



Roj: **STS 3628/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3628**

Id Cendoj: **28079120012017100701**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2017**

Nº de Recurso: **10329/2017**

Nº de Resolución: **673/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 4843/2017,**
AAAP M 2839/2017,
STS 3628/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 16 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la representación legal **la Acusación Particular DON Alonso**, contra Sentencia núm. 161/17, de 27 de marzo de 2017 de la Sección 29 de la Audiencia Provincial de Madrid dictada en el Rollo de Sala núm. 1165/2016 dimanante del Sumario núm. 2/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 6 de dicha Capital, seguido por delitos de maltrato de obra en el ámbito familiar y asesinato en grado de tentativa contra el encausado DON Balbino. Los Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en esta causa: el Ministerio Fiscal, como recurrente la Acusación particular DON Alonso representado por el Procurador de los Tribunales Don Alfonso Castro Serrano y defendido por el Letrado Don Andrés Abadía Alpañés, y como recurrido el encausado DON Balbino representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Ángela Cristina Santos Erroz y defendido por la Letrada Doña María Ángeles León Galán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid instruyó Sumario núm. 2/2016 por delitos de maltrato de obra en el ámbito familiar y asesinato en grado de tentativa contra DON Balbino, y una vez concluso lo remitió a la Sección 29 de la Audiencia Provincial de dicha Capital que con fecha 27 de marzo de 2017 dictó Sentencia núm. 161/17 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

<< Alonso y el procesado Balbino, mayor de edad, con nacionalidad italiana, NIE nº NUM000 y sin antecedentes penales mantuvieron una relación sentimental que se prolongó en el tiempo unos ocho o diez meses, finalizando a instancias de Alonso a finales de diciembre de 2014.

Entre el mes de enero y mayo de 2015 Balbino telefoneó en varias ocasiones a Alonso, en una de ellas le profirió expresiones tales como "eres feo de cojones". No ha quedado acreditado que acudiera a su domicilio y le llamara a través del telefonillo.

Durante dicho periodo se produjeron dos incidentes:

-en enero de 2015 Balbino acudió a casa de Alonso donde se produjo una discusión motivada porque Balbino quería retomar la relación que Alonso daba por finalizada sin solución. No ha quedado acreditado que en el curso de la discusión Balbino golpeara a Alonso en el cuello, ni que le amenazara.



-en el mes de marzo de 2015 Balbino se personó en el establecimiento de animales "El Jardín de Kika" en el que trabajaba Alonso , iniciándose una nueva discusión entre ambos, en el curso de la cual no ha quedado acreditado que aquél golpeará o amenazara a Alonso .

El día 4 de mayo de 2015 Balbino hizo dos llamadas al teléfono fijo de la tienda donde trabajaba Alonso a las 18:32 y a las 18:34 horas y sobre las 20:00 horas se presentó en dicho lugar de trabajo, esperó que atendiera a dos clientas que se encontraban previamente y pidió a Alonso un vaso de agua, a lo que éste accedió girándose con intención de acceder al baño y proporcionarle lo pedido, momento que aprovechó Balbino para encontrándose Alonso de espaldas, de forma sorpresiva y con ánimo de acabar con su vida clavarle en varias ocasiones un cuchillo de 15 centímetros de hoja que portaba a tal efecto, dirigiéndoselo hacia el pecho, alcanzándole en la parte superior del brazo izquierdo y el hombro izquierdo, por la diferencia de estatura de ambos y por la resistencia que mostró la víctima ante el ataque . Iniciándose un forcejeo entre ambos, consiguiendo Alonso sujetar la mano con la que le lanzaba el cuchillo, insistiendo el acusado en su actitud. Finalmente Alonso consiguió romperle la hoja del cuchillo, quedándose el mango con parte de la hoja en la mano del acusado.

A continuación Balbino agarró una copa de cristal que se encontraba sobre el mostrador y la arrojó sobre la cabeza de Alonso , impactándole en la zona parietal occipital, consiguiendo aquel salir del local, momento en que el acusado se quedó a solas, causando desperfectos, para posteriormente salir a la calle donde volvió a agredir a Alonso propinándole golpes y patadas hasta que fue retenido por unos ciudadanos que vieron lo ocurrido y llegó Policía Nacional que procedió a la detención del acusado, interviniendo en su poder parte del cuchillo empleado en la agresión.

Como consecuencia de estos hechos Alonso sufrió diversas heridas incisas: dos en cara exterior del brazo izquierdo de 4 centímetros cada una; una en cara posterior del hombro izquierdo de 2 centímetros y dos en cara inferior del brazo izquierdo de 3 y 2 cm. Una herida inciso contusa en región interparietal occipital de 5 centímetros y en parietal derecho de 1 cm; herida incisa en pulgar derecho y palma mano derecha. Para su curación precisó tratamiento médico-quirúrgico consistente en sutura de heridas y tratamiento farmacológico.

Requiriendo para su sanidad 15 días no impeditivos para el ejercicio de sus actividades habituales. Como secuelas presenta: perjuicio estético ligero derivado de las siguientes cicatrices: cuatro cicatrices de 2 y 3 cm y otras dos cicatrices en parietal de 5 cm y 1 cm. Todas son visibles y no patológicas.

Los daños ocasionados en la tienda de animales han sido tasados en 165 euros. Balbino presenta trastorno adaptativo reactivo con sintomatología mixta ansioso-depresivo.

El acusado se encuentra en prisión provisional por estos hechos desde el día 6 de mayo de 2015.>>

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

<<Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Balbino del delito de violencia habitual intrafamiliar, de los dos delitos de maltrato de obra en el ámbito familiar de los que venía siendo acusado y debemos **CONDENAR y CONDENAMOS a Balbino** como autor penalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa de los artículos 16 , 62 y 138 del Código Penal , ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN** con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; Prohibición de acercamiento a menos de 500 metros de la persona, domicilio o lugar de trabajo de Alonso y de comunicación a través de cualquier medio por plazo de seis años. Con expresa imposición de la cuarta parte de las costas procesales causadas en esta instancia, con exclusión de las generadas a la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil derivada de delito, Balbino indemnizará a Alonso en la suma de la suma de 750 euros (SETECIENTOS CINCUENTA EUROS) por las lesiones y 3000 euros por las secuelas (TRES MIL EUROS). Y en 165 € por los daños causados, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se le abonará al acusado, para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa, en concreto desde el día 6 de mayo de 2015.

Se acuerda el comiso definitivo del cuchillo incautado de conformidad con lo dispuesto en el art. 127 CP .>>

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma por la representación, infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal de la acusación particular **DON Alonso** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución; formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.



CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal de la acusación particular DON Alonso , se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma, amparado en el art. 851.1. de la LECrim , al existir contradicción entre los hechos probados de la Sentencia y el propio Fundamento Jurídico y fallo, en relación con la existencia de un delito de asesinato en grado de tentativa en lugar de homicidio.

QUINTO.- Es recurrido en la presente causa DON Balbino que impugna el recurso por escrito de fecha 11 de junio de 2017.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó el mismo interesando con carácter subsidiario su desestimación, por las razones expuestas en su informe de fecha 8 de junio de 2017; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 11 de septiembre de 2017 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 3 de octubre de 2017; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La Sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid condenó a Balbino como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación la representación procesal de la acusación particular, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

SEGUNDO. - En un motivo único, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , el recurrente reprocha a la sentencia recurrida una supuesta contradicción entre sus hechos probados y la fundamentación jurídica y el fallo de la misma, contradicción que deriva el recurrente argumentando que si el acometimiento que llevó a cabo el acusado a Alonso , se produjo por la espalda y de forma sorpresiva, concurriría la agravante de alevosía que hubiera cualificado el homicidio en asesinato, y en consecuencia, reprocha que la Audiencia ha calificado incorrectamente la acción delictiva.

El motivo no puede prosperar por varias razones.

Primeramente, porque adolece de falta de ortodoxia casacional, en tanto que la vía elegida, el citado quebrantamiento de forma por contradicción, no es tal.

La única contradicción que constituye quebrantamiento de forma es, según una constante doctrina jurisprudencial, la que reúne las siguientes características: a) tiene que ser interna, es decir, producida dentro de la propia declaración de hechos probados, no pudiendo ser denunciada como contradicción la que se advierta o crea advertirse entre el «factum» y la fundamentación jurídica de la resolución; b) ha de ser gramatical o semántica, no conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada; c) la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no pueda ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato; d) como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el «iudicium», lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas.

Examinada la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, no es posible encontrar en la misma una contradicción de las características enunciadas ni de clase alguna, en verdad, por lo que el motivo debe ser terminantemente rechazado.

TERCERO.- Tampoco puede entenderse concurrente vicio alguno de incongruencia, toda vez que la Audiencia, al valorar la calificación jurídica postulada por la acusación particular, esto es, el citado delito de asesinato, señala que, aunque califica los hechos como constitutivos de un delito del art. 139 del Código Penal , «no especifica cuál de las circunstancias previstas en dicho precepto concurren en este caso para agravar el tipo penal de homicidio», por lo que no se entra a valorar tal petición.

Esta Sala tiene declarado que el sistema acusatorio que informa el proceso penal español exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia



exigida por la ley en garantía de la posición procesal del imputado, de ahí que « *la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse* » (v. S. 7 diciembre 1996); y que «el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia» (v. S. 15 julio 1991). «Los hechos básicos de la acusación *constituyen elementos sustanciales e inalterables* y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa» (v. SS. 8 febrero 1993 , 5 febrero 1994 y 14 febrero 1995 , entre otras).

En suma, debemos declarar : a) que sin haberlo solicitado la acusación, la sentencia no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; d) que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y defenderse el acusado; e) que no puede condenarse por un subtipo agravado que no haya sido objeto de acusación; f) tampoco por una circunstancia cualificativa agravante no solicitada.

Esto último es lo que pasa en nuestro caso. La acusación particular debió concretar en conclusiones provisionales y luego en definitivas qué circunstancia agravante cualificaba el homicidio en asesinato, primeramente para posibilitar la defensa del acusado y permitir, después, al Tribunal sentenciador llevar a cabo una subsunción jurídica.

Este Tribunal Casacional tiene que ser, al respecto, muy exigente con la salvaguarda de los derechos fundamentales y las garantías del proceso.

Al no haberse hecho así por la acusación particular, el motivo no puede tampoco, por este segundo razonamiento, prosperar.

CUARTO. - Finalmente, y para cerrar el círculo, siguiendo al Ministerio Fiscal, haciéndose eco del FJ 4º de la sentencia recurrida, la cual aclara que "la defensa rápida de Alonso impidió que culminara su acción al interponer el brazo izquierdo, por lo que las heridas incisas se produjeron en el brazo y hombro de dicha parte del cuerpo..."; y que "cuando se quedan solos Balbino pide a Alonso un vaso de agua, a sabiendas que tiene que girarse y darle la espalda para acceder al baño, iniciando en ese momento su acción golpeándole por la espalda en la zona izquierda, alcanzando al brazo y al hombro al interponer la víctima dicho miembro al intuir el ataque. Alonso lo explicó muy bien en el acto del juicio oral: tuvo una intuición al darle la espalda, se giró y en ese momento vio que esgrimía un cuchillo contra él. Alonso se resistió, rompiendo la hoja del cuchillo lo que es compatible con las lesiones que presentaba en la mano, no logrando Balbino su propósito por la resistencia que aquel mostró"... "En el caso de autos el acusado no culminó su acción debido a la habilidad de la víctima y el auxilio de terceras personas".

Los hechos probados apuntan en Alonso un estado de recelo o sospecha de la agresión de la que efectivamente fue objeto, según sus propias declaraciones que recoge la Audiencia: "tuvo una intuición al darle la espalda, se giró y en ese momento vio que esgrimía un cuchillo contra él", estando prevenido y alerta de aquel ataque; situación que elimina la sorpresa, conforme a la STS 1556/2003, de 17 de noviembre ; produciéndose el golpe cuando Alonso se gira "y en ese momento vio que esgrimía un cuchillo contra él".

Tampoco, pues, puede afirmarse que estemos ante un actuar del acusado que asegure el resultado, sin riesgo para su persona, puesto que la víctima se defendió, ofreció resistencia, rompiendo la hoja del cuchillo, no logrando Balbino su propósito debido a la habilidad de la víctima y el auxilio de terceras personas.

No existió completa indefensión, y en consecuencia, tampoco alevosía.

QUINTO.- Al proceder a la desestimación del recurso de la acusación particular, se está en el caso de condenar en costas a dicha parte, y a la pérdida del depósito, si éste hubiera sido constituido.

FALLO

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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la representación legal **la Acusación Particular DON Alonso** , contra Sentencia núm. 161/17, de 27 de marzo de 2017 de la Sección 29 de la Audiencia Provincial de Madrid . **2º.- CONDENAR** a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso y a la pérdida del depósito legal, si en su día



lo hubiere constituido. **3º.- COMUNICAR** la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día se recibió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ