

REVISTA DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

MARZO 2017. N° 2

ASOCIACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS FRANCISCO DE VITORIA

DIRECCIÓN: NATALIA VELILLA ANTOLÍN

COORDINACIÓN: MARÍA AUXILIADORA DÍAZ VELÁZQUEZ



AJFV

A S O C I A C I O N
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA

Visítanos en:   www.ajfv.es

ÍNDICE DE CONTENIDOS:

1.- EL CLAMOR POR LA REFORMA DEL ART. 416 LECRM

María Ángeles Montalvá Sempere

Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª).

2.- LAS HERIDAS CON ARMA BLANCA NO SUSCEPTIBLES DE PRODUCIR LA MUERTE NO IMPIDEN LA CALIFICACIÓN DEL DELITO COMO HOMICIDIO EN TENTATIVA ACABADA

STS SALA SEGUNDA, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2015.

Nº SENTENCIA: 693/2015

Nº RECURSO: 10516/2015

Carmen Gamiz Valencia

Magistrada del Juzgado de Violencia sobre la mujer Nº 6 de Madrid.

EL CLAMOR POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 416-1º DE LA LECRIM

MARÍA ÁNGELES MONTALVÁ SEMPERE. Magistrada de la
Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª)

**VOCES: Derecho a no declarar. Prueba de cargo. Prueba testifical.
Ley integral para la protección de las víctimas de violencia de
género. Víctima.**

La reivindicación es cuasi unánime. La última petición que leo proviene del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ y no es la primera vez que se propone por parte de esta institución. Se trata de un tema manido pero al que no se le ha querido encontrar solución todavía.

Nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal entró en vigor el 7 de octubre de 1882 y fue firmada por el Ministro de Gracia y Justicia, a la sazón, D. Manuel Alonso Martínez. Se publicó en la Gaceta de Madrid el 19 de septiembre de 1882.

Ubicados en la época (en la que solo los privilegiados tenían su propio coche de caballos o carruaje), en esa Gaceta, el art. 416.1 de la LECrim rezaba:

Están dispensados de la obligación de declarar:

1º. Los parientes del procesado en línea directa ascendente o descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos, y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del artículo 261 (art.

261.3: *Tampoco estarán obligados a denunciar: Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos).*

El Juez Instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esta advertencia.

¿Qué sentido tuvo esa redacción? ¿Cuál fue el espíritu del legislador? Se sostuvo sobre un principio, cual es el conflicto que puede surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al procesado, por lo que se protege al testigo que tiene que declarar contra un acusado que es su familia, a quien se le evita ese “cargo de conciencia”. Más ese planteamiento, a mi juicio, está totalmente desfasado.

De algún modo, la filosofía era preservar lo que había de durar para siempre y hoy, guste o no, ya no existe ese pensamiento fundado en un solo tipo de familia patriarcal y por otro lado, se tendía a esa doble moral o actitud hipócrita que nos recordaba aquello de que “*los trapos sucios se lavan en casa*”.

Casi 135 años después, la única diferencia de redacción, es que a continuación de “cónyuge” se añade por equiparación: “o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”, así como añade que la consignación se hará por el Secretario Judicial (*cuando por cierto, debiera decir LAJ, siendo este gazapo, uno de los múltiples de nuestra anciana Ley*).

Hoy carece de lógica que se ponga en funcionamiento una maquinaria tan pesada como la nuestra, (que aunque le cueste

arrancar, cuando lo hace es imparable), para que después la denunciante se ampare en el silencio, o no quiere declarar, generalmente en el acto del plenario, quedando el juicio presidido por una orfandad probatoria insubsanable, porque la principal prueba de cargo se ha volatilizado. La víctima nuevamente está indefensa y a merced de su maltratador, porque superada aquella estructura social y familiar, más que proteger a esta testigo de un problema de conciencia, es ella la que “protege” a su pareja o ex pareja por miedo, por necesidades económicas por ser él su único sustento o también por chantaje o dependencia emocional. Eso es lo que nos enseña la experiencia.

Esto supone que muchas veces, sin esa principal prueba de cargo, no haya más remedio que dictar una sentencia absolutoria, dato que cierto sector declarado enemigo público número 1 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género –LVG-, aprovecha para tergiversar, pues que el procedimiento culmine con una absolución no equivale a haber denunciado en falso, sino simple y llanamente a que se ha evaporado la principal prueba de cargo. Consecuencia: absolución por insuficiencia probatoria.

En el caso de recursos contra condenas pese a haberse acogido la víctima al repetido art. 416.1 LECrim en relación con el 707 del mismo Texto Legal, tampoco es pacífica la cuestión entre la Jurisprudencia menor. Hay Tribunales que adoptan una postura ecléctica, así, v. gr. y entre otras: AP de Zaragoza, Secc.1ª, Sentencia 299/2015 de 11 Dic. 2015, Rec. 586/2015, (ROJ: SAP Z 2504/2015-ECLI:ES:APZ:2015:2504), que se plantea lo que a diario nos planteamos todos los Tribunales: la valoración de los testigos de referencia cuando la víctima hace uso de tal dispensa. Testimonios que, en términos generales, pueden ser utilizados cuando los directos sean imposibles

(por imposibilidad física o jurídica), pero el quid de la cuestión es si se puede equiparar a esa situación de imposibilidad jurídica, haberse acogido a la dispensa a no declarar, lo que unos Tribunales admiten y otros no, de manera que esta Audiencia (entre otras), confirma la condena pese a la dispensa.

Hago hincapié también en la STS, Penal de 26 de mayo de 2016 (ROJ: STS 2587/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2587) en la que se indica que a partir del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª TS de 24 Abr. 2013 se dejó establecido que: “La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416-1º LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por algunos de los vínculos a que se refiere el precepto. Se *exceptúan*: A) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. B) *Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso*”.

Es decir, existe otra “solución”, pues el acceso a la dispensa se perdería cuando la víctima, en algún momento del procedimiento, se haya personado como acusación particular, aunque llegado el acto del juicio ya no ostente ese estatus por haber renunciado a ello.

En conclusión, en tanto nace esa ansiada LECrim del SXXI: Código Procesal Penal y con la esperanza de que no vea la luz el borrador del art. 370 de la Propuesta del texto articulado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 02/02/2012 que ¡mantiene la dispensa!, lo que no he encontrado en otra posterior de 25/02/2013, urge su reforma, una reforma que suponga que la víctima esté sometida a las mismas obligaciones que cualesquiera otros testimonios, aunque también hay alternativas que dejo abiertas.

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA. LAS HERIDAS CON ARMA BLANCA NO SUSCEPTIBLES DE PRODUCIR LA MUERTE NO IMPIDEN LA CALIFICACIÓN DEL DELITO COMO HOMICIDIO EN TENTATIVA ACABADA

**CARMEN GÁMIZ VALIENCIA. Magistrada del Juzgado de Violencia
sobre la Mujer nº 6 de Madrid**

STS SALA SEGUNDA, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2015.

Nº SENTENCIA: 693/2015

Nº RECURSO: 10516/2015

**Voces: Homicidio. Tentativa. Tentativa acabada. Reducción de
pena. Ejecución del delito.**

Sentencia de la Sala Segunda en relación con el homicidio en grado de tentativa que estima el recurso del Ministerio Fiscal y considera que la tentativa es acabada e idónea, rebajando la pena en un grado y no en dos como hace la Audiencia.

El Tribunal sentenciador, después de afirmar que nos hallamos ante una tentativa acabada y de advertir que, según los peritos, el cuchillo tiene capacidad para producir lesiones potencialmente mortales, acaba reduciendo la pena en dos grados con el argumento de que las lesiones que el acusado causó a la víctima fueron, según los informes

forenses, de naturaleza menos grave, no presentando riesgo vital para la lesionada. Este argumento no lo comparte el T.S. pues el hecho de que las heridas que causaron las cuchilladas a la lesionada no fueran mortales no excluye que concorra en el caso un supuesto de tentativa acabada y, lo que es más importante, no pone en cuestión que el peligro inherente al intento sea el peligro concreto propio de un delito de homicidio. Concluye, que en estos casos concurre una tentativa idónea, ya que la acción era objetivamente adecuada ex ante para causarle la muerte a la víctima, y además ex post se comprobó que generó un peligro concreto para el bien jurídico de la vida, peligro que no queda excluido por el hecho de que el cuchillo, finalmente no consiguiera penetrar en la cavidad torácica. Por tanto la pena ha de reducirse solo en un grado, debiendo ponderarse el dato de la entidad del resultado lesivo a los efectos de individualización de la misma, pero siempre dentro del marco inferior en un grado al que corresponde al delito consumado.

COMENTARIO

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Terrassa instruyó sumario por delito de homicidio en grado de tentativa contra *Pelayo* y lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección 22ª dictó sentencia con fecha 28 de abril de 2015, condenándole como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de aproximación a *Jacinta* en distancia inferior a 1000 metros, así como a su domicilio o lugar de trabajo así como a comunicar con la misma por cualquier medio por tiempo de cinco años. También le condenó a indemnizar a la víctima por las lesiones y secuelas en la cantidad de

9.366 euros. Los hechos probados de la sentencia son en resumen los siguientes:

Pelayo, de nacionalidad paraguaya, que mantenía una relación sentimental con Jacinta desde hacía cinco años y medio, sobre las 18.30 horas del 6 de junio de 2014, mantuvo en el domicilio común, ubicado en la localidad de Terrassa, una fuerte discusión con su compañera, en el curso de la cual, él en estado de agresividad le propinó un puñetazo y a continuación le dijo: *“lo tengo todo planeado ya, en la situación en la que estoy te mato, te dejo en la habitación, espero a que llegue tu hija y la mato también a ella, después me mato yo o me entrego a la Policía”*. Y cogiendo un cuchillo de cocina de unos 22 cm de longitud, con hoja de dientes de sierra, que se encontraba en la mesa del comedor, tiró fuertemente del cabello a su pareja y comenzó a pegarle puñetazos en la cabeza al tiempo que sacaba el cuchillo e intentaba clavárselo, si bien Jacinta pudo repeler la agresión al conseguir doblar la hoja del cuchillo con sus manos. Pelayo, tras introducirle un dedo en el ojo, la volvió a coger del cabello y la arrastró por el domicilio hasta que ella cayó a la altura del lavabo, momento en el que le asestó continuas y reiteradas puñaladas en cara, cuello, torax, espalda y brazos, con intención de quitarle la vida, si bien no pudo alcanzar finalmente su propósito gracias a la tenaz resistencia ofrecida por la víctima, que consiguió abrir la puerta del domicilio y lanzar el arma al exterior, dejando fuera de la vivienda al agresor cuando este salió a buscar el cuchillo.

Como se ha dicho anteriormente la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a Pelayo como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa, concurriendo la agravante de parentesco.

El Ministerio Fiscal formuló recurso de casación alegando infracción del art. 62 del Código penal en relación con el art. 16.1 del

mismo texto legal, al entender que la conducta desplegada por el acusado de quitar la vida a Jacinta, utilizando para ello un cuchillo de indudable virtualidad lesiva, con el que propinó repetidas cuchilladas a la víctima dirigidas a zonas vitales, como el cuello y el torax, constituye un delito de homicidio intentado en la modalidad del tentativa acabada, pese a lo cual la Audiencia redujo en dos grados la pena, argumentando erróneamente que se debía valorar que no hubo riesgo para la vida. Alega el Ministerio Público que debe ponderarse que los dos elementos legales para la fijación de la tentativa “*el peligro inherente al intento*” y “*el grado de ejecución alcanzado*”, los viene interpretando la jurisprudencia en el sentido de rebajar la pena en un grado en caso de tentativa acabada y en dos grados en caso de tentativa inacabada, y cita al respecto la sentencia de 11 de diciembre de 2014.

La Sala Segunda, en esta sentencia, acoge la tesis del Ministerio Fiscal, y con cita de las sentencias de la misma Sala 29/2012, de 18 de enero y 836/2014, de 11 de diciembre, (citada por el Ministerio Fiscal), a cuyos argumentos se atiende para resolver el presente recurso, entiende que en el supuesto que se juzga, es claro que estamos ante un caso de tentativa acabada e idónea porque el acusado realizó todos los actos (tentativa acabada) que integran el tipo penal del homicidio, al ejecutar de forma personal y directa la acción de acuchillar a la denunciante, cuya vida, sin duda, corrió peligro. Por consiguiente, según el Alto Tribunal debe entenderse, que tras ejecutarse la acción homicida hasta el punto de generar un peligro concreto para la vida de la víctima, no cabe reducir la pena en dos grados cuando circunstancias más bien azarosas impiden causar lesiones con riesgo vital y sí meramente graves o menos graves, o incluso leves, por lo que procede en este caso que se imponga al acusado la pena en un grado inferior al delito consumado de homicidio, pero en su cuantía mínima (7 años, 6 meses y un día de prisión.)

En resumen, esta sentencia siguiendo su doctrina jurisprudencial anterior sobre el punto objeto del recurso de casación estima el mismo.

Referencia CENDOJ: [Roj: STS 4732/2015- ECLI:ES:TS:2015:4732](#) .

AJFV