



Roj: **STS 6191/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:6191**

Id Cendoj: **28079120012007100755**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/09/2007**

Nº de Recurso: **249/2007**

Nº de Resolución: **751/2007**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JOAQUIN DELGADO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BU 1145/2006,**  
**STS 6191/2007**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Septiembre de dos mil siete.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley y de precepto constitucional, que ante este tribunal pende, interpuesto por el acusado Enrique , representado por el procurador Sr. Ruigómez Muriedas contra la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2006 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, que entre otros pronunciamientos absolutorios le condenó como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa y otras infracciones, los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han constituido para su deliberación y fallo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y ponente D. Joaquín Delgado García.

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Aranda de Duero instruyó Sumario con el nº 2/2003 contra Enrique y Blas que, una vez concluso, remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos que, con fecha 25 de noviembre de 2006, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado y así se declara, que:

I.- Con motivo de la celebración de las Fiestas en la localidad de Aranda de Duero (Burgos) los acusados, Blas y Enrique , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, se trasladaron el día 15 de septiembre de 2001 desde Burgos a dicho lugar junto con un grupo de amigos. En Aranda de Duero conocían a Antonio , quien vivía en el piso sito en la CALLE000 , núm. NUM000 , NUM001 .

II.- Una vez en Aranda estuvieron alternando por diversos lugares, separándose finalmente, dirigiéndose, parte de las personas desplazadas de Burgos al domicilio de Antonio , entre ellos, el acusado Blas .

Alrededor de las 8:00 horas el acusado, Enrique , se encontraba en el interior de la discoteca, Sol 49, junto con dos amigos desplazados desde Burgos, manteniendo una actitud provocativa y pendenciera con un grupo de miembros de la Peña "El Alboroto" de Aranda, que estaban acompañados de otras personas, este grupo estaba integrado por Gabriel , Donato , Benito , Miguel Ángel , Pedro Miguel , Jesús María , Victoria , Encarna , Sofía , Leticia y Marco Antonio , en el transcurso de esta discusión fue agredido sufriendo lesiones en la cara, ante estos hechos el personal de la Discoteca invitó al grupo de peñistas a salir al exterior. Enrique y sus amigos salieron detrás de ellos, uniéndose algunos jóvenes que no habían participado en el incidente de la Discoteca, siguiéndoles a la vez que les increpaban; ante la tensión que iban tornando los acontecimientos Donato se rezagó del resto de los miembros de la peña y se dirigió al grupo de jóvenes entre los que estaba el acusado para que desistieran de su actitud, después de hablar con ellos al darse la vuelta para volver con los suyos, estando a la altura de la calle Sol de las Moreras con la calle de San Gregorio, Enrique le golpeó con



fuerza con una botella de tercio de cerveza en la ceja a la vez que era acometido por otros jóvenes, al darse cuenta de lo que pasaba los amigos de Marco Antonio acudieron en su ayuda, momento en que el acusado Enrique atacó también a Miguel Ángel con el casco de la botella rota, que aún tenía en la mano, golpeándole en la pierna derecha, produciéndose un nuevo enfrentamiento entre ambos grupos, finalmente el acusado y sus amigos viéndose en inferioridad se fueron corriendo del lugar.

Como consecuencia del golpe sufrido Donato resultó con hematoma periorbitario y herida inciso-contusa en ceja izquierda, que requirió para su curación una primera asistencia, en la que se le dio puntos de aproximación, sin que se utilizara sutura.

Miguel Ángel sufrió herida incisa en pierna derecha y contusión de mano derecha, precisando para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa la sutura de la herida, precisando 25 días para la curación de sus lesiones 25 días, de los que 10 estuvo incapacitado para dedicarse a sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela una cicatriz lineal de 1,9 cms en pierna derecha.

III.- Después de ocurrido el enfrentamiento anteriormente referido, Jesús María y Sofía se dirigieron al Hospital de los Santos Reyes con los heridos, Donato y Miguel Ángel, para que éstos recibieran asistencia médica.

Mientras alguien del grupo que se encontraba con Enrique se puso en contacto por teléfono con los amigos que se encontraban en el domicilio de Antonio, contando lo ocurrido, en esos momentos en dicha vivienda se encontraba el acusado, Blas, quien al enterarse de los hechos decidió bajar a la calle junto con otros jóvenes que también estaban en el piso, con el firme propósito de atacar al grupo de la peña de Aranda, para ello iban armados con navajas y con palos.

IV.- Inmediatamente, de ocurrir el segundo enfrentamiento, el grupo de amigos de la peña de Aranda se separó, así mientras una parte se dirigía al Hospital de los Santos Reyes, el resto compuesto por Íñigo, Benito, Gabriel, Benito, Leticia, Encarna y Victoria, Marco Antonio y Penélope se dirigió a coger un vehículo que habían dejado aparcado, marchando en tres grupos separados, siendo en el que iba Pedro Miguel, junto con Cesar y Leticia, el más rezagado del resto. Cuando caminaba por la calle Isilla Íñigo oyó una voz que decía "esos son" y al darse la vuelta vio un grupo de jóvenes entre los que se encontraba el acusado Blas, que sin mediar palabra comenzaron a agredirle con un palo cayendo al suelo, momento en que el acusado le atacó con la navaja que portaba produciéndole dos heridas en su brazo izquierdo, con el que a modo de defensa se cubría el rostro.

Íñigo sufrió lesiones de la Calle sufrió lesiones consistentes en dos heridas en brazo izquierdo, herida enciso-contusa en región occipital izquierda, contusión en región coronal y contusión en mano izquierda, que precisaron para su curación tratamiento médico quirúrgico consistente en sutura y tratamiento ortopédico de la mano derecha, tardando en curar 25 días, de los cuales 18 estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas: cicatriz lineal profunda en brazo izquierdo; cicatriz redondeada de 0.3 cm en cara interna de brazo izquierdo y cicatriz irregular en región temporo-occipital de 2 cm.

V.- Al escuchar ruidos de pelea el segundo de los grupos dio la vuelta y al percatarse de lo que sucedía Victoria que iba en él salió corriendo a avisar a los que iban en el primero para que ayudaran a los atacados, al escuchar la petición de socorro Benito acudió en ayuda de sus amigos, vio como Pedro Miguel estaba en el suelo y estaba siendo golpeado, y se percató que uno de los agresores llevaba un palo y otro una navaja, pese a lo cual y a riesgo de su integridad física, como mas adelante se verá, no dudó en ayudar a su amigo, enfrentándose con los agresores logrando arrebatar en el transcurso del enfrentamiento el palo a uno de ellos y golpear con él en la cabeza a Blas, que comenzó a sangrar abundantemente, sin solución de continuidad, al ver que los jóvenes agresores esgrimían navajas y aumentaba su número pues al lugar acudieron más provenientes de la casa de Antonio muy cercana a donde se producía la pelea, optó por salir corriendo en dirección a la Plaza Mayor, mientras los otros acompañantes lo hacían en distintas direcciones, al percatarse de que Blas llevaba una navaja Encarna se puso de "rodillas y le dijo guarda la navaja, por favor navajas no" a lo que éste le contestó: "que iba a matar a su amigo", saliendo corriendo detrás de Gabriel, seguido de otros jóvenes de su grupo entre los que se encontraba el acusado, Enrique, al llegar al puente, enfrente de la cafetería Garden, Gabriel fue alcanzado por sus perseguidores, que eran tres, de los cuales uno era Enrique, ignorándose la identidad de los dos restantes, quienes le comenzaron a golpear con palos y mientras la víctima trataba de defenderse de los golpes que recibía Enrique y otro de los individuos no identificados le apuñalaron en cinco ocasiones en la espalda, con al propósito de causarle la muerte, que le produjeron un neumotorax que le hubiera ocasionado irremediablemente su fallecimiento de no haber sido atendido en un Centro Hospitalario, como lo fue, en muy breve espacio de tiempo. Después de la brutal agresión Enrique y los dos individuos que lo acompañaban trataron de tirarlo por el puente llegando a colocarlo sobre el murete de piedra, lo que no consumaron gracias a la decidida intervención de Victoria que se puso en medio y de un ciudadano que detuvo su vehículo ante ellos, lo que les hizo vacilar en su designio y darse a la fuga, en el puente había mas



jóvenes del grupo atacante presenciando lo que ocurría, pero sólo tres intervinieron en el ataque. De inmediato el ciudadano que había detenido su vehículo trasladó al herido al Hospital de los Santos Reyes donde fue ingresado en la U.C.I. pudiendo salvar su vida.

Como consecuencia de estos hechos Benito sufrió además de las heridas por arma blanca referidas, tres lesiones en la cabeza producidas por objeto romo en la cabeza, de las que precisó para sanar además de la primera asistencia facultativa de tratamiento médico-quirúrgico urgente del neumotorax a tensión lado izquierdo, sutura de las heridas, tardando en curar un total de 53 días, de los cuales 5 estuvo hospitalizado, quedándole como secuelas:

- Siete cicatrices profundas en la espalda de 1,5, 1,2, 2, 1,7 1,6 y 1,1 cms.
- Tres cicatrices en la cabeza de 4, 2,8, y 2,3 cms.
- Dos cicatrices redondeadas en ambos lados del tórax.

VI.- Los acusados al momento de cometer los hechos aquí narrados tenían levemente alterada su capacidad volitiva al haber ingerido bebidas alcohólicas, pero en todo momento tenían plena conciencia de sus actos que ejecutaban.

El acusado Enrique presenta rasgos de inmadurez, pero que al cometer los hechos no limitaban el conocimiento de sus actos.

VII.- Todos los perjudicados han sido satisfactoriamente indemnizados por los acusados con anterioridad al inicio del juicio, por lo que han renunciado a cualquier reparación económica."

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

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Enrique, como criminalmente responsable, en concepto de autor, de un delito de homicidio en grado de tentativa, y otro de lesiones con uso de instrumento peligroso, ya definidos, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal atenuantes de reparación del daño a las víctimas y analógicas de embriaguez y dilaciones indebidas, a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el primero de los delitos. Y a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el segundo de los delitos.

Que debemos absolver y absolvemos a Enrique, del delito de lesiones con uso de instrumento peligroso, en la persona de Donato, por la que era acusado.

Asimismo condenamos a Enrique como responsable en concepto de autor de una falta de lesiones, y definitiva, a la pena de multa de veinte días, con una cuota diaria de seis euros, que se hará efectiva en un solo pago, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas.

Que debemos condenar y condenamos a Blas, como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de lesiones mediante el uso de arma, ya definido, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal atenuantes de reparación del daño a las víctimas y analógicas de embriaguez y dilaciones indebidas a la pena de un año y cinco meses de prisión anteriormente definidos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo, debemos absolver y absolvemos a Blas del delito de tentativa de homicidio.

Además se condena a Enrique al pago de las 2/3 partes de las costas y a Blas el pago de la tercera parte restante.

Se acuerda el decomiso de los utensilios ocupados para la comisión de los delitos."

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley y de precepto constitucional por el acusado Enrique que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Enrique, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del art. 24.1 de la CE. Segundo.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del art. 24.2 de la CE, presunción de inocencia. Tercero.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia indebida aplicación del art. 138 en relación con el 16.1 CP. Cuarto.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia indebida aplicación arts. 148.1 en relación con el art. 147.1 CP. Quinto.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia indebida aplicación art. 617.1 CP. Sexto.- Infracción de ley, con base en el nº 2 del art. 849 LECr, error



del juzgador en la apreciación de las pruebas. Séptimo.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECr falta de claridad y concreción en los hechos que se declaran probados. Octavo.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECr, por consignar como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico impliquen la predeterminación del fallo. Noveno.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.2 LECr, al no efectuarse expresa y completa relación de los hechos que han resultado probados. Décimo.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 LECr, al no resolver la sentencia todos los puntos que han sido objeto de defensa. Undécimo.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia indebida aplicación arts. 20.1 CP subsidiariamente del art. 20.2 y en su caso del art. 20.1 CP. Duodécimo.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia omisión en el fundamento de derecho 14 de la justificación de la pena a aplicar a su representado. Decimotercero.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia infracción art. 62 CP en relación con lo previsto en el art. 66 al proceder la imposición de la pena con reducción de dos grados.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó los motivos del mismo, la sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la deliberación y votación el día 17 de septiembre del año 2007.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento. La sentencia recurrida condenó a Enrique por tres infracciones penales concurriendo tres circunstancias atenuantes, la de reparación del daño y las analógicas de embriaguez y dilaciones indebidas: 1ª. Por tentativa de homicidio en la persona de Benito Bolea, a la pena de tres años de prisión. 2ª. Por delito de lesiones causadas a Miguel Ángel con instrumento peligroso (art. 148.1 CP) con las mismas tres circunstancias atenuantes, por el que impuso un año de la misma clase de pena. 3ª. Por una falta de lesiones contra Donato, multa de veinte días con cuota diaria de seis euros.

También condenó a Blas por otro delito de lesiones del mismo art. 148.1, también con tales tres circunstancias, que sufrió Íñigo, a la pena de un año y cinco meses de prisión.

Ambos jóvenes fueron en compañía de otros desde Burgos a Aranda de Duero a las fiestas de esta última ciudad el día 15 de septiembre de 2001 junto con un grupo de amigos; y en la madrugada del día siguiente, a partir de las ocho horas, se produjeron unos enfrentamientos entre este grupo y otro integrado por muchachos y muchachas miembros de una peña y vecinos de Aranda, en el transcurso de los cuales se ocasionaron lesiones de menor importancia a los tres últimos referidos, y otras muy graves, consistentes fundamentalmente en un neumotórax, que estuvieron a punto de causar la muerte del mencionado Cesar.

De tales dos condenados ha recurrido en casación el primero por trece motivos que examinamos a continuación comenzando por los relativos a quebrantamiento de forma por lo dispuesto en los arts. 901 bis a) y 901 bis b) LECr.

SEGUNDO.- Primero estudiamos unidos los motivos 7º y 8º, ambos acogidos al nº 1º del art. 851 LECr, en los que se denuncia falta de claridad, contradicción y predeterminación por uso de conceptos jurídicos con referencia al relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

Han de rechazarse de plano de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, ya que en los dos motivos falta la concreción imprescindible con relación a los extremos o expresiones en los que estos defectos procesales se habrían ocasionado.

Lo que hace aquí el recurrente es repetir argumentos expuestos ya en otros motivos anteriores que luego estudiaremos.

TERCERO.- En el motivo 9º, al amparo del nº 2º del mismo art. 851, se dice que en la sentencia recurrida no se efectuó una expresa y completa relación de hechos probados.

Esta norma procesal permite alegar en los recursos de casación quebrantamiento de forma en los casos en que no se hace relación de hechos probados al expresarse solamente que los hechos alegados por las acusaciones no se han acreditado.

No ocurre esto en la resolución aquí impugnada que dedica un capítulo especial a la materia de los hechos probados, distribuido en cinco apartados donde detalla con la necesaria precisión aquello que, a juicio del tribunal de instancia, quedó acreditado.



Otra cosa es que lo que en tal capítulo se determina como realmente ocurrido no sea conforme con las pretensiones de la parte que aquí recurre.

De nuevo se reiteran aquí las cuestiones de fondo que ya habían sido expuestas en otros motivos.

Desestimamos también este motivo 9º.

CUARTO.- En el motivo 10º, último de los relativos a quebrantamiento de forma, por el cauce del nº 3º también del art. 851, se alega que la sentencia recurrida no resolvió todos los puntos que fueron objeto de defensa.

Se habla aquí de diferentes temas relativos a las circunstancias eximentes y atenuantes propuestas por la defensa de la parte que ahora recurre y se manifiesta el desacuerdo con la forma en que quedaron resueltos en la instancia.

Hemos examinado los fundamentos de derecho de tal sentencia recurrida y hemos podido apreciar que todas esas pretensiones aparecen resueltas a través de los correspondientes razonamientos.

Así pues, no cabe decir que esas cuestiones no quedaron resueltas. Para comprobarlo basta con examinar los fundamentos de derecho 7º a 13º (págs. 21 a 32) de la resolución impugnada, donde aparecen estos temas debidamente tratados, aunque ciertamente con un resultado no acorde con las pretensiones de la parte que aquí recurre.

En verdad no existió la incongruencia omisiva aquí denunciada.

Rechazamos también este motivo 10º.

QUINTO.- 1. Examinadas ya las cuestiones relativas a quebrantamiento de forma, pasamos a las de fondo, y comenzamos refiriéndonos a aquellas que tratan cuestiones relativas a los hechos y a su prueba, que constituyen el antecedente lógico necesario para poder tratar después todo lo concerniente a la aplicación de las correspondientes normas jurídicas.

Nos referimos en primer lugar al único motivo que se funda en el nº 2º del art. 849 LECr, el enumerado como 6º, en el cual se dice que hubo error en la apreciación de la prueba.

2. Del propio texto de este nº 2º del art. 849 LECr deducimos que son necesarios los siguientes requisitos para la aplicación de esta particular norma procesal:

1º. Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase, es decir, que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la audiencia, y no una prueba de otra clase por más que esté documentada en la causa.

2º. Que ese documento acredite la equivocación del juzgador, esto es, que en los hechos probados de la sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento por su propia condición y contenido (literosuficiencia) es capaz de justificar.

3º. Que, a su vez, ese dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que, cuando existen varias sobre el mismo punto, el tribunal que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultad para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4º. Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues, si afecta a elementos fácticos que carecen de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Se trata en conclusión de un caso que, tras la vigencia de nuestra Constitución, cabe incluir entre aquellos que expresamente quedan prohibidos en su art. 9.3 cuando proclama como principio fundamental "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Ciertamente no hacer caso a una prueba documental cuando concurren todos esos elementos revela una actuación ilógica o irracional, en definitiva arbitraria, por parte del órgano judicial.

3. Con lo que acabamos de exponer queda claro cuál es el mecanismo de funcionamiento de esta norma procesal del art. 849.2º LECr: ha de existir una prueba concreta, con aptitud por sí misma para acreditar alguna omisión relevante o algún extremo contradictorio con algún punto concreto de los declarados como hechos probados en la sentencia recurrida. Tiene que decir el recurrente aquella parte de los hechos probados que ha



de ser incluida como nueva o eliminada o rectificada o sustituida por otra, por su incompatibilidad con aquello que la prueba documental acredita. Si, como aquí ocurrió, nos encontramos con muchos elementos de prueba que se dicen contradictorios con lo que la sentencia recurrida entendió como acreditado, no cabe aplicar este nº 2º del art. 849 LECr.

En el recurso de casación penal ante el Tribunal Supremo no cabe hacer una nueva valoración de las pruebas practicadas, pues esta difícil tarea solo puede realizarla la sala de instancia que presidió el acto del juicio oral y se encuentra, ella sola, en condiciones de confeccionar el relato de hechos probados. A ninguna de las partes les está permitido arrogarse esta atribución específica del tribunal que ha presenciado la prueba y ha dirigido el debate, máxime cuando, como aquí ocurre, la base fundamental para tal valoración se halla en lo que han dicho en la instancia los acusados o testigos, a quienes este órgano de la casación no ha podido escuchar. Las exigencias propias del principio de inmediación impiden que esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo pueda sustituir con sus propios criterios la apreciación de la prueba realizada por la Audiencia Provincial que ha quedado expresada en el propio texto de la sentencia recurrida.

En conclusión, lo aquí alegado se encuentra fuera de los estrictos márgenes del nº 2º del art. 849 LECr, como bien nos dice el Ministerio Fiscal en su informe. Pertenece al ámbito de la presunción de inocencia, tema que luego trataremos.

Hemos de desestimar también este motivo 6º.

SEXTO.- Y continuando con las cuestiones de hecho planteadas en este recurso, pasamos a examinar el motivo 1º, en el cual, con base procesal en el art. 5.4 LOPJ, se alega infracción de precepto constitucional, concretamente del derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión del art. 24.2 CE.

Nos dice aquí la parte recurrente que la sentencia recurrida ha omitido toda motivación en los antecedentes de hecho y en el relato de los hechos probados en relación con cada una de las conductas por las que viene condenado Jesús María. Alega lo mismo que luego, de modo más pormenorizado, va exponiendo en los diferentes motivos de casación posteriores, tanto en relación con las tres mencionadas infracciones penales (delitos de tentativa de homicidio, delito de lesiones y falta de lesiones), como respecto de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad de quien aquí recurre.

Todas estas cuestiones son luego propuestas en los motivos posteriores y allí hemos de tratarlas nosotros. Sólo nos corresponde decir ahora, el contestar a este motivo 1º, que no hubo tal pretendida falta de motivación ni indefensión alguna, ya que todas esas materias, de modo acertado o no, ya lo veremos, fueron tratadas en los diferentes fundamentos de derecho de la sentencia recurrida. En realidad todo lo que aquí se plantea tiene que ver con el tema del motivo 2º que a continuación examinamos.

Hay que rechazar este motivo 1º.

SÉPTIMO.- 1. En el motivo 2º, fundado asimismo en el art. 5.4 LOPJ, se alega violación del art. 24.2 CE en cuanto que garantiza el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y el relativo a la presunción de inocencia.

Ante todo hay que decir que esa referencia al derecho fundamental relativo a la utilización de medios de prueba carece de relevancia al no concretarse luego, en el desarrollo del motivo, qué medios concretos fueron aquellos que no se permitió utilizar, por lo que queda la cuestión reducida al tema de la presunción de inocencia.

2. Antes de examinar las particularidades del caso, conviene decir el papel que corresponde a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando en un recurso de casación se alega la infracción de este derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Ante todo hemos de resaltar aquí la obligación de cada juzgado o tribunal de expresar en su resolución condenatoria la prueba de que se vale como respaldo de los hechos probados que ha de fijar como base de sus pronunciamientos. Ha de existir en estas sentencias una motivación fáctica. Si no la hay, se infringe el art. 120.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva, así como también el relativo a la presunción de inocencia. El respeto a esta presunción exige como premisa fundamental tal motivación, a no ser, lo que es raro en la jurisdicción penal, que no se haya discutido la materia de la prueba y la defensa haya aceptado los hechos por los que se acusa, quedando reducido entonces el debate exclusivamente a temas de calificación jurídica o aplicación de la norma.

Si tal motivación existe, y afortunadamente ya es esto la regla en el funcionamiento de nuestros tribunales penales, esta sala del Tribunal Supremo, en casación, de modo similar a lo que ha de hacer el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo relativos a esta misma cuestión, se ve obligada a realizar un examen profundo de lo que respecto al análisis de la prueba nos dice la sentencia recurrida, para realizar una triple comprobación:



1ª. Comprobación de que la prueba utilizada para condenar se encuentra en las actuaciones procesales practicadas (prueba existente).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada a tales actuaciones con observancia de las garantías constitucionales y de las normas procesales aplicables en cada caso y en cada medio de prueba (prueba lícita). Si existe infracción de norma constitucional, hay prohibición de valoración de tal prueba en los términos del art. 11.1 LOPJ. Si la infracción lo es de norma de rango inferior, en cada caso habrá de valorarse su eficacia en cuanto a la validez como elemento de cargo, pues incluso a veces hay meras irregularidades procesales que a estos efectos han de considerarse irrelevantes.

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, lícitamente obtenida y aportada al proceso, ha de considerarse razonablemente suficiente como justificación de los correspondientes pronunciamientos condenatorios. Mínima prueba de cargo, nos decía el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias, a partir de la primera de todas, la 31/1981 de 28 de julio. Después se ha tornado a este otro concepto, sin duda más exigente y más adecuado a su propio contenido: una suficiencia de tal prueba para condenar, sometida al criterio de la racionalidad. Conceptos muy abiertos, pero necesarios para poder controlar la observancia de este derecho fundamental, el relativo a la presunción de inocencia, que es fundamental no sólo por venir consagrado en nuestra Constitución, sino por ser eje alrededor del cual giran las demás garantías procesales y, en definitiva, el funcionamiento de todo el proceso penal. Serán en cada caso las reglas de la sana crítica, o del sentido común, o de la experiencia, o como queramos llamar a este conjunto de criterios asequibles a las personas no profesionales del derecho, lo que hemos de tener en cuenta aquí, en estos recursos de casación, para apreciar si existió o no suficiencia en esas pruebas de cargo que la sentencia de instancia nos ha señalado como base de su pronunciamiento condenatorio.

3. Aplicando tal doctrina al caso presente, comenzamos diciendo que, respecto de cada una de las tres infracciones por las que la Audiencia Provincial condenó al aquí recurrente, concurre la motivación fáctica a la que acabamos de referirnos, como expresamos a continuación examinando esta cuestión de modo separado para cada una de ellas:

A) a) Con referencia a la mencionada condena por falta, la cuestión viene tratada en el fundamento de derecho 1º de la sentencia recurrida, que nos ofrece una relación de ocho testigos que declararon sobre el golpe que Enrique dio en la cabeza de Donato con una botella de cerveza.

Entendemos que tales manifestaciones desde luego existieron y aparecen documentadas en el acta del juicio oral conforme esta sala ha podido comprobar mediante la lectura de las actas correspondientes a la primera y segunda de sus sesiones (folios 361 a 396 y 430 a 463, respectivamente). Aclaremos que las declaraciones de Jesús María y Baltasar aparecen a los folios 431 y 436 del rollo de la Audiencia Provincial.

A la vista de tales manifestaciones no cabe duda alguna respecto de que su obtención y su práctica se produjeron de modo totalmente correcto al haber tenido lugar en el acto del juicio oral.

Y por su contenido han de considerarse razonablemente suficientes para justificar la realidad de ese acto de agresión física y de su autoría por parte del acusado Enrique.

b) Ahora bien, estimamos que tiene razón el recurrente respecto de una de las alegaciones que formula y que aparece compartida por el Ministerio Fiscal.

Si bien en lugar procesalmente inadecuado -en el motivo 5º acogido al art. 849.1º LECr-, la defensa de Jesús María alega que, aunque hubo prueba del botellazo en la cabeza de Marco Antonio que el propio recurrente reconoce, no la hubo, sin embargo, de que ese golpe causara la lesión en la ceja que es lo que integra la falta del art. 617.1 por la que condena la sentencia recurrida.

El propio Donato en el acto del juicio oral (folio 383) dice que "le dieron un botellazo por detrás y cuando se dio la vuelta le dieron puñetazos y le abrieron la ceja". Ninguno de los ocho testigos antes referidos nos dice que Enrique golpeará por delante a Donato de modo que pudiera ser el causante de la mencionada herida en la ceja. Los hechos probados (pág. 4 de la sentencia recurrida) afirman que " Enrique le golpeó con fuerza con una botella de tercio de cerveza en la ceja..." y en base a ello se le condena por la referida falta de lesiones, pues tal herida (inciso- contusa en ceja izquierda -misma página 4-) requirió para su curación solo una primera asistencia, en la que se le dieron puntos de aproximación, sin que se utilizaran puntos de sutura.

El Ministerio Fiscal (pág. 4 de su escrito) admite que la sentencia recurrida no nos dice las razones por las cuales considera que el botellazo le alcanzó a Donato en la ceja y luego, a propósito del motivo 5º, propone que la pena por estos hechos fuera la mínima del apartado 2 del mismo art. 617 (pág. 13).

c) Habida cuenta de que las mismas razones que permitieron condenar por falta del art. 617.1 pese a haberse acusado por delito de lesiones del art. 148.1º, expuestas con amplitud y acierto en el fundamento de derecho 1º



de la sentencia recurrida (págs. 8 a 11) a propósito de las exigencias propias del principio acusatorio, permiten que ahora nosotros en casación sancionemos por el citado art. 617.2. La falta de maltrato de obra sin causar lesión, prevista en esta última norma, a efectos de la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta sala respecto de tal principio acusatorio, tiene homogeneidad con relación a los delitos o faltas de lesiones.

Hemos de añadir aquí que los hechos probados de la resolución aquí impugnada no recogen daño corporal alguno en Donato que pudiera atribuirse a ese golpe en la cabeza.

Optamos por imponer la pena de multa en el mínimo previsto en tal art. 617.2, diez días con la misma cuota diaria de seis euros prevista en la sentencia recurrida y que no ha sido impugnada, y con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53.1 CP.

B) Con relación al delito de lesiones causadas en la persona de Miguel Ángel, aparece expresada en el fundamento de derecho 2º de la sentencia recurrida la prueba utilizada para condenar a Enrique, concretamente la declaración de dos testigos, la propia víctima (folio 382) y la de Gabriel (folio 392).

Esta sala ha comprobado la realidad de tales dos declaraciones formuladas en el acto del juicio oral, a las que no cabe hacer objeción alguna desde el punto de vista de su licitud y a las que consideramos también razonablemente suficientes para justificar tal condena conforme a las razones expuestas en las páginas 12 a 14 de la sentencia recurrida, a las que nos remitimos.

C) Pasamos al examen de las pruebas de cargo consignadas en la sentencia recurrida respecto de la participación de Enrique en el delito de homicidio en grado de tentativa acabada, que la sentencia recurrida considera cometido por este, y por otros dos más no identificados, contra Benito, y por el que impuso la pena de tres años de prisión, la misma solicitada por el Ministerio Fiscal.

Son las que enumera (hasta 12) en sus págs. 17 y 18. A lo que allí se dice nos remitimos añadiendo nosotros lo siguiente:

a) La prueba nº 3 (reconocimiento en rueda realizado por dicho Benito) aparece a los folios 442 y 443.

b) La testifical de Juan Manuel se halla al folio 387 (página 27 del acta de la 1ª sesión del juicio oral).

c) La de Ángel Daniel está a los folios 342 y 343 (págs. 32 y 33).

d) La de Isidro, a los folios 432 a 434 (2ª sesión del juicio oral).

e) La de Carlos Antonio, a los folios 437 y 438.

f) La de Casimiro, al folio 439 (pág. 11).

g) La de Miguel Ángel, al folio 441 (pág. 13).

h) La de Baltasar, al folio 446 (pág. 18).

i) Y la de Antonio, al folio 451 y 452 (págs. 23 y 24).

j) Queda claro en el texto de la sentencia recurrida (págs. 18 y 19) que la cinta de vídeo aportada a la causa, que había sido grabada en casa del citado Antonio, no fue tenida en cuenta como prueba de cargo, ya que -leemos en la pág. 19- no contiene una prueba que aporte datos nuevos a los mencionados en los apartados anteriores; al tiempo que en el párrafo siguiente no da valor a las frases recogidas en la pericial practicada por D. Carlos Manuel, porque no hubo identificación de voz a la que pudiera darse validez, ya que fue quien le había encargado la pericia (Blas, el otro acusado) quien dijo que esa voz pertenecía a Enrique, sin que existiera ninguna otra prueba sobre este punto. Añadimos que tal prueba de visualización del vídeo fue practicada como documental, según consta al folio 471 del rollo de la Audiencia Provincial.

k) Sobre la mencionada prueba esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha realizado la triple comprobación antes referida con resultado positivo:

a') Tales elementos probatorios existen en las actuaciones conforme constan en el texto de la sentencia recurrida.

b') Nada cabe oponer a su validez como elementos de prueba de cargo al haber sido aportados al proceso de conformidad con las normas constitucionales y legales aplicables al caso.

c') Entendemos que conceder crédito a esas manifestaciones, por su contenido que aquí no vamos a repetir, es acorde con las normas de la razón y la lógica. Lo que nos dice el escrito de recurso, y luego el de contestación a la impugnación el Ministerio Fiscal, es algo que ciertamente habrá sido ya puesto de manifiesto en la instancia y habrá tenido en cuenta la Audiencia Provincial a la hora de apreciar en su conjunto el valor de toda la prueba practicada.





Como bien dice tal Ministerio Público, la prueba de cargo existente contra Enrique respecto de su participación en la agresión contra el joven Benito es abundante. Los loables esfuerzos de la defensa articulados en este recurso no pueden tener éxito.

D) En conclusión, hay que estimar este motivo 2º en cuanto a lo relativo a la falta de lesiones contra Marco Antonio para condenar, no por el hecho de un botellazo en la ceja izquierda, sino por un golpe con un vidrio de tercio de cerveza en la cabeza sin producir daño físico alguno; así como rechazarlo en cuanto al delito de lesiones contra Miguel Ángel y al de tentativa de homicidio contra Cesar .

OCTAVO.- Examinados ya los motivos de casación relativos a quebrantamiento de forma y aquellos otros que habrían de tener incidencia en el relato de hechos probados, pasamos ahora a estudiar los referidos a la calificación jurídica y a la pena a aplicar, esto es, el resto de los formulados en este recurso, todos amparados en el nº 1º del art. 849.1º LECr, en los que se denuncia infracción de ley. Por lo dispuesto en el art. 884.3º de la misma norma procesal, hay que respetar los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, con la salvedad antes expresada en relación con la falta de lesiones causadas a Donato , pues, repetimos, el botellazo no alcanzó a la ceja izquierda, sino a la cabeza sin producir lesión alguna.

NOVENO.- Comenzamos este último apartado con el examen del motivo 3º, en el cual, por el referido cauce del art. 849.1º LECr, se alega infracción de ley por aplicación indebida del art. 138 en relación con el 16.1 CP, ya que, se dice, no hubo intención de causar la muerte con los navajazos dirigidos por los tres agresores contra el cuerpo de Benito , pretendiendo el recurrente que solo existió ánimo de lesionar.

Entendemos que la cuestión aparece bien resuelta y razonada en la sentencia recurrida.

Para apreciar si hubo una u otra voluntad, de matar o de lesionar, en estos casos de agresión con navaja, cuchillo u otros elementos semejantes, contra el cuerpo de una persona, los datos esenciales para inferir si hubo ánimo de causar la muerte son los tres siguientes:

1º. Tipo de arma utilizada, que ha de ser apta para tal fin homicida.

2º. Zona del cuerpo donde se produce la agresión, pues ha de tratarse de una zona vital: la cabeza, el cuello, el tórax o el abdomen, que es donde se alojan órganos cuya afección puede producir el fallecimiento de la persona.

3º. Intensidad del golpe, la necesaria para que el arma penetre en el cuerpo para afectar al correspondiente órgano vital.

Entendemos que dar cinco navajazos en la espalda por Enrique y otro de los dos atacantes no identificados constituye una actuación conjunta de coautoría en la que se encuentren presentes los tres datos que acabamos de relacionar: arma con capacidad homicida: dos navajas con aptitud para introducirse en el cuerpo de la víctima; zona vital afectada por los golpes, como lo es la espalda por donde, salvadas las costillas es fácil alcanzar a alguno de los pulmones; y la intensidad en los navajazos, la suficiente para producir alguno de ellos un neumotórax, es decir, una apertura al exterior que permite la entrada de aire en el pulmón con el resultado de muerte inmediata si no se produce una intervención quirúrgica en media hora o poco más, como dijeron los médicos forenses que declararon como peritos en el acto del juicio (folio 470, acta de la tercera sesión).

Además en el presente caso, como bien nos dice la sentencia recurrida, hubo una acción de los tres agresores, posterior a tales navajazos, consistente en colocar el cuerpo del herido sobre un murete de piedra para tirarlo por un puente, lo que no se consumó por la decidida intervención de la joven Victoria y de un ciudadano que allí detuvo su vehículo, lo que hizo desistir a tales agresores de su propósito.

Desestimamos así este motivo 3º.

DÉCIMO.- En el motivo 4º, al amparo también del art. 849.1º LECr, se alega de nuevo infracción de ley, ahora por aplicación indebida del art. 148.1 en relación con el 147.1 CP, por las lesiones cometidas en la persona de Miguel Ángel .

Hemos de decir en primer lugar que la mayor parte de lo aquí alegado se refiere a temas de prueba ya tratados en el apartado B) del fundamento de derecho 7º.3 de esta sentencia.

Y por lo que se refiere a lo que es propiamente denuncia por infracción de ley contestamos así:

A) En primer lugar hemos de decir que la utilización de una botella de cerveza rota para golpear en la pierna de una persona encaja en el apartado 1º del art. 148 CP. Entendemos que un golpe con fuerza con el casco de una botella de cerveza rota en la pierna derecha de Miguel Ángel (hechos probados, pág. 4 de la sentencia recurrida) fue una forma de agredir que podría haber producido algún daño importante a la víctima por



afectación de algún músculo o tendón de los que el cuerpo humano alberga en tal zona, por la especial aptitud para cortar la piel y la carne que tiene un vidrio roto.

B) En segundo lugar, no cabe aplicar aquí el tipo de falta del art. 617.1 CP, pues la sentencia recurrida hace una distinción clara con apoyo en el dictamen de los médicos forenses (acta de la 3ª sesión del juicio oral, folio 470). Los llamados puntos de aproximación son puntos que se pegan y se utilizan en las lesiones de poca profundidad y se pueden quitar por la misma persona lesionada. Por ello entendió la sentencia recurrida que la herida en la ceja, sufrida por Donato, para cuya curación se utilizó esta técnica de los puntos de aproximación, solo requirió una primera intervención sin tratamiento médico posterior, sancionándose como falta del citado art. 617.1. Otra cosa son los puntos de sutura, en los que hay un procedimiento de costura, que según reiterada doctrina de esta sala, constituye por sí solo un tratamiento quirúrgico, aunque únicamente lo sea de cirugía menor (STS 919/1999, 307/2000, 1.470/2000, 975/2004, 1518/2005, 47/2006 y 524/2006).

DECIMOPRIMERO.- Ahora pasamos al motivo 5º, acogido también al art. 849.1º LECr, denunciando aplicación indebida del art. 617.1 CP.

Se repiten aquí las alegaciones que, sobre la prueba practicada respecto de las lesiones sufridas por Donato, se hicieron en el motivo 2º de este mismo recurso, tema que ya ha sido tratado en el apartado A) del fundamento de derecho 7º.3 de esta misma resolución, al que nos remitimos.

Ha de estimarse parcialmente este motivo 5º.

DECIMOSEGUNDO.- Estudiamos aquí el motivo 11º, amparado como los anteriores en el art. 849.1º LECr, en el que otra vez se alega infracción de ley, en este caso por no haberse aplicado la eximente del art. 20.1º ni la del 20.2º, bien como completas o incompletas (art. 21.1, se citó por error el 20.1).

Ha de desestimarse, porque lo que aquí se pide se hace sin respeto alguno a los hechos probados, algo obligado cuando el motivo de casación lo es por infracción de ley con base en el nº 1º del art. 849 LECr, como ya se ha dicho.

Estimamos, en definitiva, que fue correcta la sentencia recurrida cuando estimó la concurrencia de tres circunstancias atenuantes, excluyendo otras, así como las mencionadas eximentes 1ª o 2ª del art. 20 completas o incompletas (art. 21.1).

Nos remitimos a lo que de modo acertado razona y resuelve dicha sentencia recurrida en sus fundamentos de derecho 7º a 11º (págs. 21 a 30).

DECIMOTERCERO.- Examinamos ahora unidos los dos motivos últimos, el 12º y 13º, ambos también con base procesal en el nº 1º del art. 849 LECr, en los que se alega falta de motivación e infracción de ley (de los arts. 62 y 66 CP) en relación con la cuantía de las penas impuestas.

Contestamos en los términos siguientes:

A) Hemos de partir de la concurrencia de las tres atenuantes que apreció la sentencia recurrida:

1ª) La de reparación del daño (5ª del art. 21), en atención a que las víctimas recibieron sus indemnizaciones con las que mostraron su conformidad, razón por la cual los tres perjudicados que actuaron unidos como acusación particular renunciaron a continuar en el procedimiento como tal parte acusadora.

2ª) La analógica por embriaguez (art. 21.6º), por tener Enrique levemente alterada su capacidad volitiva al haber ingerido bebidas alcohólicas y haber mantenido plena conciencia de los actos que realizó esa madrugada del 16 de septiembre de 2001.

3ª) Otra analógica, fundada en la concurrencia de dilaciones indebidas en el procedimiento. Pretende aquí el recurrente que esta última atenuante debió apreciarse como muy cualificada; pretensión que hemos de rechazar, ya que se trata de una cuestión nueva en esta alzada, pues en el escrito de calificación provisional de esta parte (folio 113 vto.), luego elevado a conclusiones definitivas (folio 471), se solicitó esta atenuante: y tal y como se pidió lo concedió en la sentencia recurrida.

B) Respecto de la condena por la falta de lesiones causadas en la persona de Donato, nos remitimos otra vez a lo dicho en el apartado A) del fundamento de derecho 7º.3 de esta misma resolución.

C) En cuanto a la más importante de las tres condenas, la de tres años de prisión impuesta por el delito de homicidio en grado de tentativa, que aparece razonada en el fundamento de derecho 14 de la resolución aquí impugnada (pág. 33), hay que entender que la bajada en un grado por aplicación del art. 62, y no en dos como ciertamente permite el texto de esta última norma, ha de considerarse correcta, pues es usual en los tribunales de justicia no bajar dos grados cuando, como en este caso, nos encontramos ante una tentativa acabada, esto



es, próxima a la consumación, que si aquí no se produjo fue por la rápida y acertada intervención quirúrgica que pudo reparar algo tan sumamente grave como un neumotórax.

Pretende también el recurrente que se baje en dos grados más, y no uno solo como hizo la sentencia recurrida, en consideración a la concurrencia de las mencionadas tres circunstancias atenuantes y en aplicación de lo que permite la actual regla 2ª del art. 66 CP (regla 4ª en la anterior redacción de esta norma penal). Entendemos que tal bajada de un solo grado (y no dos) es más acorde con el principio de proporcionalidad que obliga a tener en consideración la mayor o menor gravedad del hecho. En un caso de tentativa de homicidio como el aquí examinado, entendemos que no debe bajarse la pena de los tres años de prisión impuesta en la instancia: agresión de tres, dos de ellos con navaja que introducen en el tórax por la espalda hasta producir un neumotórax es un hecho realmente grave.

D) Tiene razón el recurrente en cuanto que la sentencia recurrida ciertamente no contiene motivación alguna respecto de la pena de un año de prisión con que se sancionaron las lesiones sufridas por Miguel Ángel. Se incumple así el deber de motivación del art. 120.3 CE, impuesto específicamente por el art. 66 CP, que actualmente aparece recogido de modo concreto en el art. 72 de dicho código. No solo han de darse razones sobre la apreciación de la prueba y la calificación jurídica, sino también sobre la cuantía o duración de las penas concretas cuando estas se apartan ostensiblemente del mínimo legalmente permitido.

En estos casos de falta de motivación en cuanto a la pena, por razones de economía procesal, con frecuencia es esta propia sala la que en casación tiene que remediarlo.

En el presente nos hallamos ante un delito de lesiones del art. 148.1 CP por haber utilizado Enrique, al agredir a Miguel Ángel, un instrumento peligroso, como lo es un casco roto de una botella de cerveza, delito sancionado con pena de 2 a 5 años de prisión. La antes mencionada regla 2ª (antes 4ª) del art. 66 CP prevé la bajada de la pena en 1 ó 2 grados cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes (aquí fueron tres) o una o varias muy cualificadas (ahora se exige además que no concorra agravante alguna).

A diferencia del caso de la tentativa de homicidio al que acabamos de referirnos, nos encontramos ahora con unas lesiones que, dentro de las que encajan en el citado art. 148.1, han de considerarse leves, ya que, pese al instrumento utilizado, solo causaron en la pierna (hemos de prescindir de las producidas en la mano, porque no consta que las ocasionara Enrique) una herida superficial, aunque precisara tres puntos de sutura (folio 467, 3ª sesión del acta del juicio oral). Tal levedad, además de que fueron tres y no dos las circunstancias atenuantes concurrentes, nos obliga a imponer la pena en el mínimo legalmente permitido bajando los dos grados autorizados por la mencionada norma del CP (art. 66.2ª). Un grado menos nos llevaría a un año de prisión y dos grados nos conducen hasta los 6 meses, que es la sanción que acordamos imponer.

E) Hemos de rechazar aquí la impugnación formulada en relación con la condena a pagar dos tercios de las costas de la instancia, pese a que haya un tercer acusado declarado en rebeldía. En la instancia solo fueron enjuiciados dos acusados. A uno se le condenó por dos delitos y a otro por uno solo. Nos parece adecuada la condena que hizo al respecto la sentencia recurrida: que pague Enrique dos terceras partes de las costas y Blas la otra tercera parte.

F) También se queja aquí el recurrente de que en el encabezamiento de la sentencia recurrida se haya dicho que Enrique es solvente, cuando se trata de un estudiante que carece de ingresos. Respecto de este tema en su momento habrá de resolverse en la pieza correspondiente a través de una declaración que habrá de aprobar la Audiencia Provincial. En todo caso ahora es irrelevante para el contenido de los pronunciamientos condenatorios impugnados en el presente recurso.

En conclusión, estos motivos 12º y 13º solo han de estimarse en cuanto al delito de lesiones conforme acabamos de razonar en el apartado D).

### III. FALLO

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por Enrique, por estimación parcial de sus motivos segundo, quinto, decimosegundo y decimotercero, todos relativos a infracción de ley y de precepto constitucional (presunción de inocencia); por ello anulamos la sentencia que, entre otros pronunciamientos, le condenó por delito de tentativa de homicidio y otras infracciones penales, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos con fecha veinticinco de noviembre de dos mil seis, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquín Delgado García José Manuel Maza Martín José Antonio Martín Pallín

## **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Septiembre de dos mil siete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Aranda de Duero, con el núm. 2/03 y seguida ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos que entre otros pronunciamientos absolutorios ha dictado sentencia condenatoria por los delitos de homicidio en grado de tentativa y lesiones con uso de instrumento peligroso además de una falta de lesiones respecto del acusado Enrique , condenando igualmente a Blas por un delito de lesiones mediante el uso de arma, sentencia que ha sido anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, integrada por los anotados al margen, siendo ponente D. Joaquín Delgado García. Se tienen aquí por reproducidos todos los datos de dichos acusados que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida.

### **I. ANTECEDENTES**

Los de la sentencia recurrida y anulada y los de la anterior sentencia de casación.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Los de la sentencia de instancia con las dos salvedades siguientes:

1ª. Que ha de condenarse a Enrique , no como autor de una falta de lesiones del art. 617.1 CP, sino por otra falta de malos tratos del nº 2 del mismo art. 617, por las razones expuestas en el fundamento de derecho 7º.3 apartado A) de la anterior sentencia de casación.

2ª. Que la pena a imponer a Enrique por el delito de lesiones en la persona de Miguel Ángel ha de ser, no la de un año de prisión que impuso la sentencia recurrida, sino la de 6 meses de prisión, por lo dicho en el apartado D) del último de los fundamentos de derecho de la citada anterior sentencia de casación.

### **III. FALLO**

CONDENAMOS a Enrique , como autor de un delito de lesiones causadas en la persona de Miguel Ángel con instrumento peligroso con la concurrencia de tres circunstancias atenuantes, a la pena de seis meses de prisión.

CONDENAMOS a Enrique , como autor de una falta de malos tratos sin causar lesión, a la pena de diez días de multa con cuota diaria de seis euros y con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas diarias impagadas.

Con los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida y anulada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquín Delgado García José Manuel Maza Martín José Antonio Martín Pallín

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