

Roj: **STS 2415/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:2415**Id Cendoj: **28079120012013100376**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/05/2013**Nº de Recurso: **1191/2012**Nº de Resolución: **389/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Mayo de dos mil trece.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma interpuesto por **Fructuoso**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, con fecha tres de Mayo de dos mil doce, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado **Fructuoso**, representado por la Procuradora Doña Carmen Echevarria Torroba y defendido por el Letrado Don Marcos García Montes. En calidad de parte recurrida, la acusación particular **Adriano**, representado por el Procurador Don Francisco Javier Milán Rentero y defendido por la Letrada Doña Ana Isabel Sánchez Márquez.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción nº 47 de los de Madrid, instruyó el Sumario con el número 8/2.010, contra **Fructuoso**, y, una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª, rollo 10/2011) que, con fecha tres de Mayo de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

*"Se declaran probados los siguientes hechos:*

*Sobre las 6 de la madrugada del día 7 de mayo de 2009. El procesado **Fructuoso**, con D.N.I. NUM000, nacido en Madrid el día NUM001 -77, mayor de edad, se encontraba en el interior de la discoteca OBA OBA, sita en la calle Jacometrezo, nº 4 de Madrid junto a varios amigos, cuando a la salida de la misma y ya en la calle, mantuvo una discusión verbal con el ciudadano brasileño **Jose Pablo**, interviniendo en la misma **Adriano**, y tras cruzar varios insultos y esgrimir **Adriano** una piedra que cogió del suelo para agredir al procesado, **Fructuoso** sacó una navaja de unos 10-12 centímetros de hoja que portaba en el calcetín y la esgrimió ante **Adriano**, y moviéndola repetidamente a la altura del abdomen asestó a éste una puñalada en el costado izquierdo con el propósito de acabar con su vida.*

*A continuación, **Fructuoso** huyó el lugar de los hechos, siendo detenido días después a la salida de su domicilio. La navaja utilizada para cometer los hechos no ha sido hallada.*

*A consecuencia de estos hechos **Adriano** presentó herida en cara anterior del abdomen de 12 centímetros de longitud penetrante que precisó para su sanidad de tratamiento quirúrgico consistente en laparotomía y sutura de yeyuno (intestino delgado), y sutura de laparotomía, sanando en 39 días, 8 de ellos de hospitalización, siendo todos ellos impeditivos, quedando como secuelas cicatriz supra e infraumbilical postquirúrgica de 14 centímetros de longitud, y otras horizontales de 10 centímetros y de 2 y 1 centímetro en hipocondrio derecho. Dicha lesión, de no haber sido tratada, hubiera supuesto riesgo vital por peritonitis y exitus"(sic).*

**Segundo.-** La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:



"Que debemos **condenar y condenamos** a Fructuoso como autor responsable un delito de homicidio en grado de tentativa del art. 138 del CP, concurriendo la atenuante analógica del art. 21.6 en relación con el art. 20.1 del CP. a la pena de **seis años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena**. Así mismo le **condenamos** a la pena de **prohibición de aproximarse** a Adriano a menos de 500 metros, a su domicilio o residencia o lugar de trabajo o cualquier lugar en el que se encuentre, así como a comunicarse con él en 9 años, y a indemnizar a Adriano en la cantidad de 4.300 euros por los días de incapacidad y 8.000 euros por las secuelas, más las costas del procedimiento incluyendo las de la acusación particular"(sic).

**Tercero.-** Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, por **Fructuoso**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el correspondiente recurso.

**Cuarto.-** El recurso interpuesto por Fructuoso, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 de la Constitución, al incurrir la sentencia en error patente.

2.- Amparado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la Tutela Judicial Efectiva en relación con el Principio de Proporcionalidad y la pena impuesta en la sentencia condenatoria.

3.- Por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida en la sentencia del artículo 138 del Código Penal en lugar del más ajustado a derecho del artículo 148 del Código Penal.

4.- Por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba respecto de los informes médicos e informes de los médicos forenses.

**Quinto.-** Instruida la parte recurrida y el Ministerio Fiscal, interesan la inadmisión a trámite del recurso interpuesto, por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día treinta de Abril de dos mil trece.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de homicidio intentado, con la atenuante analógica por anomalía psíquica, a la pena de seis años de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al incurrir la sentencia en error patente. En el desarrollo del motivo argumenta que la vulneración se produce cuando la resolución judicial revela una evidente contradicción o incoherencia notoria entre los razonamientos jurídicos o entre éstos y el fallo, señalando algunos ejemplos en el texto de la sentencia impugnada. Concretamente se refiere a la utilización de una piedra por el lesionado y de la navaja por el recurrente y al automatismo, sin razonamientos que acompañan la decisión de afirmar la existencia de una riña y negar la legítima defensa que entiende que debería haberse apreciado.

1. El derecho a la tutela judicial efectiva comporta el de obtener de los tribunales una resolución fundada en derecho respecto de las pretensiones adecuadamente planteadas. El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello ( STC 9/1981, de 31 marzo ).

2. El recurrente sostiene que la sentencia impugnada incurre en error patente. Sin embargo, aunque hace expresa su discrepancia con la resolución judicial, no precisa cual es el error que denuncia y que califica de esa forma.

Sostiene también que la sentencia incurre en contradicciones e incoherencias. Sin embargo, las contradicciones a las que se refiere son solo aparentes, pues se producen exclusivamente entre las declaraciones de los distintos testigos y no entre los razonamientos de la sentencia entre sí o entre éstos y el fallo. No es, pues, la contradicción a la que se refiere el artículo 851.1º de la LECrim; ni tampoco es un supuesto de incoherencia interna del razonamiento del Tribunal.

El Tribunal de instancia ha declarado probados unos determinados hechos y, ya en la fundamentación jurídica, relaciona la prueba practicada. En ella se incluyen declaraciones de testigos que no son completamente



coincidentes, especialmente en lo que se refiere al momento en el que el lesionado cogió una piedra y el acusado sacó la navaja. Así, se declara probado que tras cruzar varios insultos y esgrimir Adriano una piedra que cogió del suelo para agredir al procesado, Fructuoso sacó una navaja de unos 10-12 centímetros de hoja que portaba en el calcetín y la esgrimió ante Adriano, y moviéndola repetidamente a la altura del abdomen asestó a éste una puñalada en el costado izquierdo con el propósito de acabar con su vida. Y se recoge, en la fundamentación jurídica que un testigo, Marcelina, declaró que Adriano cogió una piedra primero y se la tiró al acusado, pero que la piedra no llegó hasta él, y que el otro sacó el cuchillo del zapato; otro testigo, Romualdo, declaró que Adriano cogió una piedra e intentó tirarla pero no pudo porque tenía las tripas fuera. Y el recurrente, manifestó que sacó la navaja para asustarle, pero que no la clavó.

Al proceder a valorar la prueba, el Tribunal concluye que existió una discusión verbal, en la que se insultaron mutuamente, que degeneró en agresión, Adriano cogió del suelo una piedra, sacando el recurrente la navaja, moviéndola repetidamente a la altura del abdomen de aquel, y apuñalándolo después. No existe, por lo tanto incoherencia alguna en los razonamientos de la sentencia.

3. En lo que se refiere a la legítima defensa, el Tribunal la excluye sobre la base de apreciar la existencia de una riña mutuamente aceptada.

El elemento central de la legítima defensa es la necesidad de actuar en defensa, situación en la que se encuentra el sujeto ante una agresión ilegítima actual o inminente. Así pues, agresión ilegítima y necesidad de la defensa frente a ella, son elementos imprescindibles, cuya ausencia impide la apreciación de la circunstancia como eximente completa o incompleta. La jurisprudencia ha entendido que no existe agresión ilegítima a los efectos de esta eximente cuando se dan situaciones de riña mutuamente aceptada. Es cierto, como señala el recurrente, que los tribunales deben examinar las circunstancias en las que se inició el conflicto, su desarrollo y la posible existencia de cambios cualitativos en la actuación de los contendientes, para evitar el rechazo injustificado de situaciones de defensa ante agresiones de intensidad progresiva. En este sentido la STS nº 1180/2009.

Pero, en el caso, la queja del recurrente, apoyada en consideraciones de carácter general, no viene acompañada de una mención a los elementos concretos que deberían haber sido valorados para excluir en el caso una situación de riña a la que se hace referencia al relatar los insultos cruzados por ambos sujetos y el enfrentamiento físico entre ellos. Ni tampoco resultan, por lo dicho, del relato fáctico.

De otro lado, aunque el Tribunal no lo razona expresamente, de los hechos probados no resulta la existencia de una agresión ilegítima ni la necesidad de la defensa. Es cierto que se declara probado que el lesionado esgrimió una piedra que cogió del suelo para agredir al procesado, pero no se describe ningún acto de agresión inminente o ya iniciado que justifique la defensa. El acto de coger la piedra quedó suficientemente compensado con la exhibición de la navaja, sin que fuera necesaria ninguna actuación subsiguiente, pues desde ese momento no se relata ya ningún acto por parte de la víctima. Dicho de otra forma, la agresión con la navaja asestando una puñalada no viene precedida de una actitud agresiva del contendiente que hiciera necesario actuar en defensa propia.

En definitiva, esta Sala no aprecia la existencia de un error patente, de otro lado no concretado en el motivo, ni tampoco ausencia o irracionalidad en la motivación, tanto respecto de la valoración de la prueba como en relación a la posibilidad de apreciar la legítima defensa.

Por todo ello, el motivo se desestima.

**SEGUNDO.**- En el motivo segundo, al amparo del artículo 852 de la LECrim, denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de proporcionalidad y la pena impuesta. Argumenta que el acusado no conocía la realidad del apuñalamiento y que no está justificado no reducir la pena en dos grados.

1. El principio de proporcionalidad de las penas, como se recordaba en la STS nº 159/2007 "... está, en principio, dirigido al legislador. No obstante no es un principio que los Tribunales puedan desatender totalmente en el momento de la individualización de la pena, pues ésta, dentro de la señalada legalmente, no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad del sujeto por el hecho o hechos cometidos. La gravedad del hecho y las circunstancias relevantes del autor, son elementos valorables en este sentido, como por otra parte obliga el artículo 66.6ª del Código Penal, en norma extensible a otros supuestos similares".

2. La pena prevista para el delito de homicidio no puede considerarse desproporcionada en relación con la que corresponde a otros delitos de similar gravedad. En cuanto al caso concreto, la reducción en uno o dos grados dependerá del grado de ejecución alcanzado y del peligro inherente al intento, según dispone el artículo 62 del Código Penal. Dados los hechos probados, la ejecución debe entenderse completa, al tiempo que el peligro para el bien jurídico ha de valorarse como máximo.



Por lo tanto, la pena impuesta, que lo ha sido en la mitad inferior y en extensión muy cercana al mínimo legal, no puede considerarse desproporcionada.

El motivo, pues, se desestima.

**TERCERO.**- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , se queja de la infracción, por aplicación indebida, del artículo 138 y por inaplicación indebida del artículo 148, ambos del Código Penal . Niega, pues, la existencia de ánimo de matar.

1. La intención del sujeto activo del delito es un hecho de conciencia, un hecho subjetivo precisado de prueba, cuya existencia no puede acreditarse normalmente a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados. Salvo, es obvio, en los supuestos en que se disponga de una confesión del autor que por sus circunstancias resulte creíble. Esa inferencia debe aparecer de modo expreso en la sentencia y debe ser razonable, de tal manera que la conclusión obtenida acerca del elemento subjetivo surja naturalmente de los datos disponibles. Esa razonabilidad es precisamente el objeto del control casacional cuando la cuestión se plantea como aquí lo hace el recurrente.

A estos efectos, la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, para afirmar la existencia del ánimo propio del delito de homicidio, deben tenerse en cuenta los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; del comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende la existencia de agresiones previas, las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; del arma o de los instrumentos empleados; de la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; de la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; de la repetición o reiteración de los golpes; de la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y, en general de cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto. ( STS nº 57/2004, de 22 de enero ). A estos efectos, y aunque todos los datos deben ser considerados, tienen especial interés, por su importante significado, el arma empleada, la forma de la agresión, especialmente su intensidad, y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida.

2. En el caso, está al alcance de cualquiera el conocimiento de que pone en grave y serio peligro la vida del lesionado una puñalada asestada en el abdomen con un arma blanca de unos 10-12 centímetros de longitud, con fuerza suficiente para penetrar en la cavidad abdominal y causar una herida abierta con salida de los intestinos. Y no consta que concurren circunstancias que hicieran tal conocimiento inaccesible al recurrente.

Por lo tanto, la afirmación del Tribunal respecto a la existencia del ánimo propio del homicidio es razonable. Y en consecuencia, el motivo se desestima.

**CUARTO.**- En el motivo cuarto, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim , denuncia error de hecho designando como documentos que lo evidencian los informes médicos respecto del estado mental del recurrente, que entiende que debieron valorarse apreciando una eximente incompleta o una atenuante muy cualificada.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, 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.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

La Sala Segunda -decíamos en la STS 370/2010, 29 de abril - solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente



coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable ( SSTS 182/2000, 8 de febrero ; 1224/2000, 8 de julio ; 1572/2000, 17 de octubre ; 1729/2003, 24 de diciembre ; 299/2004, 4 de marzo y 417/2004, 29 de marzo , entre otras). ( STS nº 53/2013 ).

2. En el caso, el recurrente no precisa un error en el sentido de la incompatibilidad entre lo declarado probado y el contenido sustancial del informe pericial, sino que sugiere la posibilidad, que considera más correcta, de valorar de otra forma tales informes, llegando a la conclusión de que existió una disminución de las capacidades del sujeto para entender la ilicitud de su conducta o para actuar conforme a esa comprensión, más profunda que la correspondiente a una atenuación simple.

No se trata, por lo tanto, de un error de hecho en la apreciación de la prueba en el sentido del artículo 849.2º de la LECrim , lo que ya conduciría a la desestimación del motivo.

De todos modos, además, en la sentencia se recoge expresamente que en abril de 2008 le fue diagnosticado un trastorno de ansiedad y que con posterioridad se consiguió una estabilización de su cuadro clínico persistiendo el estrés laboral, académico y familiar. Que en 2009 se produjo una reactivación tras los hechos enjuiciados con clínica ansioso-depresiva. Igualmente recoge que según el informe de la Médico forense en la época de los hechos estaba estabilizado por la medicación que tenía pautada, y que su situación de estrés influyó muy probablemente afectando a su capacidad para enjuiciar la situación y actuar de modo adecuado, dada su experiencia y adiestramiento, concluyendo que en el momento de los hechos sus capacidades estaban alteradas de forma leve o moderada. Y razona después expresamente el Tribunal acerca de la existencia de un trastorno depresivo que no tenía, según los dictámenes médicos, entidad suficiente para alterar sus capacidades más que de forma leve, lo que se traduce en una atenuante simple.

Por todo ello, el motivo se desestima.

### III. FALLO

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación procesal del acusado **Fructuoso** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, con fecha 3 de Mayo de 2.012 , en causa seguida contra el mismo, por delito de homicidio en grado de tentativa. Condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarda Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Manuel Marchena Gomez

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menendez de Luarda , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.