

Roj: **STS 5631/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:5631**Id Cendoj: **28079120012011100884**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/05/2011**Nº de Recurso: **2546/2010**Nº de Resolución: **696/2011**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 6723/2010,**
STS 5631/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Mayo de dos mil once.

En el recurso de Casación por Quebrantamiento de Forma, Infracción de Ley y Vulneración de Precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por Luciano , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décima), con fecha 17/9/2010, en causa Rollo número 13/2009 , dimanante del Sumario nº 8/2008 del Juzgado de instrucción Número 1 de Barcelona seguida contra aquél por Delitos de **Asesinato** en grado de tentativa y amenazas, 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. Siro Francisco Garcia Perez, siendo parte recurrente el acusado representado por la Procuradora Sra. Dña Loreto Outeriño Lago, y defendido por el Letrado D. José Angel Plaza.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de los de Barcelona instruyó el Sumario número 8/2008 contra Luciano por Delitos de **Asesinato** en grado de tentativa y amenazas, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10, Rollo 13/2009) que, con fecha 17/9/2010, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" **HECHOS PROBADOS.**

SE DECLARA PROBADO QUE: el procesado, Luciano , mayor de edad, con DNI NUM000 , y sin antecedentes penales, era amigo desde la infancia de Vidal , y a su vez había mantenido una relación sentimental con María del Pilar hasta semanas antes del 20 de diciembre de 2008.

habiendo conocido el procesado tres días antes del día 20 de diciembre de 2008, que su amigo Vidal y su ex novia María del Pilar mantenían una relación sentimental.

Ante ello y presa de un estado emocional exacerbado unido a haber pasado tres días consumiendo alcohol y cannabis, sin apenas dormir, estado que había afectado, disminuyendo, su capacidad de juicio y estado que se había ido gestando desde que conoció unos días antes de esa relación entre su amigo y su ex novia envió el siguiente mensaje a través del red social "Fotolog" a su amigo Vidal , ese mismo día 20 de diciembre de 2008, sobre las 12.28 horas; "es atento a tus espaldas proque cuando te piye voy a degollarte como a un pollo ermano

Alrededor de las 18.45 horas de ese mismo día, y siguiendo influyendo por el estado referido, el procesado acudió al bar restaurante "El 28", también conocido como "Las Gorras", sito en la calle Josep Royo nº 23, de Sant Adria de Besós (Barcelona), provisto de dos cuchillos, a uno de ellos de unos 13 cm, de hora y el otro de unos 11 cm.



de hoja, establecimiento en el que sabía se encontraba Vidal por ser frecuentado por el grupo de amigos, quien efectivamente allí estaba jugando el fútbol en compañía de unos amigos comunes.

Una vez allí, el procesado se acercó por detrás a Vidal, quien no le vio venir, y al propio tiempo que profería un genérico "¿qué pasa chavales?", y con la intención de acabar con la vida del Sr. Vidal, le clavó el cuchillo que portaba en la mano (el de 11 cm. de hoja) en la parte trasera del hombro izquierdo, quedando la hoja del cuchillo insertada en el cuerpo de Vidal, y cayendo el mango al suelo. Tras ello el procesado le dijo a Vidal "sal fuera", marchando él inmediatamente del lugar.

El apuñalamiento le causó a Vidal una laceración pulmonar a nivel del lóbulo inferior izquierdo del pulmón izquierdo, con hemotórax acompañante de 1.200 cc., que precisó de tratamiento médico y quirúrgico, consistente en ingreso hospitalario, intervención quirúrgica (toracotomía), y drenaje, reanimación, y farmacoterapia, y que precisó 20 días de ingreso hospitalario (de los cuales los últimos 7 lo fueron a causa del síndrome por privación a 45 días durante los cuales estuvo incapacitado para desarrollar su ocupación habitual, quedándole como secuelas; una cicatriz de herida por arma blanca en la región escapular izquierda de 3 cm., 3 cicatrices por la colocación de drenajes en la zona subaxilar izquierda y una cicatriz quirúrgica de 24 cm., que recorre el borde subescapular

La herida causada puso en riesgo la vida de Vidal, de manera que en caso de que no hubiera sido intervenido habría conllevado su fallecimiento.

Vidal reclama por estos hechos:

El procesado ha consignado el día 25 de mayo de 2010 la cantidad de 2.000 euros".

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

"FALLAMOS.

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado, Luciano, como criminalmente responsable en concepto de autor del delito de **asesinato** intentado precedentemente definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de obcecación, a las penas de : 7 años y 6 meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la pena de prohibición de acercarse al domicilio, lugar de estudio, y (o trabajo de Vidal, ya al mismo a una distancia no inferior a 1.0000 metros, así como a comunicarse con el mismo por cualquier medio por un tiempo de 5 años desde el cumplimiento de la pena; condenándosele asimismo a pago de la mitad de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil el procesado deberá indemnizar a Vidal en 6.830 euros por las lesiones y secuelas sufridas, cifra que se incrementará con los intereses del art. 576 de la LEC.

Que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** al procesado, Luciano, del delito de amenazas por el que también venía acusado por la Acusación Particular, declarando de oficio la mitad de las costas procesales.

Manteniéndose las medidas cautelares adoptadas en tanto la presente resolución o alcance firmeza

Para el cumplimiento de la pena que se impone declaramos de bono todo el tiempo que el procesado haya estado privado de libertad por la presente causa, siempre que no le hubiera sido imputado en otra".

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por Infracción de Ley, Quebrantamiento de Forma y Vulneración de Precepto Constitucional, por la representación de Luciano, 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 recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por Infracción de Ley, Vulneración de Precepto Constitucional y Quebrantamiento de Forma por la representación del recurrente Luciano se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

MOTIVO PRIMERO.- Se invoca al amparo del número 1º del Artículo 849 de la LECr. y al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

INFRACCIÓN DEL LEY del art. 849.1 de la LECr., ya que no se cumple los requisitos exigidos en los artículos 139.1 en relación con los artículos 16 y 32 del Código Penal, no constituyendo los hechos ocurridos un delito de **asesinato** en grado de tentativa.

INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del art. 5.4 de la LOPJ, al haber conculcado la Sentencia recurrida los siguientes derechos fundamentales. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso público y notas las garantías del artículo 24.1 de la Carga Magna, y el derecho a la presunción de inocencia del artículo



24.2 de la Constitución Española. MOTIVO SEGUNDO.- Se invoca al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECr . y al amparo del artículo 5.4 de la LEY Orgánica del Poder Judicial .

INFRACCION DE LEY del art. 849.1 de al LECr., y que no se ha aplicado el artículo 21.5 del código Penal , en materia de reparación del daño causado.

INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del art.. 54. de LOPJ al haber conculcado la Sentencia recurrida los siguientes derechos fundamentales Derecho a la tutela judicial efectiva a y un proceso pública con todas las garantías del artículo 24.1 de la Carta Magna, y el derecho a al presunción de inocencia del artículo o24.2 de la Constitución Española.

MOTIVO TERCERO.- Se invoca al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECr . y al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

INFRACCION DE LEY del artículo 849.1 de la LECr ., ya que no se ha aplicado el art. 21.4 del Código Penal en materia de confesión.

INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del art. 54. de la LOPJ , al haber conculcado la Sentencia recurrida los siguientes derechos fundamentales: Derecho a al tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías del artículo 24.1 de la Carta Magna y el derecho a l presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española.

MOTIVO CUARTO.- Se invoca al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del art. 5.4 de la LOPJ , al haber conculcado la Sentencia recurrida los siguientes derechos fundamentales Derecho a la tutela judicial efe efectiva y aun proceso publico con todas las garantías del artículo 124.1 del A carta Magna, y el derecho a la presunción de inocencia del artículo 345.2 de la constitucional Española.

MOTIVO QUINTO.- Se invoca al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECr ., y al amparo del artículo 5.4 LOPJ .

INFRACCION DEL LEY. del artículo 849.1 de LECr, ya que no se ha aplicado el artículo 20.1 del CP en relación al artículo 21.1 del mismo Cuerpo Legal.

INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del art. 5.4 de la LOPJ , al haber conculcado la Sentencia recurrida los siguientes derechos fundamentales Derecho a la tutela judicial efe efectiva y aun proceso publico con todas las garantías del artículo 124.1 del A carta Magna, y el derecho a la presunción de inocencia del artículo 345.2 de la constitucional Española.

MOTIVO SEXTO. Se invoca al amparo del artículo 5.4 LOPJ .

INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del art. 5.4 de la LOPJ , al haber conculcado la Sentencia recurrida los siguientes derechos fundamentales Derecho a la tutela judicial efe efectiva y aun proceso publico con todas las garantías del artículo 124.1 del A carta Magna, y el derecho a la presunción de inocencia del artículo 345.2 de la constitucional Española.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y se opuso a la admisión de la totalidad de los motivos esgrimidos, que se impugnaron; la Sala admitió el recurso; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 11/5/2011.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Lo que el recurrente denomina su motivo primero comprende dos invocaciones:

INFRACCION DE LEY del art. 849.1 de la LECr ., ya que no se cumplen los requisitos exigidos en los artículos 139.1 en relación con los artículos 16 y 62 del Código Penal , no constituyendo los hechos ocurridos un delito de **asesinato** en grado de tentativa.

INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del art. 5.4, de la LOPJ , al haber conculcado la Sentencia recurrida los siguientes derechos fundamentales: Derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías del artículo 24.1 de la Carta Magna, y el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española.



Si se partiera del mantenimiento del factum de la sentencia no cabría dudas de la acertada calificación jurídica llevada a cabo por la Audiencia. Se describe una agresión corporal que efectúa Luciano acuchillando a Vidal , con ánimo de darle muerte, sorpresivamente y por la espalda, causando una herida con laceración de un pulmón, que puso en riesgo la vida de Vidal y que si no produjo el fallecimiento fue por una rápida intervención quirúrgica.

Mas el recurrente, desde lo que aparece como una crítica al discurso de la Audiencia sobre la enervación de la presunción de inocencia, niega el ánimo de matar y la alevosía, a lo largo de diez apartados que numera ordinalmente de primero a décimo.

2. En orden al ánimo de matar la doctrina jurisprudencial (sentencias de 24/4/2000 y 20/5/2005 , TS) señala que ha de estarse a la naturaleza del instrumento utilizado en la agresión, la zona anatómica afectada, la intensidad del ataque y el potencial resultado letal de las lesiones, sin perjuicio de atender a otros factores cuales los antecedentes del hecho, las relaciones entre los intervinientes, las palabras o manifestaciones corporales del sujeto activo que circunden la agresión o la acompañen, las circunstancias de lugar y tiempo, la motivación de la acción y la insistencia en el ataque.

La Defensa niega que pueda afirmarse el ánimo de matar, y aduce para ello que: a) la herida no fue en el pulmón sino en un omoplato; zona apta para lesionar, no para matar, b) el procesado le dijo a Vidal , tras agredirle "sal fuera", lo que significa que no había tenido intención de matar ni convicción de haberlo hecho, c) la leve laceración del pulmón no suponía riesgo vital y no fue consecuencia del ataque sino de la actuación posterior, el movimiento de la víctima o por la actuación de los facultativos.

Trata de apoyar el recurrente la consideración a) en que la propia sentencia dice que Vidal clavó el cuchillo en la parte trasera del hombro izquierdo, no en el pulmón; y que aquella no es la zona más idónea para matar.

Pero tengamos en cuenta que el que el cuchillo, de hoja suficientemente larga para alcanzar al pulmón, incidiera primeramente dentro de su trayectoria en el omoplato no indica en modo alguno que Luciano no quisiera, siquiera con dolo eventual, que la cuchillada afectara al pulmón. Conviene no desconocer que, en el informe del hospital, se expresa que, a la llegada de Vidal , éste presentaba un arma blanca clavada a nivel de la espalda izquierda, que se hizo RX de tórax y que se mostró, "volament pleural-hemotórax".

Respecto al extremo b), cita el recurrente que la propia sentencia relata que tras ello el procesado le dijo Vidal sal fuera.

Pero consideremos que colegir de esa expresión que Luciano no quiso en momento alguno matar no reúne fuerza, según la general experiencia, como para sobreponerse a la explicada conclusión de la sentencia afirmativa del ánimas necandi.

Por lo que concierne al extremo c) comprende a su vez otros dos: si la laceración suponía riesgo vital y si pudo ser consecuencia del movimiento de la víctima o de la actuación de los facultativos.

Cita al respecto el recurrente el informe durante el juicio oral de la médico Sra. Carolina , jefe quirúrgica de la atención a Vidal , y del médico forense Sr. Moises .

Ni uno ni otro son contrarios a la conclusión de la Audiencia. Porque Doña. Carolina dictamina:

"Que atendió a la víctima; que cuando ella le vió, el paciente fue traído a urgencias y fue llevada a politraumáticos; que se le informó a la dicente que el paciente llevaba arma blanca; que al introducirlo en box para explorarlo, estaba estable y orientado; que fue explorado y se confirmó su estado; que se le hizo exploración quirúrgica; que si no le hubieran operado, probablemente hubiera fallecido.

Que, respecto a ese "probablemente", en el caso del paciente presentar herida de arma blanca en la espalda, para la diente es imposible saber inicialmente la magnitud de la lesión, pero en la cavidad torácica se hallan órganos vitales, y por la sospecha de líquidos, sospecharon lesión de órgano vital, que al realizar la exploración quirúrgica se halló pequeña laceración en lóbulo izquierdo de pulmón; que fue a nivel de escápula; que esa laceración estaba sangrando y podría suponer riesgo vital; que, respecto del drenaje, no hubo problemas, sino que se hizo exploración y se dejó drenaje pleural y el paciente se ingresó y a las 24 horas se observó velamiento y el drenaje no producía contenido, y decidieron realizar segunda exploración y se hallaron coágulos en cavidad torácica; que no es mal funcionamiento del drenaje, y se debe a la propia herida que produce escalada inflamatoria; que el drenaje no p uede drenar coágulos; que se le exhibe el folio 83 y dice la perito que no lo elaboró ella, y figura su nombre como responsable de urgencias; que quien lo hizo consta al final del informe; que en la evaluación clínica y donde pone "mal funcionamiento del drenaje" dice que corresponde a la primera intervención en urgencias y se refiere a que el drenaje estaba pinzado en su salida y se procedió a corregir la salida del drenaje; que se le exhibe el folio 90 y dice la perito que no lo elaboró ella; que sigue dirnfo ndo la dicente la responsable del informe; que probablemente en el momento de la cirugía y con el movimiento del paciente, el arma blanca debió



movilizarse; que encontraron arma blanca profundamente clavada a nivel de escápula y entendieron que el arma incidió contra costilla o escápula y lesionó el pulmón igualmente; que el "movimiento del paciente", respecto a si pudo producir laceración pulmonar, dice que no lo puede confirmar; que se le exhibe el folio 123 y dice la perito que sí ha hecho el informe, desconociendo por qué no sale el nombre y número de colegiado, que, respecto a qué significa "que el arma blanca no lesiona ningún órgano vital", se refiere a que no lesiona de gravedad; que una vez ve la lesiones es más fácil decir que no hay riesgo vital; que al ver alguien con arma blanca clavada, no puede saber a priori si el arma lesiona o no y la exploración quirúrgica dió como resultado una laceración que fue suturada.

Que inició ella el informe del folio 63 y lo acabó un compañero; que "adicción" significa la ingesta de alguna sustancia adictiva como puede ser droga o tabaco, que cuando un paciente toma de forma habitual una sustancia y luego no puede ingerirla, experimenta cuadro de privación; que eso prolongó su ingreso hospitalario; que al día siguiente de retirar los drenajes puede ser dado de alta, pero al tener que iniciar un tratamiento, se continuó una semana más; que esta deprivación no tiene nada que ver con los problemas de drenajes aludidos antes; que anemia fue consecuencia del sangrado.

Que respecto de la "evolución clínica", había un litro doscientos de sangre en la cavidad torácica; que no tenía suficiente oxígeno a nivel de la sangre; que es la anemia, la cirugía...porque para realizar un cirugía así es preciso respirar con el pulmón que no está siendo intervenido; que si no se hubiera trasladado al hospital, esa hemorragia intratorácica habría aumentado."

En cuanto Don. Moises dictamina que, en el caso de no intervención, la herida suponía riesgo para la vida; que el cirujano que intervino y que vió la cavidad torácica es el que sabrá si el arma blanca se movilizó con la cirugía o con el movimiento del paciente.

Digamos ahora que esa supuesta movilización del arma entraría en el campo de la imputación objetiva por la previa actuación de Luciano .

3. La Defensa-recurrente niega la enervación de la presunción de inocencia en orden a la existencia de alevosía; y aduce para ello: 1) que hubo un aviso de la agresión a partir de una página de internet, que, cuando Luciano entró en el local, Vidal estaba de cara a la entrada, que Luciano entró saludando a todo el mundo; 2) que el ataque no fue por la espalda, porque no se trataba de un billar sino de un fútbolín, de manera que no había espacio para que una persona se colocara entre el jugador y la pared, y que la partida de Vidal aun no había comenzado.

En lo que concierne al mensaje previo a través de la red social, cita el recurrente un pasaje de la propia sentencia sobre tal comunicación y la declaración de Vidal sobre que hasta el día de los hechos el procesado le dejó un mensaje escrito de que vigilara su espalda pues le podría degollar; la declaración de Vidal acerca de que el fútbolín queda como enfrente, el dicente estaba de cara a la puerta, si Luciano viniese recto, lo habría visto, oyó a Luciano saludar a Cirilo , Luciano dijo a todos qué pasa chavales; y la declaración del testigo Sabino sobre que entró Luciano y saludó a un amigo, Sabino vió cómo entraba Luciano .

Añade el recurrente la cita de la declaración testifical de Baltasar , propietario del local, acerca de que estaba (Vidal) de cara a la puerta y de espalda le daba una pared, que entre los jugadores y la pared quedaría 20 cm o 30. Y asimismo afirma que la partida de Vidal no había empezado. Y cita el recurrente la declaración de Cirilo sobre que estaba entre Luciano y Vidal más o menos, que estaba en medio de Luciano y Vidal ; y la declaración de Vidal , sobre que estaba en medio, entre Luciano y el dicente.

Se hace necesario, llegados a este punto, precisar lo que declara Vidal en el juicio oral sobre la situación en el bar y el mensaje previo:

"Que el dicente jugaba al fútbolín Cirilo y el dicente; que jugaban dos contra dos; que uno está fuera de la Sala; que el dicente no vio como Luciano entraba en el bar; que oyó a Luciano escuchar saluda a Cirilo ; que el dicente jugaba y no vio quién salía o entraba, que le oyó a Luciano justo en el momento en que le clavó el cuchillo; que acercarse al dicente Luciano y sacar algo no lo vió el dicente que no vio nada el dicente; que Luciano no se dirigió al dicente; antes de la agresión, después de la agresión llegó a decir de ir fuera a pelearse; que supone que Luciano daría rodeo para ponerse tras el dicente..."

Que cuando jugaba al fútbolín, habían gente entre éste y la puerta, que siempre está lleno ese bar; que el dicente estaba a la derecha de Cirilo ; que Luciano le clavó el cuchillo por la izquierda, que la situación familiar de Luciano no la sabe el dicente; que a raíz de los hechos perdió su empleo el dicente, que su capacidad pulmonar ha disminuido.

Que el "BAR EL 28", cuando se entra, el fútbolín queda como enfrente, pero más a la derecha; que de cara a la puerta, el fútbolín está horizontal; que el dicente estaba de cara a la puerta, y lo podía haber visto, pero estaba



echando su partida, que tal y como se ve la puerta, Cirilo estaba a la izquierda del diente, y enfrente; que Cirilo estaba enfrente de la puerta y el dicente más a la derecha que el ataque de Luciano le vino por la parte izquierda; a que si Luciano viniese recto, el dicente lo habría visto, e igual dio un rodeo, que Cirilo estaba en medio, entre Luciano y el dicente; que no sabe si Luciano se puso tras Cirilo, pero al oír hola Cirilo se percató que estaba y justo recibió el cuchillazo, que no sabía que le había hecho Luciano al dicente, que se giró y todo el mundo dijo que tenía un cuchillo; que sintió mucho dolor y le dijeron que tenía un cuchillo".

Y también ha de ser precisado que Baltasar manifiesta que no vio cómo Luciano entraba esa tarde en el bar.

Lo expuesto no permite tildar de ilógica o irrazonable la conclusión fáctica a que ha llegado la Audiencia, y aunque a lo largo de los fundamentos jurídicos se deslice la palabra billar, en el factum aparece tajantemente que el Tribunal está tratando de un fútbol.

4. La sentencia describe una agresión sorpresiva, de acercamiento y ataque por la espalda, con supresión de una posible defensa. Debiendo tenerse en cuenta que la Jurisprudencia ha venido a sentar que la desconfianza que puede despertar una amenaza previa, en este caso entre amigos, tiene un carácter necesariamente relativa, y así lo recoge la sentencia del 17/7/2007, 3/11/2010, y para supuesto de cambio en la intensidad de acometimiento previo, las sentencias de 7/1/2005 y 29/10/2007, TS.

5. El segundo motivo ha sido deducido, al amparo del art. 849.1º LECr., por no aplicación del art. 21.5ª CP, en materia de reparación del daño causado. Y, al mismo tiempo, por la vía del art. 5.4 LOPJ, por conculcación de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías del art. 24.1 CE y del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE.

La segunda faceta parece intentar basarse en que la sentencia deniega la atenuante por aplicar contra reo un elemento que se "inventa": la necesidad de satisfacción íntegra.

La atenuante que nos ocupa responde a razón de política criminal: fomentar el comportamiento consistente en la reparación del daño, o en disminuir sus efectos; con lo que se atiende por el Estado a la función de tutelar a las víctimas, aparte de que la conducta reparadora pueda ser síntoma de rehabilitación; un actus contrarius, un retorno del autor al orden jurídico. Véanse sentencias de 17/1/2005 y 29/4/2005, TS.

La propia Ley prevé la disminución del daño, la reparación parcial, pero ha de tratarse según la Jurisprudencia de una contribución relevante, atendiendo al cuantía del daño causado y las circunstancias del autor; sentencias de 30/4/2002 y 9/6/2009, TS.

Lo que se narra en la sentencia, consta en el Rollo de la Sala, es que, tras haber solicitado el Ministerio Fiscal una indemnización de 4.100 euros por las lesiones más 6.000 euros por las secuelas, el padre del acusado ingresó, para responsabilidad civil, el día que comenzaban el juicio oral, 25/5/2010, 2000 Euros. Con esos elementos la exposición fáctica de la sentencia ha de ser aceptada; y aquella reparación aparece tan alejada del daño, finalmente considerado motivadamente en 6830 euros, que no puede ser reputada relevante. Lo que, según la experiencia general, no deja de ser compatible, en relación las reales disponibilidades económicas del autor, con que éste fuera declarado insolvente.

El motivo ha de ser desestimado.

6. En el motivo tercero nos encontramos de nuevo con una dualidad de fundamentaciones. Se invoca al amparo del art. 849.1º LECr., por no aplicación del art. 21.4 CP, en materia de confesión; y la vía del art. 5.4 LOPJ, al haber conculcado la sentencia los mismos derechos fundamentales que se invocan en el motivo segundo.

La sentencia expone que no es de apreciar al atenuante 4ª del art. 21 CP, porque de las testimoniales se desprende que primero van los Mossos a casa del padre, con el que hablan, y es, hora después de saberlo, cuando Luciano se entrega a la Policía. Y así aparece de la declaración en el juicio oral de los Mossos NUM001, NUM002, NUM003 y NUM004, respecto a la total secuencia integrada por la visita al padre y la ulterior comparencia de Luciano en la Comisaría.

A lo que debe añadirse que en las declaraciones de los testigos Cirilo y Sabino aparece que los hechos habían sido presenciados por varias personas; y en las del Mosso NUM001, se dice que cuando llegaron los agentes permanecían testigos en el local.

Cita el recurrente las declaraciones del Mosso NUM002 y del padre de Luciano acerca de que los agentes no explicaran al segundo la razón de la búsqueda; pero el NUM001 sí declara que le dijo al padre que Luciano había hecho una cosa grave y que pasara por Comisaría. Y, llegado a ese establecimiento, Luciano dijo que conocía el motivo por el que había sido detenido y no contestó a las preguntas sobre los hechos, según consta en el acta policial oportuna, levantada con asistencia de letrado.



El fundamento de la atenuante radica en la conveniencia político-criminal de fomentar un comportamiento posterior al delito que facilite su persecución, véanse sentencias de 18/12/2006 y 3/6/2006 , TS. Y no se vislumbra utilidad a tal respecto en la conducta del acusado, pues lo hasta aquí expuesto revela que la presencia de varios testigos, conocidos de los intervinientes y la permanencia de esos testigos cuando llegaron los agentes al lugar, habían hecho extremadamente sencilla, a pesar del abandono del local por Luciano , la identificación del agresor y la secuencia de los hechos.

Y, además, la negativa del acusado a prestar declaración inicialmente excluye, aunque ello supusiera el ejercicio de un derecho constitucional, el requisito presente, en la atenuante 4ª del art. 21 , de que la confesión se produzca antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él, pues se le había explicado el motivo de la detención.

Resta decir que ajena a la apreciación de la atenuante es el episodio de mediación a que hace alusión el recurso con base en la declaración del testigo Genaro

El motivo ha de ser desestimado.

7. En el motivo cuarto, al amparo del art. 5.4 LOPJ , se denuncia la vulneración de los mismos derechos constitucionales que en los dos motivos anteriores. Ahora, sin acudir a otras causas de casación., se delimita el motivo en dos cuestiones, de las que se dicen afectan al justificable y le hacen padecer una clara indefensión.

La primera es que la sentencia se refiere a un billar cuando el juego era un fútbol, con consecuencias en orden a si Luciano pudo situarse o no detrás de Vidal . Cuestión ya dilucidada al tratar del primer motivo.

La segunda es que, respecto a lo sorprendente del ataque, la sentencia incurre en contradicción cuando expone "todos los testigos y el mismo coinciden en señalar que no lo vio (...) puesto que de la descripción de los testigos parece que la posibilidad de que lo viera existió".

Pero tal supuesta contradicción no es apreciable si se atiende a la sucesión de planos a que se refiere el texto de la sentencia:

"independientemente de si el Sr. Vidal le vio entrar o no (que todos los testigos y él mismo coinciden en señalar que no le vio), pues en ningún momento ya dentro del bar demostró cuál ser su intención, debiendo llevar el arma escondida (las armas en realidad) porque nadie la vio, y precisamente cuando se acerca a la mesa de billar y efectúa un saludo genérico es el momento en que desde la espalda del Sr. Vidal le asesta la puñalada, de manera que ni la víctima pudo adivinar su intención por evidenciarla el mismo o enseñar el arma, ni tan solo hubo la opción de advertir el SR. Vidal su presencia puesto que en el mismo momento que la pone de relieve el SR. Luciano está apuñalando a su amigo desde la espalda. Siendo claro, por el lugar en que se produce el golpe, que el procesado sólo pudo estar situado detrás del Sr. Vidal , resultando imposible atestar un golpe de tal intensidad desde delante del mismo (opción además no factible porque el otro se encontraba preparándose para empezar la partida de billar)."

8. El motivo quinto se plantea también en dos vertientes. Una, al amparo del art. 849.1º LECr ., por no haberse aplicado el art. 20.1ª CP en relación con el art. 21.1 CP ; otra, al amparo del art. 5.4 LOPJ , por violación de derechos fundamentales, citando los mismos que en los tres motivos anteriores.

La sentencia aprecia la circunstancia atenuante de estado pasional, en su modalidad de obcecación, 3ª del art. 21 CP .

El recurrente sostiene que en la sentencia se contienen los elementos de la eximente incompleta del art. 21.1ª CP en relación con el art. 20.1 , cuando hace referencia a que Luciano "consumió alcohol y cannabis de manera abusiva en los 2-3 días anteriores al hecho". Que el abandono de su novia para irse con el SR. Vidal , unido a sus antecedentes psicológicos personales "se convierte en un estado de emoción obsesiva, o como dicen los forenses en su informe (folio 266 del rollo) "un intenso estado afectivo que afectó su capacidad de juicio". Que Luciano "no pudo ni dormir los tres días". Que los médicos forenses afirmaron que "cuando dicen que afectó a su capacidad de juicio dicen ambos médicos que era una afectación bastante intensa; que hay otro dato importante: que el acusado estuvo en estado crepuscular de subconsciente y no veía más que esa idea; que se produjo una alteración bastante intensa de su capacidad de juicio, que no estaba en condiciones de ver con claridad lo que estaba haciendo".

Y cuando la sentencia se refiere también a "los trastornos mentales de sus familiares, que efectivamente se constata de la prueba practicada" y el hecho de que él mismo hubiera tenido una depresión con intentos autolíticos a los 12 o 13 años".



Y concluye la Defensa del recurrente que Luciano no estaba en condiciones de ver con claridad lo que estaba haciendo, que, como consecuencia de un estado crepuscular del subconsciente, no podía comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Ahora bien ni del relato de la sentencia aparece una alteración síquica no transitoria o un trastorno mental transitorio aunque fueran incompletos, sino una alteración síquica propia del campo emocional. Y ello se ajusta a los informes de los peritos que se refieren a trastornos de la esfera emocional o afectiva, conservando "sus facultades síquicas superiores"; de manera que, con tal ayuda pericial, aparece adecuadamente motivada la apreciación de la Audiencia.

9. El motivo sexto ha sido deducido al amparo del art. 5.4 LOPJ, también por conculcación de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24 CE.

Se aduce que se han denegado indebidamente medios de prueba que habrían podido demostrar cómo fueron realizadas las lesiones y si existió en efecto riesgo para la vida de Vidal. Y se citan las enumeradas como pericial forense LXXVII y documental".

La Pericial LXXVII se refería a "MAS PERICIAL, del facultativo del Hospital Germans Trias i Pujol que elaboró el informe obrante a folio 94 de las presentes actuaciones, que deberá ser citado a través de esa oficina judicial en su domicilio profesional sito en la Carretera s/n de Badalona, a los efectos de que comparezca en el acto del Juicio Oral para ratificar o ampliar dicho informe y sea sometido a examen por las partes.- La falta de concreción de nuestra solicitud obedece a que desconocemos -a fecha de hoy, y hasta que el propio Hospital Germans Trias i Pujol lo identifique, de conformidad con lo solicitado por esta parte como prueba documental en el ordinal CXIV- qué especialista firma dicho informe, por lo que no podemos concretar la identidad del o de los facultativos que deben ser citados a fin de ratificar o ampliar la información contenida en el mismo".

Y la documental C se refería a " C.-MAS DOCUMENTAL, consistente en que -y con impugnación expresa de los folios 66 a 82 (a.i.) por ser fotocopia y no originales, llegando al caso de que alguno es ilegible, como pudiera ser el 73 u 81, a modo de ejemplo- se requiera al Hospital Germans Trias i Pujol a fin de que aporten los originales del Historial clínico del Sr. Vidal, en lo referente a la prescripción y administración de medicamentos que se le pautaron durante su estancia en el referido Hospital con motivo de los hechos objeto del presente enjuiciamiento".

Ambos medios conciernen al historial clínico de Vidal en el hospital donde fue asistido.

El Tribunal, mediante auto del 13/4/2010, denegó al pericial LXXII por no identificarse nominalmente a los facultativos (art. 576 LECr.) y ser innecesaria la ratificación personal de todos los informes clínicos aportados a la causa; y la documental C por estar protegida la historia clínica por la LORAD y no constar autorización expresa del afectado.

En escrito fechado el 23/4/2010, la Defensa del acusado presentó recurso de aclaración de dicho auto del 13/4/2010. Y el Tribunal, mediante auto del 26/4/2010, mantuvo aquellos pronunciamientos, aunque rectificó otros.

La Jurisprudencia venía exigiendo en relación con el art. 850.1º LECr, y ahora en el marco de los derechos fundamentales a la defensa, a servirse de los medios de prueba pertinentes y a la presunción de inocencia, que el medio haya sido propuesto en los tiempos y forma legales, que la prueba sea en principio pertinente y finalmente útil y relevante, que se haya formulando protesta por la inadmisión y que la práctica no haya devenido imposible; especificándose, respecto a la relevancia, que puede tenerse en cuenta el resto de los medios probatorios. Véanse sentencia de 24/5/2002 y 24/2/2010, TS.

Pues bien, en lo concerniente al historial clínico de Vidal en el hospital donde se le prestó asistencia, ya habían sido propuestas pruebas periciales y documentales que han llegado a ser practicadas con gran detalle así en los folios 60 a 190, habiendo sido sometida durante el juicio a la contradicción por todas las partes Doña. Carolina, jefa del departamento de cirugía torácica que atendió a Vidal.

Ninguna necesidad había de añadir los medios que solicitaba la Defensa y ninguna indefensión se ha producido, en relación con ello, para la parte acusada.

El motivo ha de ser desestimado

10. Debiendo ser desestimados todos los motivos planteados, procede, con arreglo al art. 901º LECr., declararse no haber lugar al recurso e imponerse las costas al recurrente, incluidas las de la Acusación Particular.



III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación que, por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, ha interpuesto Luciano contra la sentencia dictada, el 17/9/2010, por al Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima en proceso por delito de tentativa de **asesinato**.

Y se imponen al recurrente las costas, incluidas las de la Acusación Particular.

Notifíquese la presente resolución a la Audiencia Provincial de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo para su archivo en el Rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz Perfecto Andres Ibañez Miguel Colmenero Menendez de Larca Francisco Monterde Ferrer Siro Francisco Garcia Perez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Siro Francisco Garcia Perez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO