de su derecho/deber de estar con los menores, en razón al acto antinatural de querer matar a la madre de los niños, lo que debe conllevar la pena proporcional, y vinculada a los hechos, de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad.

Recordemos, abundando en la expresión "en presencia de menores", que es como se comete el delito, que este concepto ya ha sido interpretado por esta Sala en la sentencia 188/2018 de 18 Abr. 2018, Rec.



1448/2017, al exigir que, para aplicar este subtipo agravado en otros tipos penales de violencia de género, 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".

Resulta clara y expresiva al objeto que estamos analizando, también, la sentencia de esta Sala 118/2017, de 23 de Febrero en cuanto se pone de manifiesto un extremos idéntico al aquí analizado, cual es que el autor del intento de homicidio tenía la intención, -y por eso es condenado- de dejar a sus propios hijos sin su madre, con lo que nos podemos preguntar:

¿Cómo puede reclamarse el derecho a mantener una patria potestad sobre unos hijos a los que se ha intentado dejar sin madre de forma cruel al intentar matarla delante de ellos mismos?

Es por ello, por lo que la imposición de esta pena viene provocada por la anulación del ejercicio de la patria potestad, ante un acto de la crueldad como el descrito en los hechos probados.

Podemos y debemos destacar en este terreno que con la evolución de la legislación penal y civil en esta materia se ha venido apostando por la necesidad de que en la jurisdicción penal se resuelvan cuestiones que no puede predicarse que pertenezcan al orden civil, como en otras épocas se resolvía ante situaciones idénticas en las que se restringía al juez penal a adoptar medidas, como penas, que pudieran tener, también, su ámbito de resolución en el orden civil. Constituye una decisión judicial que debe tener presente, en todo caso, las circunstancias del caso y, sobre todo, la gravedad de los hechos.

Por ello, esta pena recogida en el art. 46 en relación con el art. 56 CP se aplica a casos como el aquí ha ocurrido, donde la propia descripción de los hechos probados es la que permite la imposición de la pena, es decir, no supone una revaloración del resultado probatorio, sino que conectando con el resultado de los mismos hechos probados y ante el recurso del fiscal, sin proceder a un nuevo examen de la prueba, que estaría vetado, se debe aplicar la pena, tal cual ya se hizo en los casos de las sentencias 568/2015 de 30 de septiembre de 2015, Rec. 10238/2015 y Sentencia 247/2018 de 24 May. 2018, Rec. 10549/2017, donde, de la misma manera que en el caso actual no se impuso la pena en primera instancia, y fue en sede casacional donde se estimó el recurso de la acusación y se estimó proporcional y vinculado a los hechos probados la necesidad de la imposición de esta pena, que en este caso es la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad.

Debemos, también, apuntar que la imposición de la pena pedida por la fiscalía, a la que se adhieren las acusaciones, es proporcional en un contexto como el que aquí se analiza de tentativa de homicidio a la madre de los menores estando presentes estos y por su propio padre, lo que convierte el escenario del intento del crimen en un lugar que difícilmente podrá borrar de su imagen el menor de edad que lo pudo percibir, ya que el otro por su corta edad no es consciente de lo ocurrido.

Recordemos, por ello, 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. Pero lo mismo ocurrirá si el hecho se comete en otro lugar, y, sobre todo, en este caso, en el cual la razón de verse con el padre de los niños era el cumplimiento del régimen de visitas. Por ello, ningún derecho puede ni reclamar ni mantener sobre los menores el padre que tenía la intención seria y premeditada de dejar a los dos niños sin madre.

Difícilmente, podemos concluir, podemos encontrar en el texto penal una pena más proporcionada que la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad para el condenado por estos hechos.

El condenado por estos hechos no puede reclamar el derecho a la patria potestad cuando su intención era dejar a los niños sin su madre, a sabiendas de que ello es y será una de las experiencias más traumáticas que puede sufrir un ser humano. Pero más, si cabe, cuando esta muerte no se ha producido por consecuencias naturales, o por un accidente, sino por la agresión mortal causada por el propio padre de los menores. Es por ello por lo que la proporcionalidad de la pena que exige el art. 56 CP conste en la sentencia se ajusta a los cánones exigidos por la norma.

Y sobre la necesidad de obtener un pronunciamiento respecto a esta pena en estos casos, recordar que la antes citada Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia 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 dependan 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. 56.1.3 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 en los mismos de los hijos.

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 inhabilitación o 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 el menor y, en consecuencia, la aplicación de la pena de inhabilitación de la patria potestad como pena adicional a las impuestas en sentencia.

El motivo se estima.

Tercero.

2. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECRIM respecto al art. 22.4 del código penal en relación con el delito de homicidio intentado y con el delito de amenazas.

Se postula por la Fiscalía la aplicación de la agravante de género que aplicó el Tribunal de instancia, pero anuló el TSJ tras el recurso de apelación interpuesto, pero por la vía del art. 849.1 LECRIM, al fijar la impugnación de la incorrecta interpretación de la aplicación normativa del art. 22.4 CP, pero sin la referencia impugnativa adicional en sede casacional de la vulneración de la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE, tal y como se produce la modificación por el TSJ en sede de apelación, y que ahora llega a casación.

En el presente caso el Tribunal de instancia aplica la agravante de género del art. 22.4 CP, señalando que:

"En el caso enjuiciado, ha sido declarado probado que el acusado mantuvo con la víctima una relación de afectividad con convivencia estable, de la que nacieron dos hijos. Es en el marco de la ruptura de la relación de pareja en el que se producen tanto las amenazas como la agresión y, en ambos casos, es evidente que tales actos se producen motivados por una idea de dominación que el acusado pretende ostentar y ejercer sobre la víctima por su condición de mujer.

Esa idea de dominación es puesta de manifiesto por la propia víctima quien se refiere al acusado como persona que respecto de ella desplegaba un carácter controlador, posesivo, siendo exponente de tales características el propio contenido de las comunicaciones realizadas entre ambos y que constan en los autos.

En ellas se rebelan expresiones que, integren o no una amenaza, están destinadas a doblegar la libertad de criterio de la víctima, tratando de imponer su voluntad sobre ella, dentro de ese ámbito de control y celos, todo lo cual permite la aplicación de la agravante examinada y que han solicitado las acusaciones.

En definitiva, recogiendo las palabras del Tribunal Supremo es "el intento de dominación del acusado sobre la víctima y su consideración de esa concreta mujer como un ser incapaz de tomar decisiones sobre los aspectos más personales e íntimos de su vida que pudieran merecer alguna clase de respeto", lo que justifica la estimación de la agravante, elementos que resultan de las propias características de la conducta ejecutada y trascienden a la personalidad del acusado (S. TS. 420/2018 de 25 de septiembre).

Sin embargo, la Sala del TSJ de Castilla y León revoca la aplicación de esta agravante pese a integrar en el hecho probado la circunstancia de dominación y reflejarse en los mismos que la relación estaba enmarcada en cuanto al autor de los delitos "en un carácter posesivo y controlador hacia la mujer que ya había sido expresado a lo largo de su relación y que se enmarcaba en una idea de dominio y superioridad machista", modificando el mismo con la argumentación que se expone.

Y, así, ante el recurso de apelación, la sentencia del TSJ de Castilla y León revoca la aplicación de esta agravante reconocida por el Tribunal de instancia señalando que el resultado de hechos probados "no se veía acompañado de ningún apoyo probatorio y porque no delimitaba ningún concreto acto demostrativo de la conducta descrita, limitándose a justificarla en afirmaciones genéricas".

Por ello, señala el TSJ de Castilla y León que "no queda probado que el actuar delictivo tuviera por móvil el desprecio o la discriminación de la víctima por el solo hecho de ser mujer o por el deseo de dominación machista que le atribuye la Sala de instancia en el marco de una relación de control y de celos que se dicen existentes, cabe, en consecuencia, estimar el recurso en cuanto a este concreto particular."

Pues bien, sobre la naturaleza de esta agravante hay que señalar que ha sido objeto de un amplio análisis doctrinal y jurisprudencial. Así, la doctrina señala que la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja ha sido incluida dentro de la violencia doméstica debido a que existía la idea de que era necesario proteger a las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad por su situación de subordinación al agresor. Sin embargo, quien menos encaja dentro de esta posición es la mujer ya que "no hay razones jurídicas ni menos aún naturales que la releguen a una posición de dependencia o subordinación en el ámbito doméstico.



Por tanto, su situación no es semejante a la de los niños, ancianos o personas incapaces que por sus características psíquicas y físicas se encuentran en una posición de subordinación inevitable. Así, los miembros del grupo doméstico son naturalmente vulnerables; a la mujer en cambio, es el agresor quien la hace vulnerable a través del ejercicio de la violencia. Y la causa última de la violencia contra las mujeres no ha de buscarse en la naturaleza de los vínculos familiares, sino en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales. Por todo ello, ha de distinguirse la violencia de género de la violencia doméstica.

En definitiva, el mandato de no discriminación tiene dos vertientes:

1. Una negativa, que es "la prohibición tajante de no discriminar", como por ejemplo el castigo que el CP prevé para ciertas actuaciones discriminatorias y
2. Otra positiva que es la potestad de los poderes públicos, en base al art. 9.2 CE de remover "los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de derechos y libertades a los miembros de los colectivos minusvalorados".

La Jurisprudencia de esta Sala sobre la aplicación de esta agravante se ha fijado en recientes sentencias que se exponen a continuación:

Señala en esta línea, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 565/2018 de 19 Nov. 2018, Rec. 10279/2018 que:

"Esta agravante fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y para estudiar su fundamento es interesante analizar lo expuesto en la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, en donde se lee: "En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo".

Por otra parte, el Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 18 de marzo de 2014, en su art. 3 apartado d) Por "violencia contra la mujer por razones de género", "se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada".

Con ello, el Convenio se pronuncia sobre esta cuestión exigiendo el establecimiento de una agravación. Y este Convenio fue ratificado en España (BOE 6 de junio de 2014) en virtud del Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

Es evidente que el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior.

Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género.

Recordemos que el Convenio de Estambul, que es el germen de la introducción de esta agravante, señala en su art. 2º que "El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada".

Supone un avance el Convenio de Estambul al llevar al legislador español a plasmar en el Código Penal una nueva circunstancia agravante, concretamente recogida en el apartado 4 del artículo 22 del Código Penal a través de la reforma operada por Ley Orgánica 1/15 de 30 de marzo. Así, en materia de violencia de género y doméstica, según señala el apartado XXII de la exposición de motivos de la citada norma, "se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra



las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo".

La agravante de género se ubica en la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo del hombre sobre la mujer, y en este supuesto, diferencia por razón de ser la víctima mujer, y en el entendimiento para el agresor de la necesidad de sumisión y obediencia, que por tal circunstancia natural le debe la víctima, llegando a desconocerse las condiciones de igualdad que entre todos los seres humanos debe darse y presidir las acciones de los unos para con los otros.

Pero el género no se confunde con el término "sexo" a efectos de agravación, al tratarse de una actuación del hombre sobre la mujer por el hecho de ser mujer, más allá de su sexo, por cuanto no se trata de una cuestión afectante a éste, sino a la dominación del sujeto activo hombre sobre la mujer, a fin de instaurar en la relación que ellos tienen ese ánimo de dominación, cuando se refiere a la relación de pareja. Pero fuera de ella por el acto concreto de que se trate y la relación de dominación "en ese mismo instante" del hombre sobre la mujer.

Así, aunque por regla general se admitió que la agravante de género se admitía solo en la relación de pareja o ex pareja, en la actualidad ya se ha producido, en aplicación del Convenio de Estambul una amplitud del término para extenderla fuera de ella.

Así, en la relación de pareja o ex pareja está concebida para mantener una situación de dominación mientras dura la relación de pareja, y, también, fuera de ella en la de ex pareja, a fin de enviar un mensaje a la víctima de que no puede mantener una relación libre al margen de la dominación que ejerció mientras subsistía la relación de pareja para extenderla fuera de ella, perpetuando el ánimo de sentimiento de propiedad del hombre sobre la mujer.

Frente a ello, se ha extendido esta agravación en los casos ajenos a este vínculo de pareja o ex pareja, y, en consecuencia, se amplía a la dominación puntual y coyuntural del acto concreto, lo que permite apreciar esta agravante en delitos aislados cuando se evidencia por el hecho mismo ese ánimo de subyugación y dominación del hombre sobre la mujer, al modo de "poner un candado" en ese instante a la víctima haciéndole ver el agresor en ese momento que por la forma de perpetrarse el delito le "pertenece" en ese momento, como ocurre en los ataques a la libertad sexual, que es un ejemplo claro donde se puede apreciar esta agravante fuera de la relación de pareja.

Importante también fue en el contexto ahora analizado la sentencia de esta Sala 420/2018 de 25 Sep. 2018, Rec. 10235/2018, al fijar que:

"La protección a la mujer respecto de determinadas conductas y en un ámbito determinado, como es el propio de las relaciones de pareja, aun sin convivencia, se introdujo en el Código Penal mediante la modificación, entre otros, de los artículos 153, 171 y 172, en los que se agrava de forma específica la pena imponible a las conductas que en ellos se describen ejecutadas por el autor cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Siempre que, como hemos señalado en la STS nº 856/2014, de 26 de diciembre, se aprecie una intención de dominación del hombre sobre la mujer, que está implícita en el delito. Pero las agravaciones previstas en esos casos solamente eran aplicables cuando se tratase de los delitos tipificados en esos preceptos.

Con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, se amplía esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta.

En este sentido, se decía en la STS nº 1177/2009, de 24 de noviembre, que "no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P., modificado por la ya tantas veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley- cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer".



Y añadía que no tienen cabida en el precepto los casos en los que "la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales".

En esta sentencia, esta Sala casa la sentencia del TSJ que había suprimido la agravante de género y vuelve a aplicarla como lo había hecho la Audiencia Provincial por sus mismos hechos probados, al igual que ha ocurrido en el presente caso.

Importante es en este tema, también, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 99/2019 de 26 Feb. 2019, Rec. 10497/2018, en la que se recoge un caso de concurso medial con un delito de lesiones en el ámbito familiar, y, así, con respecto a la aplicación de la agravante de género en el delito de agresión sexual cometido por el hombre sobre quien era su pareja se aplica el presupuesto típico para su apreciación en relación a la conducta del hombre como manifestación objetiva de discriminación hacia la mujer.

La norma no exige que el autor muestre voluntad de dominar o discriminar, basta con que el delito evidencie una relación machista, de grave y arraigada desigualdad social. Confirmación del fallo del Tribunal de apelación pues el escenario y comportamiento del agresor se enmarcan en una clara actuación machista, además de resultar funcionales para el objetivo delictivo de agredir sexualmente a su ex pareja.

Se recoge así que:

"Como recuerda la STS Nº 707/2018 de 15 de enero de 2019, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la agravante genérica nueva del artículo 22.4 del Código Penal, como lo hizo en las sentencias 420/2018 y 565/2018 recordando los fundamentos explícitos del legislador de 2004 y 2015 y la doctrina del TC en su reiteradamente citada sentencia nº 59/2008.

Se estimó entonces que: Con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, se amplía esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta.

Debiendo ahora matizarse en el sentido de la doctrina expuesta en la sentencia del Pleno de este Tribunal en la ya citada nº 677/2018 que relativiza esa referencia subjetiva al subjetivo propósito del autor.

Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado dé cuenta de la relación típica prevista en los tipos penales antes citados de tal suerte que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica de la misma. Y, en lo subjetivo, bastará la consciencia de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito de que se trate diversos de aquéllos".

Importante ha sido, también, el contenido de la sentencia de esta Sala antes citada 99/2019 de 26 Feb. 2019 de que bastará que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica de la misma. Y, en lo subjetivo, bastará la consciencia de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito de que se trate diversos de aquéllos.

El TSJ en su sentencia comienza asumiendo y admitiendo que "En el concreto hecho que nos ocupa, ha quedado probado que la agresión y las previas amenazas sufridas por la recurrente son el corolario de un enfrentamiento con el acusado, con el que mantenía una tormentosa relación, existente ya durante la convivencia mantenida por ambos, que les llevó a separarse una primera vez en el año 2013 y otra segunda, tras reanudar aquélla y tener al segundo de sus hijos, en el otoño de 2016; y que los desencuentros perduraron con posterioridad a la hora de regular y ejecutar el régimen adoptado tras la separación, al hilo de los cuales no eran infrecuentes los requerimientos del acusado en orden a relacionarse con su expareja y con sus hijos y las negativas de ésta a que aquél viese a sus hijos más allá de lo estipulado.", para más tarde desestimar la agravación del art. 22.4 CP apuntando que la argumentación "no se veía acompañado de ningún apoyo probatorio y porque no delimitaba ningún concreto acto demostrativo de la conducta descrita, limitándose a justificarla en afirmaciones genéricas".

Pues bien, expuesto lo anterior, sin embargo, en este caso la desestimación del motivo articulado por la fiscalía dimana de que el TSJ ha modificado los hechos probados en su sentencia al resolver el recurso de



apelación, lo que llevaría a canalizar la impugnación en este caso en sede casacional, no por la vía del art. 849.1 LECRIM , sino por la tutela judicial efectiva del art. 24 CE ex art. 852 LECRIM , ya que la vía del art. 849.1 LECRIM impide al Tribunal casacional analizar este motivo. Cierto y verdad que, de todos modos, existe una inadecuación en la forma en que se produce esa modificación en la sentencia del TSJ al realizarlo en el Fundamento jurídico nº 2 en lugar de dar cumplimiento al art. 142 LECRIM de llevar a cabo de forma separada la fijación de los hechos probados. En consecuencia, en estos casos, cuando se apela a la irracionalidad de la modificación efectuada por un Tribunal de apelación que revisa la sentencia y la revoca podría haberse acudido, en su caso, a la vía de la vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE . Existe, por ello, una diferencia entre haber acudido al error de derecho que se postula del art. 849.1 LECRIM y la que se podría haber utilizado de la vulneración de la tutela judicial efectiva, no pudiendo utilizarse aquél para conseguir el fin pretendido de intentar acreditar la irracionalidad del proceso de convicción, porque en el alegato del error de derecho no puede llevarse a cabo el proceso de conformación de esa irracionalidad en la conclusión a la que puede llegar un Tribunal que revisa en sede de apelación el hecho probado. Esta Sala lo que revisa no es la sentencia del Tribunal ante quien se celebra el juicio, sino la sentencia del Tribunal de apelación y si se alega la irracionalidad del proceso de convicción formado en una alteración del que lleva a cabo el primero no puede acudirse, por ello, a la vía del error de derecho.

Cierto y verdad que el precepto vulnerado sería el art. 22.4 CP , y, en consecuencia, con arranque en el art. 849.1 LECRIM , pero ello sería en relación a la forma de articular la vía impugnativa casacional en relación a la vulneración de la tutela judicial efectiva como "percha" del control de la propia irracionalidad de la conclusión a la que llega el Tribunal de apelación en base a la prueba practicada.

En cualquier caso, la vía impugnativa utilizada no puede alterarse en esta sede casacional en perjuicio del reo y debe fijarse el criterio de la vía de la vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE , y no exclusivamente la del art. 849.1 LECRIM en supuestos semejantes al ahora

En consecuencia, por esta razón procede desestimar el motivo interpuesto.

Cuarto.

Al proceder la estimación parcial del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional.

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 PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Ministerio Fiscal , con estimación del motivo nº 1; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 26 de marzo de 2019 , recaída en recurso de apelación contra sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia de fecha 18 de octubre de 2018 . Se declaran de oficio las costas procesales. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, al mencionado Tribunal Superior de Justicia 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.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10309/2019 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

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta
D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre
D. Andres Palomo Del Arco
D. Vicente Magro Servet
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 8 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el rollo de Apelación nº 11 de 2019 , dimanante de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección Primera, seguido por delitos de amenazas y de homicidio en grado de tentativa contra el acusado Mauricio , nacido en Salamanca el NUM000 de 1979, hijo de Millán y de Ramona , con DNI NUM001 , domiciliado en DIRECCION002 nº NUM002 , NUM003 , de Palencia, insolvente, con antecedentes penales, habiendo sufrido prisión preventiva por esta causa, cuya sentencia de 18 de octubre de 2018 fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León , cuya sentencia de 26 de marzo de 2019 desestimó íntegramente los recursos de apelación interpuestos por la representación de la Acusación Particular Marí Trini y por el Ministerio Fiscal y se estimó parcialmente el interpuesto por la representación del acusado Mauricio , habiéndose casado y anulado por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, haciendo constar lo siguiente:

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Se dan por reproducidos los Hechos Probados de la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Conforme se ha fundamentado con respecto a la imposición de la pena de inhabilitación de la patria potestad debemos condenar a Mauricio como autor responsable de un delito de amenazas y de un delito de homicidio en grado de tentativa, además de las penas ya impuestas, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por el periodo de la duración de la condena, manteniendo el resto de penas y medidas impuestas.

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 Mauricio como autor responsable de un delito de amenazas y de un delito de homicidio en grado de tentativa con las penas ya fijadas en sentencia adicionando la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por el periodo de la duración de la condena, manteniendo el resto de penas y medidas impuestas. y costas que se impusieron en la instancia.

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



Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre
Andres Palomo Del Arco Vicente Magro Servet
Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.