

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065120

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 556/2020, de 29 de octubre de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10281/2020

SUMARIO:

Violencia domestica habitual. Malos tratos habituales. *Non bis in ídem*. Bien jurídico protegido. Protección de la paz familiar.

El artículo 73.2 del Código Penal, castiga al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, y esta sentencia establece como doctrina que dicha conducta determina la existencia de un solo delito de violencia doméstica habitual, con independencia del número de personas que se vean afectadas por esa desgraciada convivencia.

La exigencia de su habitualidad muestra el modo en que dicha violencia debe de ejercerse. Proveniente el adverbio "habitualmente" del sustantivo "hábito", refleja un modo especial de proceder o de conducirse, que se caracteriza por la repetición de actos iguales o semejantes. Ahora bien, la reiteración de actos violentos contra distintos componentes de la familia, no da lugar a un concurso de delitos homogéneos en los que respectivamente se configure como víctima cada uno de los sujetos pasivos afectados. La consecuencia de que sean varios los sujetos pasivos tendrá únicamente reflejo penológico en ese delito único. Todo, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 23, 66.1, 139.1, 142, 143, 153 y 173.2.
Constitución española, arts. 10, 11, 15, 17 y 18.

PONENTE:

Don Pablo Llarena Conde.

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don PABLO LLARENA CONDE
Don VICENTE MAGRO SERVET
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 556/2020

Fecha de sentencia: 29/10/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10281/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10281/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 556/2020

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 29 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 10281/2020 interpuesto por Humberto, representado por la procuradora doña María Dolores Osuna Pérez bajo la dirección letrada de doña Inmaculada Neira Bejarano, contra la sentencia dictada el 5 de marzo de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso Ley Jurado 23/2019, en el que se desestimaron íntegramente los recursos formulados por el ahora recurrente, el Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercitada por Justino, confirmando íntegramente la sentencia n.º 10/2019, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima (Tribunal del Jurado), el 13 de junio de 2019, en el Rollo 6621/2018, que condenó, entre otros, a Humberto como autor penalmente responsable de: a) dos delitos de maltrato habitual del artículo 173.2 del Código Penal; b) un delito de maltrato en el ámbito familiar del artículo 153 del Código Penal; y c) un delito de asesinato del artículo 139.1 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, la Junta de Andalucía, y la también condenada Luz, representada por doña María Reynolds Martínez bajo la dirección letrada de don Manuel Antonio López-Guadalupe Muñoz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción n.º 14 de los de Sevilla incoó Procedimiento Tribunal del Jurado 1/2017 por los delitos de maltrato habitual, maltrato en el ámbito doméstico y asesinato, contra Luz y Humberto, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima (Tribunal del Jurado). Incoado el Rollo 6621/2018, con fecha 13 de junio de 2019, el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente dictó sentencia n.º 10/2019 en la que, acogiendo el veredicto del Jurado, se hizo el siguiente pronunciamiento sobre los HECHOS PROBADOS:

"El Jurado ha declarado probados los siguientes hechos:

Primero.

Humberto, nacido el NUM000 de 1979, se encuentra divorciado de Regina desde el año 2015, teniendo en común dos hijos, de 13 y 11 años al tiempo de los hechos, que visitaban a su padre en la vivienda de la CALLE000, los martes y jueves de cada semana y los fines de semana alternos.

Luz (nacida el NUM001 de 1986) era madre de Teodosio (nacido el NUM002 de 2012 fruto de su relación con Rubén), y de Justino (nacido el NUM003 de 2014 fruto de su relación con Justino).

A finales del mes de enero-principios de febrero de 2016, Humberto inicia una relación sentimental con Luz yéndose a vivir juntos al domicilio de Humberto en la CALLE000 n.º NUM004 de Sevilla junto con los hijos menores de Luz, Teodosio y Justino, conviviendo con ellos los hijos de Humberto los martes y jueves de cada semana y los fines de semana alternos.

Segundo.

Durante la convivencia, hasta el mes de abril de 2016, era frecuente que Humberto e Luz agredieran a Teodosio de 3 años de edad a modo de castigo físico, agresiones que consistieron en: golpearle con la mano abierta en la cabeza; meterle en la bañera y ducharle con agua fría; encerrarle en su habitación cerrada con pestillo desde el exterior y sin luz, si seguía llorando iban al cuarto y le pegaban. Asimismo era frecuente que le castigara sin cenar.

Tercero.

Durante la convivencia de los acusados ambos insultaban constantemente y agredían a Justino a modo de castigo físico por el simple hecho de que protestara o llorara por cualquier cosa dándole golpes y pellizcos en brazos, piernas, nalgas y sobre todo en la cabeza.

Cuarto.

En el mes de abril de 2016, Humberto encerró a Teodosio en la habitación a oscuras para castigarlo, el pequeño comenzó a llorar y a dar patadas a la puerta por lo que el acusado entró, lo agarró y lanzó contra la cama, para posteriormente ponerle en la cara una almohada para que se callara, soltándole al intervenir su hijo Bernardino de 13 años de edad al que le dijo que "solo le estaba dando un sustillo para que se callara".

Quinto.

El jueves 21 de abril de 2016 estando Luz en la vivienda con sus hijos y los de Humberto, comenzó a reñir a Teodosio, al tiempo que el niño lloraba desconsoladamente, por lo que lo encerró en su habitación y, al escuchar que el niño pateaba la puerta, se dirigió a la habitación golpeó al niño con los nudillos y le dio varias bofetadas en la cara y lo volvió a encerrar, como quiera que el niño empezó a chillar "agua fría mamá, agua fría..." Luz fue nuevamente al cuarto y esta vez con la zapatilla le golpeó por el cuerpo llegando a hacerle sangre en el labio, acto seguido lo cogió y lo metió en la bañera con agua fría, con la ropa puesta, durante unos minutos. Posteriormente, con la ropa mojada, volvió a encerrarlo en la habitación dejándolo solo en la vivienda mientras acompañaba al hijo de Humberto al ensayo de su banda de música.

Sexto.

El sábado 23 de abril de 2016, alrededor de las 19:00 horas estando en el domicilio que compartían Humberto, Luz y los hijos de ésta, Teodosio y Justino, Humberto acostó a Justino que no había dormido siesta y se quejaba llorando.

Humberto se llevó al niño a la habitación de ellos, contigua al salón, donde Justino tenía su cuna, como quiera que el niño no paraba de llorar le agarró fuertemente por los brazos, lo zarandéó brutalmente, al tiempo que

le chocaba sucesivamente la cabeza hasta en tres ocasiones con una superficie plana no determinada, a nivel frontal, biparietal y en la zona temporal izquierda; además de estos golpes que impactaron en su cabeza también le golpeó en la parte posterior del cuello y en las piernas dejándole después en la cuna provocando con la agresión la muerte del niño que no fue instantánea, sino que se produjo de forma progresiva en unas horas, de modo que el traumatismo craneoencefálico causado por las contusiones en la cabeza provocaron paulatinamente hemorragias internas, dando lugar a un edema cerebral que determinó que el menor entrara en coma y posteriormente se vieran afectadas de manera irreversible las funciones cardiorrespiratorias, produciéndose el fallecimiento entre las 21 horas y las 24 horas del sábado 23 de abril de 2016.

Tras estos hechos Humberto abandonó el domicilio regresando sobre las 22 horas en el que permaneció hasta aproximadamente las 00:45 en que volvió a salir a comprar bebidas.

Séptimo.

Mientras Humberto acostaba a Justino Luz hablaba por teléfono con una amiga y preparaba la merienda de Teodosio deambulando entre el salón y la cocina sin oír lo que estaba ocurriendo en el dormitorio.

Luz se dirigió a continuación a la habitación para ver como se encontraba el niño y cuando se dispone a entrar Humberto sale y la disuade diciéndole que el niño se había quedado tranquilo.

Luz desde entonces y hasta aproximadamente las 00:45 horas realiza visitas a comprobar el estado de su hijo, viendo desde la puerta al niño en la posición de dormir que solía estar.

Sobre las 00:45 horas, mientras Humberto salía del domicilio a comprar bebidas, Luz llevó a Teodosio a su habitación para dormir y entró en su dormitorio para cambiar el pañal a Justino y darle un biberón encontrando ya al niño sin reacciones vitales."

Segundo.

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" PRIMERO.- Que debo absolver y absuelvo libremente, conforme al veredicto del Jurado, a D^a Luz de un delito de homicidio imprudente, declarando de oficio las costas causadas .

Segundo.

Que debo condenar y condeno, conforme al veredicto del Jurado, a D. Humberto como autor penalmente responsable de:

A.-) dos delitos de maltrato habitual del art 173.2 del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a las penas por cada uno de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Prohibición de aproximarse al menor Teodosio, su domicilio o centro docente a una distancia no inferior a 500 m por tiempo de 5 años, así como prohibición de comunicación con él por el mismo tiempo. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 5 años. Y costas.

B.-) un delito de maltrato en el ámbito familiar del art 153 del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a las penas de 7 meses y 15 días de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Prohibición de aproximarse al menor Teodosio, su domicilio o centro docente a una distancia no inferior a 500 m por tiempo de 18 meses, así como prohibición de comunicación con él por el mismo tiempo. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 2 años. Y costas.

C.-) un delito de asesinato del art 139.1 del CP , a las penas de 23 AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Le condeno así mismo al pago de las costas causadas.

Para el cumplimiento de la pena impuesta le será de abono, en su caso, el tiempo que hubiere estado privado de libertad por esta causa.

Por vía de responsabilidad civil, indemnizará a Teodosio en la cantidad de 130.000 euros por el fallecimiento de su hermano y en 2.000 euros por los malos tratos, cantidades que devengarán los intereses del art 576 de la LECivil. Condenamos así mismo al acusado al pago de las costas de este proceso, incluidas las de la acusación particular.

Tercero.

Que debo condenar y condeno, conforme al veredicto del Jurado, a D^a. Luz como autora penalmente responsable de:

A.-) dos delitos de maltrato habitual del art 173.2 del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a las penas por cada uno de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Prohibición de aproximarse al menor Teodosio, su domicilio o centro docente a una distancia no inferior a 500 m por tiempo de 3 años, así como prohibición de comunicación con él por el mismo tiempo. Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de 3 años. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 5 años. Y costas.

B.-) un delito de maltrato en el ámbito familiar del art 153 del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a las penas de 7 meses y 15 días de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Prohibición de aproximarse al menor Teodosio, su domicilio o centro docente a una distancia no inferior a 500 m por tiempo de 18 meses, así como prohibición de comunicación con él por el mismo tiempo. Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de 18 meses. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 2 años. Y costas.

Le condeno así mismo al pago de las costas causadas.

Para el cumplimiento de la pena impuesta le será de abono, en su caso, el tiempo que hubiere estado privado de libertad por esta causa.

Por vía de responsabilidad civil, indemnizará a Teodosio en la cantidad de 2.000 euros por los malos tratos, cantidad que devengará los intereses del art 576 de la LECivil."

Tercero.

Notificada dicha sentencia a las partes, se interpusieron recursos de apelación por el acusado Humberto, por Justino (acusación particular), y por el Ministerio Fiscal. Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla para la resolución de los recursos interpuestos, incoó Recurso Ley Jurado 23/2019 y, en fecha 5 de marzo de 2020, dictó sentencia con el siguiente FALLO:

"Que desestimando íntegramente los recursos formulados por el Ministerio Fiscal, por la acusación particular ejercitada por Don Justino, y por el acusado Humberto, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, se confirma esta íntegramente, sin condena al pago de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes a través de sus Procuradores, habiendo de proceder éstos a comunicarla a sus representados o a informar a la Sala de su imposibilidad. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes, incluso las no personadas, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma."

Cuarto.

El Tribunal Superior de Justicia notificó la sentencia a las partes y, la representación procesal de Humberto, anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.

El recurso formalizado por Humberto, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Por infracción de ley, en atención al artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerarse que ha existido error en la apreciación de la prueba.

Segundo.

Por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, en virtud del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 139.1, 23, 173.2 y 3, 153, y 66.1 del Código Penal,

por no haberse aplicado el artículo 1 del Código Penal y por no haberse aplicado de forma subsidiaria el artículo 142 del Código Penal.

Tercero.

Por quebrantamiento de forma, al amparo de la norma contenida en el artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haberse practicado determinadas diligencias.

Cuarto.

Por quebrantamiento de forma, al amparo de la norma contenida en el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar que ha existido infracción en el procedimiento que pudiera conllevar la nulidad del mismo, total o parcial.

Quinto.

Por quebrantamiento de forma, al amparo de la normativa contenida en el artículo 851.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ello por cuanto en la sentencia que se recurre y en la dictada por la Audiencia Provincial, se han tomado como hechos probados, conceptos jurídicos que han implicado la predeterminación del fallo al constar apreciaciones subjetivas y arbitrarias.

Sexto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, la Junta de Andalucía e Luz, solicitaron la inadmisión e impugnaron de fondo los motivos del recurso e interesaron su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 22 de octubre de 2020 prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, en su Procedimiento ante el Tribunal del Jurado Rollo 6621/2018, dictó sentencia el 13 de junio de 2019 en la que condenó a Humberto: a) Como autor de dos delitos de maltrato habitual de los artículos 173.2 del Código Penal; b) un delito de maltrato en el ámbito familiar y c) un delito de asesinato del artículo 139.1 del Código Penal.

La misma sentencia condenó a su entonces pareja sentimental, Luz: a) como autora de dos delitos de maltrato habitual de los artículos 173.2 del Código Penal y b) un delito de maltrato en el ámbito familiar, siendo absuelta del delito de homicidio imprudente del que venía acusada.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal; la acusación particular ejercitada por Don Justino; y el acusado Humberto. Impugnación que fue resulta el 5 de marzo de 2020 por sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la que se confirmó íntegramente la sentencia dictada en la instancia.

1. Contra ésta última resolución se interpone por el acusado Humberto el presente recurso de casación que se estructura sobre cinco motivos.

El primero de ellos, por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM, argumenta error de hecho en la apreciación de la prueba, materializado en diversos documentos obrantes en autos que muestran la equivocación del juzgador.

El motivo se formula con clara incorrección técnica. El recurrente invoca los folios y vídeos en los que constan documentadas las declaraciones de los encausados, de los agentes policiales, de otros testigos, así como los informes prestados por los numerosos peritos intervinientes en la causa, para construir su propio juicio analítico de la prueba practicada y concluir que no existe prueba de cargo bastante para condenar al recurrente por ninguno de los delitos de los que venía acusado.

En esencia, respecto del delito de asesinato, sostiene que el recurrente se fue de la vivienda sobre las 19.00 horas del día 23 de abril de 2016 y dejó en la casa a su pareja Luz, así como a los hijos de esta llamados Teodosio y Justino. Admite el relato de hechos probados en lo relativo a que regresó sobre las 22:00 horas y que volvió a salir de nuevo a las 00:45. No obstante, expresa que no es cierto que cuando se fue a las 19:00 horas acabara de agredir a Justino, ni que le dejara en su cuna advirtiéndolo a la madre de que no le despertara porque ya estaba tranquilo. Niega así que la madre pudiera encontrarse al bebé muerto horas más tarde, y defiende que tuvo que ser la propia

madre quien le golpeó, causándole las lesiones cerebrales que propiciaron su muerte. Su conclusión tiene en cuenta los indicios en los que la sentencia hace descansar la condena y defiende que los mismos no desvanecen la tesis que sostiene, por lo que debería respetarse el principio de in dubio pro reo.

En cuanto a su condena como autor de dos delitos de malos tratos habituales del artículo 173 del Código Penal, reprocha que los elementos probatorios de los que se extrae su responsabilidad sean la declaración de los dos hijos del acusado, quienes acudían al hogar familiar del padre con ocasión del ejercicio del derecho de visitas. El recuso denuncia que sus testimonios no están acompañados de otros elementos probatorios y que su relato responde a la animadversión de los menores al padre, afirmando que los demás testimonios que se prestaron, son solo testigos de referencia de lo que los niños han relatado a otras personas.

2. El artículo 849.2 de la LECRIM entiende infringida la ley, para la interposición del recurso de casación, " Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

La estricta observancia de la jurisprudencia estable de esta Sala (ver por todas STS 1205/2011) indica que la previsión del art. 849.2.º LECRIM exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia de esta Sala que el error fáctico o material se muestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite, una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30 de septiembre).

La jurisprudencia pacífica de esta Sala plasma por tanto que el error en la apreciación de la prueba exige, como primer requisito, de una verdadera prueba documental, quedando excluidas las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; además de precisarse que el documento sea literosuficiente, es decir, que por su propio contenido evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento histórico de la sentencia, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas, y sin que existan otros elementos de prueba que lo contradigan, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables.

3. Lo expuesto muestra la inviabilidad del motivo en la manera en la que se formula, puesto que los extremos que esgrime carecen de la consideración de prueba documental y no son sino pruebas personales que quedaron documentadas para su constancia y cuya valoración debe realizarse directamente por el Tribunal de instancia a partir, eso sí, del debate contradictorio del plenario y del análisis de las eventuales discordancias que la declaración pudiera haber mostrado, tanto con respecto a declaraciones previas del mismo interviniente, cuanto con relación a otras fuentes de prueba.

4. En todo caso, el contenido del alegato muestra una voluntad impugnativa asentada en la discrepancia sobre la fuerza incriminadora de la prueba practicada, lo que obliga a la consideración de los argumentos desde el prisma del respeto a su presunción de inocencia, no del principio in dubio pro reo que también se invoca, pues este no es sino una regla de juicio que impone al Tribunal que opte por la absolución del acusado cuando mantenga dudas sobre su culpabilidad, lo que aquí no acontece.

5. La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que en los procedimientos con doble instancia contemplados en el artículo 847.1.a de la LECRIM, el control casacional de las sentencias que les pongan término, no solo comporta realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación, sino que también puede ajustarse a revisar los juicios de inferencia que se hayan alcanzado en la instancia, a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado el Tribunal de apelación en el caso de que el argumento hubiera sustentado el previo recurso devolutivo ante él, de suerte que, en definitiva, el ámbito del control casacional se refiere a la ponderación y argumentación que sobre la cuestión haya exteriorizado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante.

Se ha explicitado también en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre; 742/2007, de 26 de septiembre o 52/2008, de 5 de febrero), que la labor que corresponde al Tribunal de apelación en la encomienda de supervisar la valoración de la prueba hecha por el juzgador de instancia, cuando se alega ante él la infracción del derecho a la presunción de inocencia, no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador a quo, porque solo a este corresponde esa función valorativa, sino verificar que, efectivamente, el Tribunal de instancia contó con suficiente prueba de signo acusatorio. Una verificación que entraña que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/01, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables

que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

Es cierto, como se ha dicho, que la inserción del elemento de la razonabilidad dentro del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia genera un espacio común en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, el control por parte del tribunal de apelación de la coherencia del juicio probatorio del tribunal a quo, particularmente cuando lo que se invoca es un quebranto del derecho a la presunción de inocencia, no pasa por exigir un juicio valorativo en el que se detallen todas las pruebas que se han tenido en cuenta, sino que el tribunal de instancia fije con claridad cuáles son las razones que ha contemplado el tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos -muy especialmente cuando hayan sido controvertidos-, tanto porque permite al justiciable, y a la sociedad en general, conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales o la corrección técnica de la decisión dada por el tribunal, cuanto porque facilita el examen de la lógica y racionalidad de sus conclusiones fácticas.

De este modo, por más que no sea necesario razonar lo que resulta obvio, ni sea tampoco exigible un discurso exhaustivo sobre hechos aceptados por el acusado, en lo que se refiere a los hechos negados, no reconocidos por este o de cualquier forma cuestionados o discutidos, las pruebas a considerar al verificar la racionalidad del proceso valorativo no son solo aquellas que lógicamente conduzcan a la conclusión obtenida por el Tribunal, sino todas aquellas que hayan sido traídas por las partes y que puedan destruir o debilitar la convicción hasta conducirla al campo de lo incierto, lo remoto o lo especulativo.

Por último, debe recordarse, conforme la doctrina constitucional, que el control de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde la suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa). En todo caso, es pacífica la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala que proclama que el control en este último supuesto ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales de instancia quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías, del acervo probatorio; de modo que solo puede considerarse insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre o 123/2006 de 24 de abril, entre otras).

6. Desde esta consideración de la función casacional como evaluadora de que la supervisión que ha hecho el Tribunal de apelación respete las reglas anteriormente expuestas de valoración del juicio probatorio del Tribunal de instancia, debe rechazarse la pretensión que sustenta el motivo.

Destaca el Tribunal de apelación que se declaró probado que Justino murió como consecuencia de un zarandeo y de unos golpes en la cabeza, en unas horas (pericial) en la que no hubo otras personas en la casa. Este extremo no fue discutido en la alzada, por lo que el zarandeo y los golpes únicamente pudieron ser propinados por Humberto, Luz o ambos.

A partir de ahí, el Tribunal del Jurado concluyó que la acción se ejecutó por el recurrente, basando su convencimiento en las pruebas que se aportaron en el plenario y que el Tribunal Superior de Justicia fiscalizó que respondieron, más allá de toda duda razonable, a un análisis racional de todas ellas.

El Tribunal Superior de Justicia evalúa en su sentencia (FJ 7) el contenido de la conversación que tuvo lugar entre Humberto e Luz, cuando ambos eran conducidos en el furgón policial hasta las dependencias judiciales donde se les tomaría su primera declaración como investigados.

Constata el Tribunal que Humberto también negaba en esa conversación que hubiera matado al niño y que lo zarandeara o golpeará. Pero esa defensa ante la madre se pone en relación con lo que sí refleja la conversación y apreció el Jurado:

a) Que en esa conversación con Humberto, Luz mantenía que ella no había sido y se preguntaba retóricamente que, si ella no había sido, quién podía ser el responsable de la muerte del bebé, además de exigirle al recurrente que le explicara qué fue lo que hizo con el niño cuando le acostó.

b) Que ante el reiterado reproche de Luz, en el que atribuía a Humberto haber acostado al niño, Humberto no negaba ese extremo en ningún momento.

Entiende la Sala que esos datos hacen razonable la conclusión del jurado de que quien acostó a la víctima fue Humberto.

De otro lado, se concluye que Humberto acostó al niño a partir de otros elementos igualmente indiciarios.

La tarde de los hechos, en torno a las siete, se produjo una conversación por Whatsapp entre Luz y su amiga Flora. En ella Luz alude a la presencia de Humberto (sin nombrarlo). Luz llama por teléfono a Flora desde un teléfono distinto y que Flora no tenía registrado. Luz dijo a su amiga que la línea pertenecía a Humberto y añadió en

la conversación que Humberto estaba acostando al niño. Esta versión fue confirmada por la testigo Flora, en su declaración en el plenario y desmiente el relato del ahora recurrente.

Con ello, el Tribunal de apelación concluye en la racionalidad del convencimiento del Jurado respecto a que fue Humberto quien acostó a un niño que, en ese momento, estaba vivo. Racionalidad que se refuerza desde la constatación del Jurado de que el recurrente afirmaba en el plenario de que se había ido de casa sin que el niño estuviere acostado, buscando claramente con ello una afirmación exculpatoria.

Y en ese contexto en el que el recurrente niega haber acostado al bebé cuando las pruebas anteriores apuntan lo contrario, los dos elementos probatorios restantes se ofrecen espontáneos y no manipulados.

El primero es la declaración de la testigo doña Miriam, quien dijo haber oído gritar a Luz " me lo han matado, está muerto, está muerto", en hora compatible con el momento en que Luz dijo haber encontrado a su hijo sin vida.

El segundo, la presencia de un biberón preparado en el dormitorio del niño y fotografiado con ocasión del levantamiento del cadáver. El vestigio se valora como un refuerzo de la versión de Luz cuando aseguró al Jurado que no sospechó que le hubiera pasado nada al niño cuando Humberto le acostó, estando ella convencida de que estaba plácidamente dormido. Considera la sentencia que si llevó un biberón al dormitorio del bebé a esa hora, solo caben dos interpretaciones racionales: o Luz se estaba preparando fríamente una coartada, o ignoraba por completo lo que le había sucedido; decantándose por esta última versión en consideración al conjunto de la prueba y a la versión falsaria y exculpatoria del recurrente.

En cuanto a la efectiva participación en los hechos del recurrente, la valoración probatoria es racional, como correcta es la revisión que de la misma ha realizado el Tribunal de apelación; más aún cuando el recurso de casación admite que el recurrente reconoció inicialmente haber acostado al niño, por más que se desdijera después con argumentos que no aportaron suficiente credibilidad.

7. Sostiene igualmente la defensa de Humberto que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia por haber sido condenado como autor de sendos delitos de maltrato habitual de los menores Justino y Teodosio, sobre la exclusiva declaración testifical de los hijos de Humberto, los menores de edad Bernardino y María Dolores, quienes convivían dos días por semana con su padre, con la nueva pareja de su padre (Luz), y con los hijos de esta (Justino y Teodosio).

La pretensión fue racionalmente rechazada por la sentencia de apelación que se impugna. Al margen de que la testifical de los menores puede configurarse como prueba de cargo plena y suficiente para sustentar la enervación del derecho a la presunción de inocencia, pues ambos testigos refirieron con detalle suficiente las brutalidades que, a su presencia, se desarrollaron contra Teodosio y Justino, sin apreciarse contradicciones o incoherencias relevantes o el ánimo espurio de resentimiento de los testigos con su padre con el que ahora se especula y del que no hay reflejo objetivo en la prueba, no es cierto que se trate de prueba única.

La sentencia de apelación valora que los testimonios van acompañados de otros elementos probatorios que los corroboran indiciariamente, haciendo con ello una clara remisión a la sentencia de instancia, y más concretamente a la testifical de referencia y a la prueba pericial practicada.

En el primer fundamento de la sentencia de instancia, se deja constancia de que el Jurado contó con la declaración de Bernardino y de María Dolores, de 13 y 11 años de edad, hijos de Humberto, cuya declaración como prueba preconstituida se grabó en el Juzgado de Instrucción con todas las garantías constitucionales y cuyo visionado se practicó en el plenario. Ambos niños fueron testigos presenciales de lo que acontecía en el domicilio familiar cuando allí acudían los martes y jueves por la tarde y los fines de semana alternos. Los dos narraron que era frecuente que golpearan (Luz, pero más Humberto) a los menores. Detallaron que a Teodosio le bañaban con agua fría como castigo, y que encerraban a oscuras en su cuarto echando el pestillo desde el exterior, dejándole sin comer. Bernardino manifestó que su padre pegaba a Justino con la mano abierta en la cabeza " muy fuerte". María Dolores narró un episodio en el que Teodosio tenía sangre y dijo que se lo había hecho Humberto. También Bernardino narró el episodio en que vio a su padre golpear a Teodosio y ponerle una almohada sobre la cara. Y él y su hermana María Dolores, narraron el episodio en el que Luz golpeó a Teodosio con la zapatilla, le bañó con agua fría y le dejó encerrado y solo en la casa mientras los llevaba a ellos dos a la banda de música.

Junto a esta prueba, el Jurado valoró la testifical de D.^a Regina, ex esposa de Humberto, que explicó como su hija María Dolores, antes del fallecimiento de Justino, ya le había contado como su padre pegaba y daba golpes en la cabeza a Teodosio, y como Luz bañaba al niño con agua fría y le encerraba en la habitación. También relató que Bernardino le había desvelado el episodio en el que su padre ponía una almohada en la cara a Teodosio para que se callara.

Contempla también el informe elaborado por la Educadora del CAI, donde fue llevado Teodosio tras el fallecimiento de su hermano, a la que el niño contó que su madre le pegaba y le dejaba encerrado en la habitación y que también pegaba a su hermano Justino.

Y al fundamento segundo de la sentencia de instancia se deja constancia del informe pericial médico forense que se emitió con ocasión del levantamiento del cadáver de Justino. Refleja que se apreciaron en el menor hematomas recientes, pero también antiguos, fundamentalmente en el cuello y en los miembros superiores e inferiores. Hematomas sobre un bebé inhabilitado para la deambulación y que se describen individualmente cada

uno de ellos, pero de los que se proclama que tienen un aspecto digitado, además de apreciarse erosiones en la cara (siete).

El motivo se desestima.

Segundo.

Su segundo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM. Un motivo que denuncia la infracción de una pluralidad de preceptos, concretamente los artículos 139.1; 23; 173.2 y 173.3; 153; 66.1; 1 y 142 del Código Penal.

1. Denuncia en primer término, la indebida aplicación del artículo 139.1 del Código Penal. Escuetamente se afirma que el precepto no puede ser aplicado porque el recurrente no fue el autor de los hechos.

La pretensión debe ser rechazada. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que solo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es este un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado, u obliga a pretender antes su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECRIM) o de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 de la ley procesal), dado que no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

Y contrariamente a lo que el recurrente sostiene, la sentencia de instancia proclama que fue el acusado quien intencionadamente propinó al bebé los golpes de los que se derivó su muerte. Concretamente, en su hecho sexto describe:

" El sábado 23 de abril de 2016, alrededor de las 19:00 horas estando en el domicilio que compartían Humberto, Luz y los hijos de ésta, Teodosio y Justino, Humberto acostó a Justino que no había dormido siesta y se quejaba llorando.

Humberto se llevó al niño a la habitación de ellos, contigua al salón, donde Justino tenía su cuna, como quiera que el niño no paraba de llorar le agarró fuertemente por los brazos, lo zarandeó brutalmente, al tiempo que le chocaba sucesivamente la cabeza hasta en tres ocasiones con una superficie plana no determinada, a nivel frontal, biparietal y en la zona temporal izquierda; además de estos golpes que impactaron en su cabeza también le golpeó en la parte posterior del cuello y en las piernas dejándole después en la cuna provocando con la agresión la muerte del niño que no fue instantánea, sino que se produjo de forma progresiva en unas horas, de modo que el traumatismo craneoencefálico causado por las contusiones en la cabeza provocaron paulatinamente hemorragias internas, dando lugar a un edema cerebral que determinó que el menor entrara en coma y posteriormente se vieran afectadas de manera irreversible las funciones cardiorrespiratorias, produciéndose el fallecimiento entre las 21 horas y las 24 horas del sábado 23 de abril de 2016".

2. Relacionado con ello, el motivo reprocha que no se hayan calificado los hechos como constitutivos de un delito de homicidio imprudente del artículo 143 del Código Penal, lo que se argumenta desde la lacónica expresión de que, de ser acreditados los hechos " los mismos sólo pueden ser considerado como homicidio imprudente, pues de las mismas declaraciones del médico forense Dr. Vidal, se infiere, que el mecanismo que ha producido la muerte al menor Justino, no es el utilizando cuando hay intención de matar ".

La definición más clásica del dolo proclama un contenido consistente en el conocimiento y la voluntad de que se realicen los elementos objetivos del tipo penal, y entiende que el dolo eventual concurre cuando un resultado, por más que no haya sido la aspiración específica del autor, se representa posible y es querido o aceptado sobre la alternativa de desistir de la acción.

No obstante, la doctrina y nuestra jurisprudencia no excluyen un concepto normativo de dolo eventual, marcadamente basado en el elemento intelectual del mismo, esto es, desde la sola representación de la alta probabilidad de que se materialice el resultado.

Esta concepción no supone la desaparición del elemento volitivo para el dolo eventual, pues a partir de las máximas de experiencia puede inferirse la concurrencia del necesario consentimiento cuando se sabe que la conducta desarrollada generará un probable resultado dañoso en el bien jurídico protegido y, pese a ello, el sujeto persiste en su comportamiento de riesgo, mostrando así su conformidad con un resultado lesivo desaprobado por la norma (STS de 23 de abril de 1992, relativa al " aceite de colza" o "del síndrome tóxico, y muchas otras como las

SSTS 278/2014, de 2 de abril, 311/2014, de 16 de abril, 759/2014, de 25 de noviembre). En todo caso, esta consideración debe tomar cuidado de no facilitar un concepto inadecuadamente extenso del dolo eventual, hasta llevarnos a una cualificación por el resultado. Como decíamos en nuestra sentencia 155/2015, de 16 de marzo (con cita de la STS 474/2013, de 24 de mayo), "una flexibilidad y laxitud excesivas a la hora de sopesar el grado de probabilidad exigible para apreciar el elemento intelectual cuestionaría la concurrencia del elemento volitivo en el caso concreto, abocando así a la calificación de doloso de un hecho realmente imprudente o atípico, al mismo tiempo que se impondría la responsabilidad objetiva o por el resultado en detrimento de la responsabilidad subjetiva y del principio de culpabilidad. Y es que una concepción excesivamente extensiva del dolo eventual y de su verificación en el ámbito procesal podría devolvernos a las anacrónicas y denostadas figuras delictivas preterintencionales y a los delitos cualificados por el resultado".

Así, desde la consideración de los hechos probados que se han descrito, y con las consideraciones que expresa la valoración del Jurado, no puede sino rechazarse la pretensión suscitada.

El jurado ha considerado que concurre en el autor el dolo eventual pues aunque la intención primera del acusado no fuera acabar con la vida del menor, pero lo cierto es que " de un lado la violencia empleada en el zarandeo, tal y como explicaron los médicos forenses, y de otro lado los golpes, hasta 3, en la cabeza, revelan que necesariamente tuvo que prever que con dicha conducta podía acabar con la vida de Justino, tal y como aconteció, aceptando el resultado como posible a la vista fundamentalmente de la repetición de los golpes en la cabeza" . Lo que puede verse potenciado al declararse probado que: " Mientras Humberto acostaba a Justino, Luz hablaba por teléfono con una amiga y preparaba la merienda de Teodosio deambulando entre el salón y la cocina sin oír lo que estaba ocurriendo en el dormitorio ", añadiéndose después: " Luz se dirigió a continuación a la habitación para ver como se encontraba el niño y, cuando se dispone a entrar, Humberto sale y la disuade diciéndole que el niño se había quedado tranquilo".

Tercero.

Este segundo motivo denuncia también la indebida aplicación del artículo 23 del Código Penal. Sostiene que el recurrente solo mantuvo relación con la madre de los menores durante tres meses, viviendo con ella desde hacía un mes y medio. Sostiene que esa relación no es estable y duradera; que estuvo propiciada para evitar pagar cada cual su propio alojamiento; y que, al momento de los hechos, el recurrente tenía la determinación de acabar con la relación por los celos de ella.

El artículo 23 del Código Penal dispone que " Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente".

Es evidente, como muestra el propio alegato al admitir que el acusado tenía previsto separarse de Luz por los celos que esta sentía, que la relación que mantenían era de convivencia afectiva y no para la gestión compartida de sus personales cargas económicas. Así lo proclama además el intangible relato de hechos probados, que comienza indicando que a finales del mes de enero o principios del mes de febrero de 2016, Humberto inicia una relación sentimental con Luz, yéndose a vivir juntos al domicilio de Humberto en la CALLE000 n.º NUM004 de Sevilla, además de hacerlo con los hijos de Luz, llamados Teodosio y Justino.

Desde tal base fáctica debe recordarse la doctrina de esta Sala, que proclama que el mayor reproche que conlleva esta circunstancia cuando opera como agravante, no deriva de la ausencia de cariño o afecto, lo que podría proclamarse en cualquier delito contra las personas, sino en la falta de respeto entre quienes aparecen unidos por los vínculos que el Código Penal contempla y, en supuestos como el enjuiciado, incumplen las obligaciones que resultan de las relaciones parentales, lesionando bienes jurídicos de naturaleza personal correspondientes a los hijos de su conviviente.

No es cuestión de tiempo de duración de la convivencia, como se lee en la STS 1900/2018, de 24 de mayo, como no lo sería tampoco respecto de una pareja unida por vínculos matrimoniales, reclamándose únicamente los elementos en los que descansa la asimilación a los esposos, esto es, una relación de afectividad de pareja que pueda ser análoga o parangonable y una estabilidad del vínculo (SSTS 421/06, de 4 de abril y 496/2016, de 9 de junio).

La concurrencia de estos elementos objetivos determina la correcta aplicación de la agravante. El recurrente mantenía una convivencia con Luz y sus hijos, habiendo asumido incluso el rol de cuidado paterno-filial, lo que se muestra en los hechos probados no solo en la asunción de los cuidados que los menores requerían, sino también las funciones de educación y corrección formativa, por lo que procede el rechazo de la pretensión alegada.

Cuarto.

El segundo motivo denuncia además la indebida aplicación del artículo 173.2 y 153 del Código Penal, lo que se argumenta negando también la autoría de las agresiones por las que viene condenado y remitiendo a la insuficiencia probatoria que denunciaba en su primer motivo.

Ya se ha expresado la validez del juicio valorativo de la prueba practicada. Considerando la intangibilidad de los hechos probados inherente al cauce procesal por el que discurre la objeción a la aplicación de este precepto, no pueden sino reproducirse los argumentos de desestimación que se han expresado en el n.º 1 del segundo fundamento de nuestra sentencia.

Quinto.

En el mismo motivo se plantea la indebida aplicación del artículo 173.2 del Código Penal. En primer término, aduciendo que la relación de pareja y la convivencia del recurrente con la otra acusada y sus hijos, fue muy corta en el tiempo.

En segundo lugar, expresa que no existen dos delitos de malos tratos del art. 173.2 y 3, pues se estarían infringiendo el principio de non bis in ídem, ya que el maltrato habitual comprende a todos los miembros de la familia que lo sufran, sin que pueda aplicarse el tipo penal por cada uno de los integrantes que se vean afectados por él.

1. El tipo penal recogido en el artículo 173.2 del Código Penal, en su modalidad básica, castiga al " que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados".

En su párrafo 3, el artículo 173 añade que: " Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores".

2. La jurisprudencia de esta Sala tiene proclamado que el grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar en este, sino por la naturaleza de la afectividad que se comparte, pues es esta la que el legislador considera para definir la conducta, esto es, la existencia de una relación personal e íntima que traspase con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea esta (STS 1376/2011, de 23 de diciembre).

Es también una relación vital distinta de la episódica y que, si bien de presente está revestida por una marcada vinculación personal y por el anhelo de que la relación se prolongue, no precisa de una duración temporal, al quedar sujeta su finalización a la libertad individual de cualquiera de sus componentes.

En el caso presente, por más que se esgrima que la relación era de reciente establecimiento, se asume la realidad de este vínculo y que estuvo acompañado de la estrecha y permanente convivencia.

En todo caso, los hechos que se enjuician se proyectaron contra los dos hijos de la pareja del acusado quienes, en su condición de menores de edad, se constituyen como posibles sujetos pasivos del delito por la mera convivencia con el acusado.

De este modo, la alegación de que la constitución de la pareja era reciente, o la banal expresión de que el acusado pretendía ponerle término por el hastío de los celos que sufría su pareja, no vacía la posibilidad de que opere la protección penal que ahora contemplamos.

3. La segunda cuestión que el alegato suscita, es si la ejecución de la conducta recogida en el tipo penal de violencia doméstica habitual, del artículo 173.2 del Código Penal, determina la existencia de un solo delito o de tantas infracciones penales cuantas víctimas resulten de la acción que se enjuicia.

Su análisis ofrece un marcado interés casacional, pues puede apreciarse un posicionamiento discrepante entre las distintas Audiencias Provinciales que han abordado la cuestión.

3.1. De entre las resoluciones que han considerado la existencia de un solo delito, merece destacarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sec. 2), 67/2011, de 8 de febrero. La resolución proclama que el delito de violencia familiar habitual es único por cada entorno en el que se desarrolla, pudiendo tener ese delito una o varias víctimas.

a. Argumenta así la sentencia: " En contra del criterio de los aquí intervinientes, debe apreciarse un solo delito de violencia habitual. Preceptúa el núm. 3 del art. 173 del CP (LA LEY 3996/1995) que para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya

ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

Se castigan los actos que quebrantaren seriamente la estabilidad y paz familiares, y atenten contra la dignidad de las víctimas en un ámbito, el familiar, donde es precisamente protección y tranquilidad lo que se espera, lo que es objeto del bien jurídico de la infracción penal que nos ocupa.

Se ha dicho que la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 173, es lo que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia. Lo relevante será constatar si en el "factum" se describe una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y se demuestra en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen así dos coordenadas sobre las que se vértebra el tipo penal.

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no solo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

b. Con argumentos distintos, pero complementarios, defiende la misma conclusión la Audiencia Provincial de Cáceres (Sec. 2) SAP 130/2017, de 28 de abril. En ella, argumenta el Tribunal que " Como señalaban las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2.007 ó 19 de octubre de 2.010, "la violencia física o psíquica habitual es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad" /.../ De ahí que no pueda hablarse de tantos delitos como víctimas o categorías de víctimas haya, al modo de lo que ocurre con "los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica" (sancionables separadamente y sin infracción del principio "non bis in ídem" precisamente por esa razón), sino de un solo delito cuando, en la hipótesis que plantean las acusaciones, son varios los miembros del entorno del agresor sobre los que vierte su acción"

Y añade " La consecuencia de que sean varios los sujetos pasivos tendrá únicamente reflejo penológico en ese delito único, bien como circunstancia de especial gravedad del hecho a la hora de individualizar la pena privativa de libertad, bien a la hora de imponer las penas privativas de derechos imperativamente exigidas en el artículo 57.2, imposición que habrán de alcanzar a todas las víctimas del delito".

c. En los mismos términos confluyen diversos pronunciamientos de los Tribunales, pudiéndose destacar a modo de ejemplo la SAP de Alicante (Sec. 1) 415/2015, de 11 de junio; o la SAP de La Rioja de 2 de julio de 2.007, que proclamaba que "La situación de dominio a través de la intimidación y la violencia materializada en los hechos declarados probados, reiterada, persistente, continuada durante años, determina la concurrencia de la habitualidad y estado de temor creado por el procesado en su esposa e hijos, a los que maltrataba física y psíquicamente, diariamente, determinando la incardinación de su conducta en el tipo previsto y penado en el artículo 173 del Código Penal".

3.2. En la posición opuesta está la sentencia impugnada, que refleja el posicionamiento compartido por una pluralidad de pronunciamientos de diversas Audiencias Provinciales.

a. Esta es la posición fijada en la SAP de Sevilla (Sec. 4) de 9 de diciembre de 2008; SAP de Córdoba (Sec. 3) 406/2015, de 18 de septiembre, así como la mantenida en la SAP de Gran Canaria (Sec. 2) 375/2017, de 28 de noviembre. En su FJ 4, esta última resolución proclama que: " no cabe considerar, por el contrario, que el conjunto de los actos violentos, degradantes o vejatorios, que afectan a más de una víctima sean englobados en un único delito. Basta leer el propio tenor del artículo 173 del Código Penal para concluir que lo que constituye la conducta típica de ese precepto, en su párrafo segundo, es el ejercicio habitual (lo que implica una pluralidad de actos) de violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido cónyuge o alguna de las personas unidas por lazos de parentesco, que en él se relacionan. La acción es plural pero el sujeto pasivo es individual, de forma que, en caso de que la violencia física o psíquica se ejerza sobre varias personas, habrá lugar a la apreciación de un concurso real de delitos".

b. En la sentencia que aquí se impugna, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, admitiendo que la cuestión resulta controvertida en la Jurisprudencia de las diferentes Audiencias Provinciales, y a falta de un criterio

consolidado, entiende que debe partirse de la naturaleza personal del principal bien jurídico protegido, que es la integridad moral de las personas que sufren el maltrato, sustentando que no es óbice para esta conclusión lo establecido en el artículo 173.3, pues, a juicio de la Sala: " de dicho precepto se concluye simplemente que no es preciso, para calificar el maltrato como habitual, que al menos uno de los sujetos integrantes del círculo convivencial haya sido víctima de una pluralidad de actos vejatorios o violentos, y que por tanto puede bastar para calificar como habitual a la violencia con la prueba de actos de los que sean víctima diferentes miembros de la familia, ninguno de ellos individualmente de manera reiterada. En tal caso sólo podrá condenarse por un delito de maltrato habitual; pero cuando respecto de dos o más de ellos se ha acreditado, como en este caso, el reiterado o habitual trato vejatorio o violento, habrá tantos delitos como "víctimas habituales".

4. Pese a la invocación que alguna de las resoluciones indicadas hace a la Jurisprudencia de esta Sala, la cuestión no ha sido objeto de análisis por el Tribunal Supremo.

Como bien indica la sentencia que ahora se impugna, nuestra STS 67/2020, de 24 de febrero, se enfrentó al planteamiento de la cuestión en virtud del recurso de casación n 19499/2019, si bien no entró en su análisis por ser cuestión planteada ex novo en casación y privada, por tanto, de cualquier debate durante el enjuiciamiento de los hechos o con ocasión de la interposición del posterior recurso de apelación.

Tampoco lo hemos hecho en las resoluciones que sirven de apoyo a la SAP de Gran Canaria 375/2017, antes referida. La resolución invocaba en respaldo de su posicionamiento el ATS 258/2015, de 12 de febrero, si bien lo hacía sin tomar en consideración que el auto inadmitió un recurso de casación que no discutía de forma expresa esta cuestión. Y la STS 338/2009, de 2 de abril, es citada erróneamente por el Tribunal canario, puesto que los antecedentes de hecho de aquel recurso de casación evidencian que la condena fue, entre otros delitos, por un solo delito de violencia doméstica habitual y no por varios, además de haberse desestimado la pretensión de que el tipo penal del art. 173.2 del Código Penal había sido indebidamente aplicado.

La cuestión tampoco fue contemplada en la STS 914/2008, de 22 de diciembre, mencionada en muchas de las resoluciones provinciales que defienden la existencia de un concurso de delitos homogéneos. La STS 914/2008 no analizaba el posible quebranto del principio del non bis in ídem cuando se impusiera una doble condena por ejercer males tratos habituales a distintos sujetos que convivieran con el sujeto activo, pues lo que el recurrente planteó fue si el tipo penal podía aplicarse sobre un comportamiento doméstico que llevó a condenar al progenitor como autor de un delito de agresión sexual a su hija, es decir, si era compatible (sin quebrantar la proscripción del bis in ídem) la aplicación del delito de agresión sexual con el de violencia habitual en el ámbito doméstico.

Esa fue la cuestión que las partes debatieron y que el Tribunal resolvió, por más que en el desarrollo argumentativo de la sentencia se atravesara por una reflexión obiter dictum que recogió " el acusado debió haber sido imputado por dos delitos del art. 153 [173.2 a partir de la reforma operada por LO 11/2003], y no por uno solo, dado que las víctimas fueron las dos hijas, del mismo modo que sucede en los casos de delitos contra la libertad sexual contra dos sujetos pasivos diferentes, como recordaba la STS de 20 de julio de 2.001 al declarar que cuando la agresión a la libertad sexual afecta a varias personas, en cada una de ellas se lesiona la libertad individual representativa de un derecho fundamental y personalísimo, dando lugar a una pluralidad de delitos".

5. Entrando ya al análisis de la cuestión objeto de controversia, adelantamos nuestro posicionamiento de que la conducta recogida en el artículo 173.2 del Código Penal, determina la existencia de un solo delito de violencia doméstica habitual, con independencia del número de personas que se vean afectadas por esa desgraciada convivencia.

Partimos para ello de un inmutable relato fáctico que, entre otros extremos, declara probado que: " Durante la convivencia, hasta el mes de abril de 2016, era frecuente que Humberto e Luz agredieran a Teodosio de 3 años de edad a modo de castigo físico, agresiones que consistieron en: golpearle con la mano abierta en la cabeza; meterle en la bañera y ducharle con agua fría; encerrarle en su habitación cerrada con pestillo desde el exterior y sin luz, si seguía llorando iban al cuarto y le pegaban. Asimismo era frecuente que le castigara sin cenar.

Durante la convivencia de los acusados ambos insultaban constantemente y agredían a Justino a modo de castigo físico por el simple hecho de que protestara o llorara por cualquier cosa dándole golpes y pellizcos en brazos, piernas, nalgas y sobre todo en la cabeza ".

5.1. La conducta delictiva contemplada en el artículo 173.2 del Código Penal consiste en el ejercicio habitual de una violencia física o psíquica sobre cualquiera de los sujetos pasivos que el tipo penal contempla.

Como es lógico, la violencia se ha entendido como el empleo de la fuerza física, esto es, el acometimiento o la imposición material, cuando es eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (STS 477/09, de 10 de noviembre o 33/2010, de 3 de febrero). Junto a ella, la violencia psíquica supone la imposición de una restricción de cualquier naturaleza que opere sobre la psique del sujeto pasivo, restringiendo su opción de actuar libremente como individuo.

La exigencia de su habitualidad muestra el modo en que dicha violencia debe de ejercerse. Proveniente el adverbio " habitualmente" del sustantivo " hábito", refleja un modo especial de proceder o de conducirse, que se caracteriza por la repetición de actos iguales o semejantes. Es decir, un modo de comportarse el autor del delito con relación a las personas que pueden ser sujeto pasivo del delito (STS 1016/2005, de 12 de septiembre).

La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también la compleja enumeración de los sujetos pasivos contemplados en el tipo punitivo, que estructuradamente son: a) La persona que sea o haya sido " cónyuge" del sujeto activo, así como la persona que esté o haya estado ligada con él por " una análoga relación de afectividad" y, en ambos casos, en atención exclusiva a la existencia del vínculo indicado, pues la protección penal operaría en estos supuestos " aun sin convivencia" (SSTS 201/2007, de 16 de marzo; 1376/2011, de 23 de diciembre); b) Los " descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad" propios o de su pareja; c) Los menores o discapacitados necesitados de especial protección que convivan con él; d) Los menores o discapacitados necesitados de especial protección que estén sometidos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de su pareja, aunque no convivan con él; e) Las personas integradas de cualquier otro modo en el núcleo familiar y f) Los que estén integrados en el núcleo familiar pero, por ser especialmente vulnerables, estén internados en algún centro.

5.2. Respecto de la cuestión nuclear para la resolución de la cuestión que nos ocupa, esto es, cual es el bien jurídicamente protegido por este precepto, en nuestra STS 662/2002, de 18 de abril, recordamos la necesidad de abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional, lo que resulta lógico vista la ubicación del tipo penal en los delitos contra la libertad, valor superior de nuestra Norma Fundamental (art. 1.1 CE). Dijimos así que el bien jurídico protegido trascendía y se extendía más allá de la integridad personal "al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -art. 10-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15- y en el derecho a la seguridad -art. 17-, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39" (en el mismo sentido SSTS 1112/06, de 25 de octubre o 761/06, de 10 de julio, entre muchas otras).

De este modo, y así lo hemos proclamado, el delito del art. 172.3 del Código Penal es un delito pluriofensivo, con cuya previsión tratan de protegerse varios bienes jurídicos, vinculados todos ellos a derechos fundamentales de rango constitucional, de los que cabe destacar la integridad física y moral, así como la dignidad de las personas, la intimidad y la libertad en sus múltiples proyecciones y, entre todos ellos, la familia como ámbito que debe favorecer y no frustrar el desarrollo de la personalidad de quienes conviven en intimidad (STS 701/03, de 16 de marzo).

Ello no quiere decir que, desde la punición específica que el tipo penal recoge, la finalidad del tipo penal sea la protección directa de cada uno de estos derechos individuales.

El propio párrafo primero del artículo 173.2 del Código Penal, in fine, preceptúa que las penas previstas para el delito de violencia familiar habitual se impondrán " sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica", lo que supone que el tipo penal contempla esos bienes jurídicos, pero que la pena específica que se establece en aquel precepto responde a una antijuridicidad distinta e independiente a la que se resulta sancionada en: los delitos contra a la vida o contra la integridad física (art. 138 y ss); los delitos contra la libertad (detención ilegal; amenazas; coacciones o agresiones sexuales); o en los delitos de menoscabo o humillación personal (delitos contra la intimidad; delito de trato degradante del art. 173.1; delitos contra el honor; o los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por la constitución de los artículos 510 y ss Código Penal).

Por más que la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo penal afecte a valores esenciales de la persona, es precisamente la protección de la paz familiar lo que hace que los comportamientos determinen una antijuridicidad distinta y que no se agota con los concretos actos de violencia aisladamente considerados (SSTS 1152/05, de 5 de octubre o 1044/09, de 3 de noviembre).

El legislador trata de proteger, de este modo, el concreto marco interpersonal en el que los bienes jurídicos anteriormente expuestos se desarrollan con frecuencia y donde, aprovechando el vínculo de amor existente, el sujeto activo puede defraudar la finalidad de la convivencia constitucionalmente amparada (art. 39 CE), para cometer más fácilmente los abusos y lograr una furtiva reiteración. El Código Penal reacciona a la especial deslealtad de aprovechar un vínculo de compromiso que nace de la libertad y del amor de todos los integrantes de una familia, para destruir esa misma libertad y la paz psíquica de aquellos con los que el autor tiene un especial deber natural, constitucional y legal, de protección y respeto.

De este modo, se sancionan aquellos actos que terminan por convertir la convivencia y los estrechos vínculos familiares, en un espacio de dominación por parte del sujeto activo, con perenne miedo y angustia de quienes están a su alrededor: tanto por el mal trato físico que personalmente pueda sufrir cualquiera de sus miembros, cuanto por la angustia, tensión, desesperación y tristeza que ineludiblemente soportan aquellos que reiteradamente presencian o perciben los actos de violencia o de intimidación que se desencadenan de manera banal, imprevisible o furibunda contra otros miembros de la familia entrañablemente queridos por ellos.

En todo caso, es esta realidad compleja la que el tipo penal contempla y castiga. Siendo la paz familiar el bien jurídico directamente protegido por el tipo penal que analizamos, tanto se protege a sus integrantes frente a los malos tratos que personalmente puedan sufrir, como se les protege del ambiente infernal e irrespirable que envolverá la convivencia si los abusos se reiteran sobre otros miembros de la unidad familiar, pues la conducta

agresiva coarta el satisfactorio desarrollo de la actividad cotidiana, atormentando y condicionando, física o psicológicamente, la vida de cualquiera de sus componentes.

Por ello, el artículo 173.3 del Código Penal recoge que, para apreciar la habitualidad a los efectos de la comisión de este delito, se debe atender a aquellos elementos que permiten evaluar la densidad de ese patológico ambiente, esto es, habrá que contemplar el número de actos de violencia y la proximidad temporal entre ellos, con independencia de que la violencia se haya ejercido sobre el mismo o diferentes sujetos pasivos de los previstos en el precepto, resultando incluso indiferente que algunos de los actos de dominio hubieren sido ya enjuiciados.

Dicho de otro modo, el bien jurídico que directa y específicamente protege el art. 173.2 del Código Penal es la pacífica convivencia entre personas conexas por los lazos familiares o por la estrecha relación de afecto antes indicados, observada esta paz familiar como el bien grupal que plasma el legislador, por más que el bien jurídico asiente sus raíces en valores como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, o proyecte su sombra sobre los derechos a la integridad personal o a que ninguno de sus componentes sufra tratos inhumanos o degradantes; bienes jurídicos estos últimos que, en función de los actos concretos que el sujeto activo realice y de quien sea la víctima de cada uno de ellos, encontrarán su protección singularizada en los correspondientes tipos penales, como el propio artículo 173.2 del Código Penal contempla.

Solo esta concepción del bien jurídico permite que la protección penal se dispense con independencia de quien de los integrantes concretos de la unidad familiar soporte cada uno de los habituales comportamientos violentos, y que se contemple una agravación específica cuando alguno de los actos de violencia se perpetre en presencia de menores, sin que la estructura de la punición de los hechos pueda modificarse a una concepción individual del hecho típico cuando los actos de violencia física se proyecten de manera reiterada sobre varios individuos. Ni ello respondería a un análisis estable o invariable de la previsión normativa; ni contemplaría el padecimiento de los que viven inmersos en el contexto de violencia sin ser sujetos directos de los actos violentos; ni se ajustaría a la previsión de que se sancionen individualmente los actos en que se concreten los actos de violencia física o psíquica perpetrados; como tampoco resultaría conforme con la previsión del legislador de agravar el delito de violencia familiar habitual cuando los hechos tengan lugar a presencia de menores.

El número de familiares directamente impactados por el comportamiento violento (como la frecuencia con que se reiteren los actos de violencia; la naturaleza concreta de los comportamientos; o el daño que los actos de dominación puedan irradiar a los demás integrantes de la unidad familiar), es un parámetro que permite evaluar la antijuridicidad de la acción y el alcance de la culpabilidad del responsable, con repercusión evidente en la individualización de la pena a imponer, pero no transforma el vil y despreciable hábito que es objeto de punición en tantos delitos homogéneos como miembros de la familia hayan soportado directamente los abusos, menos aún cuando el menoscabo individual inherente a cada comportamiento es objeto de sanción separada por expresa previsión del artículo 173.2 del Código Penal y satisface con ello la protección de los bienes jurídicos individuales directamente impactados.

El motivo, en cuanto a esta pretensión, debe estimarse, con extensión de sus efectos a la otra acusada (art. 903 de la LECRIM).

Sexto.

Por último, el mismo motivo denuncia la indebida aplicación del artículo 66.1 del Código Penal, reprochando que la excesiva y desproporcionada pena fijada en la sentencia de instancia, todo bajo el exclusivo alegato de que habiendo sido condenado por dolo eventual, debería haberse impuesto la pena legal mínimamente prevista.

1. El principio de legalidad conduce a que el Tribunal deba partir de la consecuencia penológica prevista para el delito objeto de condena, respetando el marco penal abstracto fijado por el legislador, y que deba observarse además las reglas dosimétricas que, en orden a la individualización de la pena, vienen establecidas en el artículo 66 del Código Penal para los supuestos de concurrencia de una o varias circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En todo caso, existe un tercer espacio de individualización judicial de la pena, función exclusiva del juez por cuanto responde a extremos que el legislador no puede prever.

Desde la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, el arbitrio judicial en esta materia permite y obliga a expresar un criterio razonado, y razonable, sobre la pena que se entiende adecuada imponer, entre los límites fijados por el legislador. Y la razonabilidad de la individualización de la pena, observada desde las circunstancias personales del delincuente, entraña contemplar los motivos que han llevado a delinquir al acusado, así como aquellos rasgos diferenciales de su personalidad que deben corregirse para evitar una reiteración delictiva.

Por lo que hace referencia a la gravedad del hecho, esta Sala tiene declarado que la ponderación no se concreta en una evaluación de la gravedad del delito, pues el legislador ya considera la naturaleza del bien jurídico afectado por el delito y la forma básica del ataque a este, cuando fija el marco penológico abstracto en cada uno de los tipos penales descritos en el Código. La gravedad de los hechos que se sancionan hace referencia a aquellas circunstancias fácticas concomitantes en el supuesto concreto que se está juzgando, es decir, la dimensión lesiva

de lo realmente acontecido, desde la antijuricidad de la acción, el grado de culpabilidad del autor y la mayor o menor reprochabilidad que merezca su comportamiento.

Ambos parámetros muestran la extensión adecuada de una pena que debe contemplar la resocialización del autor, atendiendo a la prevención especial y al juicio de reproche que su conducta merece, debiendo el Tribunal expresar su criterio para evitar cualquier reparo de arbitrariedad y para poder satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que le afecta. De este modo, el Tribunal Constitucional establece en su sentencia 21/2008, de 31 de enero, que el deber de motivación incluye no solo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (SSTC 108/2001, 20/2003 o 148/2005); en los mismos términos que se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 198/2012, de 8 de marzo o 116/13, de 21 de febrero, entre muchas otras).

2. El Tribunal de instancia individualizó desde esta consideración cada una de las penas impuestas al recurrente, sin que el recurso asuma el esfuerzo de identificar cuál de ellas se entiende desacertada, ni cuáles de los argumentos del Tribunal se desvían de su medida de la proporción.

El fundamento octavo de la sentencia de instancia proclama: " En trance ya de individualizar la pena, y partiendo de que en los delitos de maltrato habitual del artículo 173 del código penal y en los delitos de maltrato del artículo 153 del mismo texto no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, podemos recorrer en toda su extensión la pena señalada:

a.-) la pena tipo por el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 del código penal se sitúa de 6 meses a 3 años de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 3 a 5 años y en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. El párrafo 2º de este precepto establece que se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetran en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima.

Pues bien, por cada uno de los delitos por los que cada uno de los acusados resulta condenado, advertimos que la mayoría de los hechos han acontecido en el domicilio familiar y en presencia de los hijos menores de 13 y 11 años de edad de Humberto, de manera que la pena de prisión debe situarse en la mitad superior es decir de 21 meses a 3 años, y atendiendo a la prueba en que fundamentalmente ha sustentado el jurado su veredicto y que no es otra que la declaración prestada por los hijos de Humberto, consideramos ajustado imponerles la pena mínima de 2 años de prisión con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo procede imponer a ambos la prohibición de aproximarse al menor Teodosio, su domicilio o centro docente a una distancia no inferior a 500 m por tiempo de 5 años a Humberto y de 3 años a Luz así como prohibición de comunicación con él por el mismo tiempo y por último la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 5 años.

Por último advertimos que las acusaciones han solicitado la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de 5 años para Luz, imposición que no es vinculante sino potestativa lo que exige una específica motivación.

Hay que recordar que la patria potestad se integra, ex art. 154 CC , por una serie de deberes de los padres para sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de los menores que es el fin primordial de la misma, debiéndose acordar tal privación en el propio proceso penal evitando dilaciones que si siempre son perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor.

En nuestro supuesto la gravedad de los hechos ocurridos debe conllevar su imposición dado que se ha producido 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 la integridad personal psíquica de Teodosio, privación de la patria que fijamos en 3 años por entenderla ajustada a la conducta de Luz.

No procede en cuanto a Humberto la privación de la patria potestad ni tampoco la suspensión del régimen de visitas respecto a sus hijos ni la prohibición de aproximarse y comunicar con Bernardino y María Dolores por cuanto no son sujetos pasivos de delito alguno.

b) la pena tipo por el delito de maltrato en el ámbito doméstico del artículo 153.2 del código penal se sitúa de 3 meses a 1 año de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años y en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de 6 meses a 3 años. El artículo 153. 3 del citado texto establece que las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetran en presencia de menores o tenga lugar en el domicilio común con el domicilio de la víctima.

Vemos de nuevo que la pena de prisión a imponer debe fijarse entre 7 meses y 15 días y 1 año pues las conductas sancionadas se realizaron en el domicilio familiar y a presencia de los hijos menores de Humberto y consideramos justificada la imposición de la pena de 7 meses y 15 días de prisión para cada uno de los acusados, la prohibición de aproximarse al menor Teodosio, su domicilio o centro docente a una distancia no inferior a 500 m por tiempo de 18 meses, así como prohibición de comunicación con él por el mismo tiempo. Privación del derecho

a la tenencia y porte de armas por 2 años y por los mismos argumentos analizados anteriormente se acuerda la privación de la patria potestad Isabel que fijamos durante 18 meses.

c.-) en cuanto al delito de asesinato la pena conforme al artículo 139.1.1º del Código Penal , va de 15 a 25 años y concurriendo la circunstancia agravante de parentesco, a tenor del artículo 66.1. 3º del mismo texto la pena deberá situarse en la mitad superior es decir de 20 a 25 años, ciertamente los hechos presentan una gravedad que desaconseja la pena mínima, ahora bien no podemos olvidar que la intención primera del acusado no fue la de matar por cuanto como ya hemos analizado el tribunal del jurado ha considerado que actuó con dolo eventual lo que nos conduce a considerar ponderada y proporcionada una pena de 23 años de prisión.

La acusación particular de don Justino invoca el artículo 140.1 .1º del código penal para solicitar le sea impuesta la pena de prisión permanente revisable, petición que no puede prosperar a la vista del contenido de la STS 716/2018 de 16 de enero de 2019 que nos dice que cuando la especial vulnerabilidad de la víctima (por razón de su edad en nuestro supuesto) integra la situación de indefensión que posibilita la estimación de la circunstancia de alevosía "la consecuencia es, que no es dable estimar la hiperagravación del art. 140.1.1ª, la situación de vulnerabilidad, so pena de incurrir en proscrita doble valoración". Sentencia que recuerda que "ya advertía el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto que daría lugar a la reforma operada por LO 1/2015 que la circunstancia primera del art. 140.1, evidenciaba una tendencia al non bis in idem, pues buena parte de los supuestos a los que se refiere (menor de edad o persona especialmente vulnerable) terminarán en la alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma."

Vemos pues que en nuestro supuesto la misma circunstancia, cual es la edad de 18 meses de la víctima, es la que ha determinado la indefensión y la concurrencia de la alevosía que cualificó el asesinato, de manera que volver a atender a esa misma circunstancia para hiperagrar la pena conculcaría el principio del non bis in idem.

Por último, y por expreso mandato del artículo 55 del Código Penal , procede imponer al acusado condenado la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Y por aplicación del artículo 36.2 del código penal interesado por el Ministerio Fiscal la clasificación en tercer grado del condenado Humberto no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma dada la gravedad de los hechos ".

Expresa así el fundamento las razones de culpabilidad y de antijuricidad en la acción que llevan al Tribunal a no imponer la pena mínima legal que ahora se reclama, limitándose a dejar el pronunciamiento sin razonamiento alguno en el delito del artículo 153, cuya pena no se exacerba en absoluto; todo sin que el recurrente ofrezca ninguna razón para sustentar la inoportunidad del pronunciamiento.

El motivo se desestima en cuanto a la pretensión suscitada.

Séptimo.

1. Su tercer motivo de impugnación, de inoportuna ubicación si consideramos que su estimación supondría la nulidad de la sentencia y haría innecesarios los anteriores análisis, se formula por quebrantamiento de forma del artículo 850.1 de la LECRIM, por indebida denegación de determinadas diligencias de prueba que entiende pertinentes y pedidas en tiempo y forma.

El motivo destaca que la defensa del acusado reclamó un informe pericial sobre la credibilidad de sus hijos (que declararon en la causa como testigos), así como un informe pericial sobre si el perfil psicológico del acusado era acorde con la personalidad de un maltratador. Entiende que las pruebas eran esenciales para demostrar su inocencia y que, habiendo sido propuestas en tiempo y forma, su denegación fue claramente improcedente.

2. Desde una censura constitucional, en nuestra STS 1059/2012 de 27 de diciembre, recordando lo ya declarado en las SSTS n.º 1300/2011 de 02 de Diciembre y 545/2010 de 15 de junio), nos hacíamos eco de la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en su sentencia n.º 198/1997: "el rechazo irregular de la prueba por el Órgano Jurisdiccional no determina necesariamente la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y así, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, la relación de instrumentalidad existente entre el derecho a la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no sea por sí sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, pues para que así sea el defecto procesal ha de tener una inducción material concreta, por lo que si ésta no se ha producido, tampoco cabe apreciar la existencia de indefensión desde la perspectiva constitucional".

Y en la n.º 178/1998 reclamaba el Tribunal Constitucional la exigencia de relevancia trascendente de la infracción para la suerte del proceso: "quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia, ya que solo en tal caso podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quienes por este motivo buscan amparo" (vid también la STC 232/1998).

Además, en la ya citada sentencia de esta Sala n.º 545/2010, también dijimos que no toda exclusión de un medio de prueba propuesto por la parte implica vulneración de derechos garantizados por la Convención Europea

como ha puesto de manifiesto el TEDH en sentencia que allí recordábamos, citando la sentencia de este Tribunal de 24 de octubre de 2000, que decía: "ya por reiterada doctrina del TEDH (casos Brimvit, Kotousji, Windisck, y Delta) se reconoce que no es un derecho absoluto e incondicionado".

3. Desde la perspectiva del enjuiciamiento de mera legalidad, la censura casacional de la decisión que excluye la práctica de una prueba pasa por la aplicación de los siguientes criterios:

a) Un requisito formal, esto es, la oportuna propuesta en tiempo y en la forma legalmente impuesta.

b) Un requisito de pertinencia, que conduce a que el medio propuesto ha de poseer una relación con el objeto del proceso, o más exactamente con el tema de prueba. Si aquello que se propone demostrar es ajeno a lo que la decisión del proceso exige que sea demostrado, el medio es no pertinente.

c) La necesidad de que su práctica sea necesaria, que significa que entre el medio y lo que se trata de demostrar exista una relación instrumental. Para tal objetivo el empleo del medio debe resultar ineludible.

Es de subrayar que la presencia de este requisito puede variar según el momento del procedimiento. Lo inicialmente necesario, por ejemplo, al tiempo de decidir la admisión del medio, puede devenir innecesario al tiempo en que su práctica estaba prevista, lo que ocurrirá si la práctica de otros medios, conforme a una ponderada valoración, hacen prescindible el excluido, cualquiera que sea su eventual resultado. Por ello, para este análisis se debe poder ponderar la prueba de cargo ya practicada en el momento de denegar la práctica de un determinado medio.

d) Además, la práctica del medio ha de resultar posible, en el caso concreto. A tal situación cabe equiparar aquéllas en que la dificultad resulte, por extrema, no proporciona.

4. Lo expuesto conduce a la desestimación del motivo.

Las periciales propuestas ni podían suplantar una función valorativa que solo al Tribunal corresponde, ni su ausencia impidió que el Tribunal del Jurado pudiera alcanzar un convencimiento sobre que los menores eran creíbles, tanto tras una evaluación psicológica del testimonio, como por la conjunción de su relato con otros elementos objetivos concordantes, como fueron la periciales médicas que apreciaron las lesiones en el cadáver y en su hermano Teodosio.

Esta realidad probatoria permitió que el Jurado, perfectamente informado de la regla de enjuiciamiento del in dubio pro reo, obtuviera el convencimiento de que los hijos del acusado decían la verdad y de que el acusado es una persona capaz de abordar las graves agresiones que se declararon probadas.

El motivo se desestima.

Octavo.

1. El cuarto motivo también se formula al amparo del artículo 850 de la LECRIM, aunque el motivo no acierta a indicar ninguno de sus números, porque la alegación que esgrime carece de respaldo en dicho precepto. En realidad, el motivo hace referencia a un quebranto de derechos constitucionales (art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM), por vulneración del derecho del recurrente al secreto de las comunicaciones (art. 18 CE).

Denuncia el motivo que una vez que las fuerzas de orden detuvieron al recurrente y a la madre del menor fallecido, y tras haber prestado declaración en sede policial, el Grupo de Homicidios solicitó autorización judicial para la instalación de dispositivos de escucha y grabación en el vehículo policial en el que los dos detenidos debían ser trasladados al Juzgado de Instrucción. La solicitud recibió el informe favorable del Ministerio Fiscal, que remarcaba que "solamente ellos conocen la realidad de lo sucedido en el día de autos", habiendo modificado sus versiones ante la Policía.

El recurso, aun admitiendo que el juez instructor autorizó la medida de sonorización del vehículo por auto de 26 de abril de 2016 y que lo fundamentó en el artículo 588 quater de la LECRIM, introducido con ocasión de la entrada en vigor de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, considera la sonorización es nula por plena aplicación de la doctrina expresada en la STC 145/2014, de 22 de septiembre.

2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2014, de 22 de septiembre, recordaba su doctrina constante (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril) en la que proclama que aunque la literalidad del artículo 18.3 de la CE puede inducir a pensar que la única garantía del secreto de las comunicaciones que establece la Constitución es la exigencia de autorización judicial, un análisis más detenido de la cuestión pone de manifiesto lo contrario pues, por mandato expreso de nuestra Norma Suprema, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o que limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E), precisa, además, una habilitación legal.

La reserva de ley constituye " el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas", lo que " implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate", pero que en todo caso determinan que " el legislador ha de hacer el 'máximo esfuerzo posible' para garantizar la seguridad jurídica", esto

es, "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STC 49/1999, FJ 4).

Recordaba además que en la STC 169/2001, de 16 de julio, el Tribunal Constitucional sostuvo, con abundante cita de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias, que "la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad".

A partir de ello, el Tribunal Constitucional destacaba que el art. 579.2 LECRIM no es que careciera de las exigencias de certeza requeridas para la intervención de las comunicaciones presenciales o personales, con la posibilidad de que las insuficiencias pudieran ser suplidas por el órgano jurisdiccional, sino que este tipo de comunicaciones era absolutamente extraño al ámbito de aplicación de dicha norma, pues abierta e inequívocamente la norma invocada no regulaba una intervención secreta de las comunicaciones directas mantenidas en dependencias policiales entre detenidos (que era el supuesto que el TC analizaba). Por tanto, concluía que no se trataba de un defecto por insuficiencia de la ley, sino de una ausencia total y completa de ley habilitante, esto es, que el art. 579.2 LECRIM se refería de manera incontrovertible a intervenciones telefónicas y no a escuchas de otra naturaleza, por lo que la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la insuficiencia de la regulación legal (en materia de comunicaciones telefónicas) y la posibilidad de suplir judicialmente los defectos de la Ley, no podía ser trasladada a un escenario de injerencia en el secreto de las comunicaciones en el que no existía previsión legal alguna, determinando con ello la nulidad de la prueba obtenida de este modo.

Lo expuesto determina la desviación del planteamiento del motivo, pues el recurrente trata de aplicar una respuesta jurídica en un contexto normativo totalmente diferente. La actuación de investigación injerente que se cuestiona, fue adoptada una vez entrada en vigor la reforma de la LECRIM operada por L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que en su artículo 588.1 quater dispone que: " Podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados".

3. En el mismo motivo, el recurrente solicita la nulidad de la causa por entender que se ha producido un defecto al configurarse el objeto del veredicto. Identificando el vicio, no identifica la razón constitucional o legal que preste apoyo a su pretensión. En todo caso, parece apuntar -de nuevo bajo el cauce incorrecto del artículo 850 de la LECRIM- a un quebranto de su derecho de defensa, pues expresa que se rechazó introducir en el objeto del veredicto la pregunta de que " Al realizar la conducta descrita en el apartado 7, Humberto no sabía que era muy probable que acabara con la vida de Justino dada su corta edad y la forma de actuar contra él, no aceptando pese a ello que la muerte ocurriese". Afirma el recurso que la pregunta iba dirigida a excluir completamente el dolo de la actuación enjuiciada, posibilitando con ello que el acusado pudiera ser condenado como autor de un delito imprudente.

La motivación del fundamento quinto de la sentencia impugnada es concluyente en este aspecto. El Tribunal Superior de Justicia explica al recurrente que el rechazo de la proposición no pudo ser más acertado, pues el artículo 52.a).II de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado establece que, al confeccionar el objeto del veredicto, el Magistrado Presidente " comenzará por exponer los que constituyen el hecho principal de la acusación y después narrará los alegados por las defensas. Pero si la consideración simultánea de aquéllos y éstos como probados no es posible sin contradicción, sólo incluirá una proposición".

La pregunta de la defensa planteaba en negativo lo mismo que recogió en positivo la cuestión anterior del objeto del veredicto, pues en esta se exigía al Tribunal del Jurado que declarara probado o no probado que " Al realizar la conducta descrita en el apartado 7, Humberto sabía que era muy probable que acabara con la vida de Justino dada su corta edad y la forma de actuar contra él, no aceptando pese a ello que la muerte ocurriese".

Como dice el Tribunal de instancia, no es posible encontrar dos proposiciones con más riesgo de contradicción en la respuesta que la que afirma una cosa y niega lo mismo. Es obvio que al preguntarse al Jurado si el acusado sabía que podía acabar con la vida de Justino y si aceptó que pudiera ocurrir, se estaba preguntado al mismo tiempo si no era así, qué es lo que el recurrente buscaba con la pregunta que fue rechazada.

4. Por último, con los mismos defectos de formulación, se pide la nulidad de lo actuado porque por providencia de 23 de abril de 2018 no se le dio traslado de las actuaciones completas para la calificación, añadiendo que parte de las que se recibieron no estaban foliadas, pero admitiendo que contó con nuevo plazo una vez que le fueron entregadas.

La sentencia de apelación impugnada (FJ 4) desestimó su pretensión por no identificar en el alegato qué indefensión material pudo derivarse de la coyuntura procesal que se denuncia.

La resolución no puede sino ser compartida. La jurisprudencia de esta Sala recoge, con apoyo en doctrina constitucional incontrovertida, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, es preciso que el interesado haya quedado al margen de poder alegar y defender en el proceso sus derechos. No basta

una vulneración puramente formal, sino que es necesario que con la infracción procesal se produzca un menoscabo real y práctico del derecho de defensa (por todas las SSTC 153/88 y 290/93, así como la STS 253/2017, de 6 de abril).

Más allá de las dificultades prácticas que introduce la referencia a folios o documentos que no aparezcan foliados, el recurrente contó con todos los elementos y el plazo preciso para poder afrontar su defensa en ese y los subsiguientes momentos procesales.

El motivo se desestima.

Noveno.

Su quinto motivo se formula por cauce de los artículos 851.1 y 3 de la ley procesal. Pese a la dilatada indicación, la formulación se contrae a decir que los hechos probados toman conceptos jurídicos (que no identifica) que han implicado una predeterminación del fallo.

En todo caso, nuevamente el desarrollo del motivo no guarda correspondencia con su titulación, puesto que lo que se argumenta es que el pronunciamiento descansa en apreciaciones subjetivas y arbitrarias del Jurado (sic), sin que existan pruebas que hayan enervado su derecho a la presunción de inocencia.

Esta discrepancia sobre la valoración probatoria ha sido ya analizada, por lo que a lo dicho anteriormente nos remitidos.

El motivo se desestima.

Décimo.

Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

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

Estimar parcialmente el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por la representación de Humberto, contra la sentencia dictada el 5 de marzo de 2020, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso Ley Jurado 23/2019, que desestimó los recursos formulados contra la sentencia dictada el 13 de junio de 2019, en el Rollo del Tribunal del Jurado 6621/2018, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima (Tribunal del Jurado), en lo que hace referencia a la indebida aplicación del artículo 173.2 del Código Penal y con extensión de sus efectos (ex art. 903 de la LECRIM) a Luz. Consecuentemente, casamos la sentencia y anulamos la condena que se impuso a cada uno de ellos como autores de dos delitos de maltrato familiar habitual del art. 173.2 del Código Penal, declarando que su responsabilidad es constitutiva de un único delito del mencionado precepto.

Declarar de oficio las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia y la que seguidamente se dicta al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION (P) NÚM.: 10281/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 29 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto la causa Recurso Ley Jurado 23/2019, seguida por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, para la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el día 13 de junio de 2019 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima (Tribunal del Jurado), en el Rollo 6621/2018, dimanante del Procedimiento Tribunal del Jurado n.º 1/2017 instruida por el Juzgado de Instrucción n.º 14 de Sevilla, por delitos de malos tratos habituales y asesinato contra, entre otros, Humberto, D.N.I. n.º NUM005, nacido el NUM000 de 1979 en Sevilla, hijo de Rosendo y de Noelia, en la que se dictó sentencia por el mencionado Tribunal Superior de Justicia el 5 de marzo de 2020, que ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de las sentencias de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El fundamento quinto de la sentencia rescindente, estimó el motivo de casación que, por infracción de ley y cauce del artículo 849.1 de la LECRIM, formuló la representación de Humberto, en el sentido de declarar que el comportamiento que se declaró probado es constitutivo de un único delito de maltrato familiar habitual del art. 173.2 del Código Penal, habiendo de hacerse extensible el pronunciamiento a la también acusada Luz.

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 Humberto como autor de un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, del art. 173.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de 2 años de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; prohibición de comunicación, y de aproximación a menos de 500 metros, respecto del menor Teodosio y por tiempo de 5 años; y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 5 años.

A Luz como autora de un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 2 años de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; prohibición de comunicación, y de aproximación a menos de 500 metros, respecto del menor Teodosio y por tiempo de 3 años; inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de 3 años; y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 5 años.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de condenas y pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Pablo Llarena Conde 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.