



Roj: **STS 5078/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5078**

Id Cendoj: **28079120012014100808**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2014**

Nº de Recurso: **10408/2014**

Nº de Resolución: **764/2014**

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

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil catorce.

En los recursos de casación por infracción de ley que ante Nos penden, interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL** y por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por el acusado **Efrain** contra sentencia de fecha 26 de marzo de 2014, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en causa seguida a dicho acusado por delito de **homicidio** en grado de tentativa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, estando el acusado recurrente representado por el Procurador D. Joaquín Pérez de Rada González de Castejón.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción num. 5 de Sevilla instruyó Sumario con el num. 1/2013, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera, que con fecha 26 de marzo de 2.014, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Son hechos probados, y así lo declaramos expresamente, los siguientes:

Primero. - En las primeras horas de la madrugada del pasado día 14 de abril, y en una discoteca llamada "Amanecer Latino", que está en el polígono industrial San Jerónimo, en esta ciudad, se produce una violenta reyerta entre clientes del establecimiento, y ante lo alarmante de la situación, alguno de los presentes hace una llamada telefónica a la Policía.

Segundo.- En respuesta a esta llamada, acuden al lugar en primer lugar varios agentes, e inmediatamente después, otros dos funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Sus números de identificación profesional son NUM000, y NUM001.

Estos dos agentes de la policía, que visten sus uniformes reglamentarios, y cuya condición de agentes de la autoridad es por tanto manifiesta, visible, y patente, al llegar al lugar al que han sido requeridos, se encuentran con la presencia de una ambulancia, donde una persona herida está siendo asistida por el personal sanitario del vehículo.

Y comoquiera que los dos funcionarios, desde el lugar en el que están, se aperciben de que en el interior de la discoteca hay ruidos de cristales rotos, y de botellas rotas, y hay fuertes voces sintomáticas de que la reyerta prosigue, prestan atención a estos ruidos, deciden acceder al interior para hacerse cargo de la situación, y se despreocupan del herido, ya que comprueban que tiene asistencia.

Tercero.- Y en esta tesitura, se aperciben de que una persona sale apresuradamente de la discoteca, y a la carrera se aleja del lugar. Los policías, dada la precipitación con que sale esta persona, presumen que tiene alguna relación con la situación de violencia que se acaba de producir o que aun se está produciendo dentro de la discoteca, y en consecuencia, intentan interceptarla, dándole el "alto, Policía". Hace caso omiso de la orden esta persona, que después sería identificada como el procesado Efrain.



El cual, lejos de acatar el claro, inconcuso, y obvio mandato policial, lejos de obedecerlo, pasa a la carrera justo entre los dos funcionarios, y se aleja de la discoteca, y llega hasta donde tiene aparcado su coche, en las proximidades del local, perseguido en todo momento, y a muy corta distancia, por los dos policías.

Cuarto.- Al fin el procesado llega al coche, lo abre, y de la guantera saca un cuchillo de cocina que tiene una hoja de unos veinte centímetros de longitud, y justo en ese momento, el primero de los funcionarios indicados, lo alcanza, y trata de sujetarlo por un brazo (el izquierdo).

Y en respuesta a esta actitud del agente de la policía, el procesado se revuelve rápidamente contra él, y le asesta una puñalada entre el tórax y el abdomen, justo a la altura del cuerpo donde existen órganos y vasos vitales.

El agente de la Policía se protegía con un chaleco antibalas y anticuchillos, que vestía debajo la camisa de su uniforme reglamentario, y que había comprado a sus expensas, con su propio peculio.

Quinto.- El chaleco protector impidió que la puñalada asestada al cuerpo del policía causara lesiones, que en otro caso hubieran sido muy graves, mortales incluso. Si el funcionario no hubiera gozado de esta protección, a cuchillada hubiera afectado a órganos y arterias vitales, con seguridad al hígado y a los vasos del sistema circulatorio que van al hígado, y que salen incluso al corazón.

Sexto.- Al fin, los dos agentes de policía consiguen a duras penas reducir y someter al procesado, pese a que este les ofrece una fuerte y tenaz resistencia: se enzarza en una lucha con los dos funcionarios, y acaban los tres en el suelo.

Como consecuencia de la violencia que el procesado ejerce contra los dos funcionarios de policía, cuya cualidad de tales - repetimos- es obvia desde el primer momento, dado que visten sus uniformes reglamentarios, ambos resultan lesionados.

El nombrado en primer lugar curó a los seis días, y el segundo, a los cuatro. Para sanar de estas lesiones no precisaron sino una inicial y sola asistencia médica".

SEGUNDO.- La Sala de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLAMOS: "Primero. - Absolvemos al acusado Efrain del delito de atentado a agente de la autoridad que se le imputaba, y declaramos de oficio la mitad de las costas causadas.

Segundo.- Condenamos al mismo acusado, como autor criminalmente re de un delito de **homicidio** en grado de tentativa, sin que concurran en su comisión circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de cinco años de prisión, con la correspondiente accesoría, y al pago de la otra mitad de las costas causadas.

Tercero.- Condenamos al mismo acusado, como autor de una falta de lesiones, a la pena de un mes de multa, con cuota diaria de seis euros, y con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Lo condenamos a que indemnice al funcionario de policía con número de identificación personal NUM000 en la cantidad de doscientos cuarenta euros, y al funcionario con carnet profesional número NUM001, en la suma de doscientos euros.

No ha lugar a acceder a la petición de libertad provisional formulada en el acto del juicio.

Declaramos la solvencia del condenado, y a tal efecto aprobamos el auto del Juez instructor de 9 de septiembre pasado, que obra en la pieza separada de responsabilidad civil.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, se aplicará al condenado el tiempo que lleva pasado y que en lo sucesivo pase privado de libertad por esta causa, cuando se acredite que lo le ha servido ni le sirve para cumplir otras responsabilidades".

TERCERO. - Notificada dicha sentencia a las partes, se prepararon contra la misma recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por el acusado Efrain y por infracción de ley por el MINISTERIO FISCAL, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de Efrain formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error de hecho en la apreciación de la prueba. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba. CUARTO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 de la Constitución. QUINTO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho fundamental a la



presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución . SEXTO: Formulado con carácter subsidiario, infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., al considerar al recurrente como autor de un **homicidio** en grado de tentativa del art. 138 del Código Penal, en relación con los artículos 16 y 62 del mismo texto legal . SÉPTIMO: Formulado con carácter subsidiario, infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., al considerar al recurrente como autor de un **homicidio** en grado de tentativa del art. 138 del Código Penal, en relación con los artículos 16 y 62 del mismo texto legal , y aplicación indebida del art. 148.1 C.P .

El MINISTERIO FISCAL, formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación indebida de los artículos 550 , 551.1 y 552.1 del Código Penal , en relación con el art. 77 del Código Penal .

QUINTO.- Instruídas las partes de los recursos interpuestos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el seis de noviembre pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla con fecha 26 de marzo de 2014 , condena al recurrente por delito de **homicidio** en grado de tentativa y le absuelve del delito de atentado. Frente a ella se alzan los presentes recursos, interpuestos por el recurrente y por el Ministerio Fiscal, fundados en un total de ocho motivos por vulneración constitucional, quebrantamiento de forma, error de hecho e infracción de ley.

SEGUNDO.- El motivo único del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega inaplicación indebida de los arts. 550 , 551.1 in fine y 552.1 CP 95.

Dejando al margen otras cuestiones que no son relevantes para la resolución del recurso, la cuestión planteada en el motivo se centra en rechazar la absolución del acusado por delito de atentado a agente de la autoridad, fundada en el criterio de la Sala sentenciadora de que la condena por delito de **homicidio** intentado absorbe todo el desvalor de la conducta del acusado consistente en agredir con un cuchillo a un agente de la autoridad, conociendo su condición.

Estima el Ministerio Público, sin embargo, que la relación entre ambos delitos no es la de un concurso de normas, en el que el delito más grave absorbe al de menor entidad, sino de un concurso ideal de delitos en el que una misma acción integra dos delitos diferentes, debiendo ser sancionados ambos por afectar a dos bienes jurídicos diferentes.

TERCERO .- El motivo debe ser estimado.

La doctrina de esta Sala (Sentencias 392/2001, de 16 de marzo , 468/2000, de 11 abril y 308/2011, de 19 de abril , entre otras), considera que no puede ser acogida la pretensión de que los delitos o faltas contra las personas que se puedan perpetrar con ocasión de un atentado a agentes de la autoridad sean consumidos por éste (o viceversa), pues la coincidencia de unas y otras infracciones no dan lugar a un concurso de normas sino a un concurso ideal de delitos, que debe ser resuelto por las reglas contenidas en el art. 77 CP .

La acción de agredir gravemente a un agente de la autoridad afecta simultáneamente a dos bienes jurídicos diferentes: el atentado que supone un ataque al principio de autoridad del que están investidas por la sociedad las fuerzas de seguridad con el fin de que puedan desarrollar las relevantes funciones que les corresponden para mantener la paz y la seguridad públicas, sin interferencias violentas, y que implica un menoscabo del respeto que merecen los agentes en el ejercicio de dichas funciones, y al mismo tiempo la lesión inferida, o en este caso la muerte intentada, que suponen un ataque o puesta en peligro de la integridad física de las personas, bien jurídico distinto del anterior, y que merece un tratamiento punitivo autónomo.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, en el supuesto que examinamos el delito de atentado y el delito de **homicidio** en grado de tentativa, se encuentran en relación de concurso ideal de delitos al que se debe aplicar el artículo 77 del Código Penal , en el cual se establece que en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

La infracción más grave, en el caso actual, es el **homicidio** intentado. Su penalidad, bajando un solo grado como estima procedente el Tribunal sentenciador, va de cinco a diez años de prisión, por lo que la mitad superior se extiende de 7 años y seis meses a diez años. Esta pena no excede, si se impone en el mínimo legal, de la imponible por separado, pues el delito de atentado con uso de armas tiene una pena mínima de tres años (art



552 1º), con lo que el mínimo que podría imponerse penando ambos delitos por separado, al sumarse a dicha pena los cinco años de prisión correspondientes al **homicidio** intentado, sería de ocho años.

Procede, en consecuencia, estimar el motivo y sancionar los hechos como constitutivos de un delito de atentado con armas a agentes de la autoridad, del art 550 , 551 y 552 1º CP , en concurso ideal del art 77 CP con un delito de **homicidio** intentado, a la pena de siete años y seis meses de prisión.

Esta sanción incluye la resistencia posterior a la detención, ofrecida por el acusado a los dos agentes, pues entre ambas conductas si existe un concurso de normas, absorbiendo el acometimiento a la resistencia activa, y también incluye el resultado de falta de lesiones ocasionadas al segundo agente, pues escogida la opción de sancionar el delito más grave en su grado máximo, ya no pueden castigarse por separado las faltas de lesiones que están incluida en el concurso ideal ya sancionado.

CUARTO .- Los tres primeros motivos del recurso formulado por la representación del acusado se articulan, como error en la valoración de la prueba, a través del cauce del art 849 2º de la Lecrim . Persiguen la modificación del relato fáctico, cuestionándose en el primero que el acusado hubiese utilizado un cuchillo, en el segundo la intensidad del golpe ocasionado por el cuchillo, y en el tercero que la puñalada pudiese haber afectado órganos vitales en caso de no haber sido rechazada por el chaleco antibalas que portaba el agente agredido.

Los motivos deben ser rechazados. La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 Lecrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Por ello, la jurisprudencia es tajante cuando excluye de relevancia en este cauce casacional las pruebas personales, ya que su incorporación documentada a las actuaciones no transmuta su naturaleza de prueba personal en documental dotada de literosuficiencia, sin que el Tribunal de casación pueda apreciar directamente los medios probatorios personales por carecer de intermediación.

El primer motivo se apoya en las pruebas periciales, pero en realidad lo que cuestiona la parte recurrente es la valoración por el Tribunal sentenciador de la prueba practicada, sin apoyarse en documento alguno.

Es cierto que la doctrina de esta Sala admite excepcionalmente la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación. Pero solo cuando: 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, incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo 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 razones que lo justifiquen.

Y en el caso actual no concurren estas circunstancias, pues el Tribunal sentenciador dispuso de una prueba pericial plural y la valora razonablemente. Además para estimar probada la utilización del cuchillo el Tribunal toma en consideración otras pruebas adicionales, como el hecho de que dicho instrumento fuese ocupado al autor, y que el propio acusado haya reconocido su uso.

El segundo motivo alega que el ímpetu del golpe no fue intenso, pues no llegó a penetrar en el chaleco. Pero se olvida que el Tribunal sentenciador argumenta razonadamente que concurre base suficiente para entender que la cuchillada se propinó con energía. El policía cogió al condenado por un brazo, y éste se revolvió dándole una cuchillada en la cintura, golpe que por la propia naturaleza de las cosas, al culminar el brusco giro del cuerpo, necesariamente tuvo que ser enérgico y violento, suficiente para que la hoja de 40 centímetros del cuchillo hubiese penetrado profundamente en el cuerpo del agente causándole lesiones letales, de no llevar un chaleco protector.

En el tercer motivo se invoca el informe forense para alegar que no se causaron lesiones al policía y no está acreditado que estas lesiones hubiesen podido afectar a algún órgano vital. Su desestimación también se impone, pues es claro que fue el chaleco antibalas el que impidió que se ocasionasen las lesiones, pero está pericialmente acreditado que atendiendo a la naturaleza del arma y al lugar del cuerpo donde se propinó la puñalada, en caso de inexistencia del chaleco las lesiones ocasionadas afectarían a órganos vitales, pues 40 centímetros de hoja penetrando entre el tórax y el abdomen, habrían afectado necesariamente al hígado, y



a los vasos sanguíneos de la zona, o incluso al corazón según señala el Tribunal sentenciador, al dirigirse la puñalada a la zona izquierda del cuerpo, y de abajo arriba.

QUINTO .- Los motivos cuarto y quinto, por infracción constitucional, alegan vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, por ausencia de prueba de cargo y falta de motivación, respectivamente.

Los motivos deben ser desestimados por falta de fundamento.

El derecho a la tutela judicial efectiva, como recuerda la STC 50/2014, de 7 de abril de 2014, comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso.

Ello significa, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero).

En segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto ; 25/2000, de 31 de enero ; 221/2001, de 31 de octubre y 308/2006, de 23 de octubre , por todas).

En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, esta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero ; 13/2012, de 30 de enero y 27/2013, de 11 de febrero , entre otras muchas).

En el caso actual la sentencia impugnada está perfectamente motivada, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico. El Magistrado ponente ha desarrollado un trabajo de motivación impecable, digno del mayor elogio, propio de su acreditada experiencia, en el que de forma concisa pero completa, desarrolla de forma razonada y razonable los argumentos fácticos y jurídicos que justifican cumplidamente la decisión adoptada. Cuestión distinta es que la parte recurrente no comparta dicha argumentación y pretenda sustituirla por su más interesado criterio, pero lo que no cabe admitir es la negación de su existencia y suficiencia.

Por su parte, la invocación del derecho a la presunción de inocencia, conforme a una reiterada doctrina de esta Sala permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de



esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

En el caso actual, la Sala sentenciadora dispuso de una prueba de cargo plural y suficiente, testifical y pericial, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y razonablemente valorada. La parte recurrente utiliza este cauce casacional para discrepar de la valoración del Tribunal sentenciador, sin cuestionar realmente ni la concurrencia ni la legalidad de la prueba. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

SEXTO.- Los motivos quinto y sexto, por infracción de ley, cuestionan la calificación del hecho como tentativa de **homicidio** y consideran que debió calificarse en su caso como tentativa inacabada, rebajando dos grados la penalidad.

El art. 16 del Código Penal 1.995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que **objetivamente** deberían producir el resultado").

Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Es decir que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común.

Con ello se dejan fuera de la reacción punitiva: 1º) los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); 2º) los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; 3º) y los supuestos de delitos imposibles "stricto sensu" por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta.

En ninguno de estos casos los actos deberían objetivamente producir el resultado típico.

Por el contrario, si deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Esto es lo que sucede en el caso actual, en el que el recurrente agredió con un cuchillo de cuarenta centímetros de hoja a un policía, clavándole el cuchillo en la zona izquierda del cuerpo, entre el tórax y el abdomen, propinándole una puñalada que habría sido letal de no haber sido rechazada por el chaleco antibalas que, bajo la camisa, portaba como protección el agente del orden.

Se trata de un supuesto en el que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción inserta en la órbita del tipo y utilizando un medio generalmente idóneo, aún cuando no lo haya sido en el caso concreto.

Tanto el plan o actuación del autor (apuñalar a un agente policial en una zona vital), como el medio utilizado, (un cuchillo de 40 cms de hoja) "objetivamente" considerados, eran racionalmente aptos para ocasionar el resultado buscado por el acusado, que obviamente era ocasionar la muerte del agredido, bien con dolo directo o bien con dolo eventual.

Sostener la concepción contraria afirmando desde una perspectiva "ex post" que el resultado no podía producirse dada la protección del chaleco, y sosteniendo en consecuencia la impunidad de esta acción por el hecho de no haberse ocasionado de modo efectivo lesión alguna, pues la puñalada se limitó a agujerear la camisa del agente sin penetrar en su cuerpo, equivaldría, prácticamente, a la despenalización de la tentativa, como ya hemos señalado en resoluciones anteriores, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción.

Y lo cierto es que el Legislador no ha optado por este criterio despenalizador de las tentativas objetivamente idóneas "ex ante".

Esta primera alegación del recurrente, en consecuencia, debe ser desestimada.



SÉPTIMO .- Se alega también que se trata de una tentativa inacabada, por lo que la pena debió rebajarse en dos grados.

El art. 62 CP dispone que " a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo el peligro inherente y al grado de ejecución alcanzado".

El Código Penal de 1995 concentró en un solo concepto las formas imperfectas de ejecución del delito, suprimiendo la diferencia tradicional en nuestro ordenamiento penal entre el delito frustrado y la tentativa.

Considera el nuevo texto, en consecuencia, que sólo existen dos modalidades de ejecución: el delito consumado y la tentativa, sin hacer más especificaciones, pero a la hora de la penalidad diferencia entre la reducción de la pena en uno o dos grados, atendiendo al peligro inherente y al grado de ejecución alcanzado, por lo que viene a reconocer que no todas las tentativas son iguales.

Por ello la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo entre lo que se denomina tentativa acabada, que equivale al anterior delito frustrado y tentativa inacabada, que es la tradicionalmente recogida como tentativa en nuestro ordenamiento penal.

Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada, según recuerdan las STS. 817/2007 de 15 de octubre , 703/2013, de 8 de octubre y 332/14, de 24 de abril , se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia de una tentativa acabada; y otra, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, es cuando estamos en presencia de la tentativa acabada.

La doctrina jurisprudencial sigue una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para tipificar la conducta realizada, distinguiéndola de otros tipos delictivos y para conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito.

Como recuerda la STS 332/2014, de 24 de abril , aunque en la doctrina y parcialmente en la jurisprudencia, se manejan generalmente estos conceptos de tentativa acabada e inacabada, lo cierto es que la nueva redacción del art. 62 del Código Penal , no solo tiene en cuenta para la determinación de la pena legalmente procedente "el grado de ejecución alcanzado", sino también el "peligro inherente al intento", peligro que remite más a la intensidad de la acción que a la progresión de ésta.

La doctrina y la jurisprudencia (STS 703/2013, de 8 de octubre y STS 332/14, de 24 de abril) han destacado que en realidad el fundamento esencial de la determinación de la pena radica en el peligro generado por la conducta, pues ordinariamente cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también.

Por tanto debe quedar claro que en el nuevo sistema de punición de la tentativa lo determinante no es reproducir a través de los nuevos conceptos de la tentativa acabada o inacabada los viejos parámetros de la frustración y la tentativa, sino atender al criterio relevante y determinante del peligro para el bien jurídico que conlleva el intento. Por ello no siempre que la tentativa sea inacabada debe imponerse la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada pero el grado de ejecución sea avanzado y el peligro ocasionado sea especialmente relevante, en cuyo caso lo razonable es reducir la pena en un solo grado.

En el caso actual el Tribunal sentenciador calificó la tentativa como acabada, con buen criterio, es decir lo que en nuestro derecho penal clásico siempre se ha calificado de frustración, pues el acusado realizó todos los actos que objetivamente deberían haber producido el resultado, y si no lo produjeron fue por causas ajenas a su voluntad (que la víctima portaba un chaleco antibalas que impidió que la puñalada penetrara en su cuerpo), por lo que aplicando criterios tradicionales la rebaja punitiva procedente sería de un grado.

En cualquier caso si acudimos al criterio legal podemos fácilmente apreciar que el peligro inherente al intento realizado por el acusado ha sido especialmente relevante e intenso. Clavar un cuchillo de cuarenta centímetros de hoja en el abdomen de un agente policial implica un grado de peligro muy alto. Y en cuanto al grado de ejecución ha de considerarse acabado, pues solo la afortunada circunstancia de que la víctima estuviese protegida por un chaleco antibalas personal ha evitado su más que probable fallecimiento.



El acusado realizó todas las acciones que se encontraban en su mano para consumir su acción. En consecuencia, tanto por la peligrosidad del intento, como por el grado de ejecución alcanzado, el criterios legales no justifican la rebaja de la pena en dos grados que pretende la parte recurrente.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo, y con él de la totalidad del recurso interpuesto por la representación del condenado.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia de fecha 26 de marzo de 2014, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla , en causa seguida a Efrain por delito de **homicidio** en grado de tentativa; y en su virtud casamos y anulamos dicha sentencia, con declaración de las costas de oficio

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por **Efrain** contra la anterior sentencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportuos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Sevilla y seguida por la Audiencia Provincial de dicha capital, Sección Primera con el núm. 1/20013, por delito de **homicidio** en grado de tentativa contra Efrain , con D.N.I. núm. NUM002 , nacido el NUM003 -1971, natural de Colombia, hijo de Nicanor y Silvia ; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos condenar al recurrente **Efrain** , como autor criminalmente responsable de un delito de atentado, de los arts. 550 , 551 1 in fine y 552 1 CP , en concurso medial con un delito de **homicidio** en grado de tentativa, de los arts. 138 y 16 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, y costas procesales, pena que se estima proporcionada atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable, y que se impone en el umbral mínimo de la mitad superior determinada por la apreciación del concurso, sin que pueda apreciarse que la pena resultaría inferior sancionando separadamente ambos delitos, pues las penas que se estimarían aplicables por cada uno de ellos, dentro del marco legalmente prevenido y atendiendo a la gravedad de los hechos, sumarían una pena superior.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos al acusado Efrain , como autor criminalmente responsable de un delito de atentado, de los arts. 550 , 551 1 in fine y 552 1 CP , en concurso medial con un delito de **homicidio** en grado de tentativa, de los arts. 138 y 16 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, y costas procesales,



DEJANDO SUBSISTENTES LOS DEMAS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA, especialmente los relativos a la responsabilidad civil y costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ