



Roj: **SAP SE 19/2011 - ECLI: ES:APSE:2011:19**

Id Cendoj: **41091370012011100012**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **27/01/2011**

Nº de Recurso: **4727/2010**

Nº de Resolución: **40/2011**

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

Ponente: **JUAN ANTONIO CALLE PEÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo 4727/10

Jdo. Instr. núm. 19 de Sevilla

Sumario 2/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA

SECCIÓN PRIMERA

**SENTENCIA nº40/2011**

Magistrados: Ilmos. Srs.

D. JUAN ANTONIO CALLE PEÑA

Dª. Mª AUXILIADORA ECHÁVARRI GARCÍA

Dª. Mª DOLORES SÁNCHEZ GARCÍA

En Sevilla, a 27 de enero de 2011.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, compuesta por los citados Magistrados, ha visto en juicio oral y público, los autos del Procedimiento antes referenciado, por delito de asesinato en grado de tentativa, ha dictado la siguiente Sentencia:

#### **ANTECEDENTES**

PRIMERO.- Han sido partes:

- El Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Mª Teresa Vidal Delgado.

- El acusado, Narciso , con Documento de identificación extranjero Núm. NUM000 , hijo de Julio César y Aura y Hama, nacido en Cali (Colombia), el día 7 de enero de 1966, con domicilio en c/ DIRECCION000 blq. NUM001 , pta. NUM002 de Sevilla, sin antecedentes penales, cuya solvencia no esta acreditada, en prisión provisional por esta causa, representado por el Procurador Sr. Rocio Maestro Fernández y defendido por el Letrado D. Ignacio Fernández Ramírez. Privado de libertad por esta causa desde el día 28 de febrero de 2010.

SEGUNDO.- El juicio oral ha tenido lugar en audiencia pública, practicándose las siguientes pruebas, declaración del acusado, de los testigos y peritos propuestos y no renunciados, y documental, con el resultado que consta en autos.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal formuló conclusiones definitivas, apreciando en los hechos un delito de asesinato en grado de tentativa del artículo 139.1º , en relación con el artículo 16 del Código Penal , estimando autor al acusado Narciso , no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y pidiendo que se le impusiera la pena de 12 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho



de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y costas. Debiendo indemnizar a la víctima en 12.000 euros por las lesiones, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la L.E.Civil .

CUARTO.- La defensa del acusado formuló conclusiones definitivas solicitando la condena del acusado como autor de un delito de lesiones del artículo 148.1 del Código Penal , concurriendo las circunstancias atenuantes del artículo 21.4 de confesión, y 21.2 en relación con el artículo 20.2 , de consumo de bebidas alcohólicas, a la pena de 2 años de prisión.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ANTONIO CALLE PEÑA.

## HECHOS PROBADOS

Apreciando en conciencia la prueba practicada, declaramos expresamente probados los siguientes hechos:

Sobre las 2:00 horas del 28 de Febrero de 2010, dentro del bar "El Rocío", sito en Avenida de Liria, de la barriada Parque Alcosa, de Sevilla, el acusado Narciso , mayor de edad, nacido en Cali (Colombia), residente irregular en España, sin antecedentes penales, entabló una discusión con Juan Pedro por el importe de una antigua multa de tráfico, discusión tras la que se separaron, sentándose Juan Pedro en la barra, de espaldas al acusado, que se dirigió a las mesas del local.

Al cabo de una hora y media o dos horas, y mientras Juan Pedro hablaba con unos amigos, el acusado se dirigió a éste por detrás, y con un cuchillo unos 9 cm. de hoja, con intención de acabar con su vida, asestó a Juan Pedro dos puñaladas, una en el cuello y otra en el hombro, cayendo la víctima al suelo, donde el acusado comenzó a darle patadas hasta ser separado por otras personas presentes, marchándose el acusado del lugar y siendo evacuado el herido al Hospital, donde mediante una intervención quirúrgica se logró salvarle la vida.

Consecuencia de la agresión Juan Pedro sufrió heridas en hemitórax derecho, una en base del cuello que sangraba abundantemente, y otra en el hombro, en región supraclavicular derecha, así como neumotórax derecho, requiriendo ingreso en UCI e intervención quirúrgica de urgencia para salvar su vida, curando en 10 días, todos de impedimento, 4 de ellos en hospital, quedándole como secuelas: Cicatriz en base del cuello de 1 cm. aproximadamente, otra en región supraclavicular derecha de unos 4 cm., y otra de 1 cm. en hemitórax derecho compatible con drenaje; lo que supone un perjuicio estético ligero, además de algias postraumáticas.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito asesinato en grado de tentativa tipificado y penado en el artículo 139 1º, 16 y 62 del Código Penal .

Siendo reo de asesinato el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias descritas en el artículo 139 del Código Penal , es preciso determinar si en la conducta imputada concurre el ánimo de causar de forma intencionada la muerte de la víctima, y si su ejecución puede calificarse como alevosa. Pues bien, aunque el acusado, en su lógico afán exculpatorio y con fundamento en su legítimo derecho de defensa, tiene manifestado que le dio tres puñaladas y que su intención era "defenderse de los tres que le estaban golpeando", ambas circunstancias resultan acreditadas por las contundentes y persistentes manifestaciones efectuadas por la víctima, quien en su primera declaración ante la policía, encontrándose aún hospitalizado en la UCI, manifestó que "fue atacado por la espalda, a la altura del cuello, con un cuchillo" (folios 17 y 18). Manifestación que reiteró en su declaración ante el Juzgado de Instrucción, donde manifestó: "de pronto se encontró en el suelo, y encontrándose en esa situación vio a Narciso que le estaba pegando tres patadas. Cuando pudo ponerse en pie, ya vio que su cuerpo estaba ensangrentado y en ese momento intentó golpear a Narciso con la mano, aunque no sabe si llegó conseguirlo ya que estaba muy débil y casi no podía respirar. Sabe que le sacaron y no recuerda nada más. En ningún momento vio a Narciso acercársele, éste lo hizo traición, por la espalda. No sintió la cuchillada, se dio cuenta porque sangraba abundantemente". Y que volvió a reiterar en el acto del juicio, donde manifestó: "se sentó en la barra, llegó Tino y otro amigo, estaba de espaldas a Narciso , cuando se dio cuenta estaba en el suelo, le atacó por la espalda, se levantó del suelo y le dio dos hostias, lo apuñaló por la espalda, cuando cayó al suelo ya lo había apuñalado, en el suelo sólo le propinó patadas".

Declaración de la víctima que viene corroborada por las declaraciones igualmente persistentes de los testigos Gines y Julián . Ambos se ratificaron en sus declaraciones prestadas en fase de instrucción. Manifestando el primero de ellos que Narciso "salió por detrás, lo apuñaló y lo tiró al suelo, tenía el cuchillo en la mano. Se acercó por la espalda, lo agarró por el cuello, llevaba un cuchillo, no lo vio apuñalar, cuando se levantó forcejeo con Narciso ". Y el segundo de ellos, que no vio el momento en que lo apuñaló, pero se acercó por detrás, después de levantarse ya no hubo agresión, y ya estaba apuñalado; y en su declaración ante el Juzgado de Instrucción manifestó que "se encontraba con Juan Pedro en el bar... y en un momento dado llegó un



hombre..., llegó por detrás y sin más palabras le dio con el cuchillo a Juan Pedro , quien se llevó la mano al cuello por el que sangraba mucho. Del cuchillo se dio cuenta cuando ya apuñaló a Juan Pedro . La agresión ocurrió cuando Juan Pedro se encontraba de pie apoyado en la barra, y estaba hablando tranquilamente con el dicente y otras dos personas".

El único testigo que se mostró ambiguo fue Silvio , al manifestar que el herido estaba sentado en la barra hablando con una chica, de espaldas a Narciso , y le atacó, para posteriormente manifestar que el ataque se produjo cuando tenía a ambos separados con los brazos extendidos. Testigo que se mostró renuente y esquivo a la hora de contestar a las preguntas que le fueron formuladas, habiéndosele tenido que llamar la atención por este motivo, recordándole que se encontraba bajo juramento y con obligación de decir la verdad. A pesar de lo cual, en su declaración ante la policía manifestó "en un momento dado el tal Narciso sin saber el motivo clavó un cuchillo al otro chico en la zona del cuello... Preguntado para que recuerde exactamente las circunstancias del ataque de Narciso , DICE, que la víctima estaba de espaldas a Narciso , le cogió por el cuello" (folios 19 y 20).

En cualquier caso, la ambigüedad de este testigo, sus respuestas esquivas y evasivas, en nada desvirtúan la persistente declaración de la víctima y de los dos testigos anteriormente mencionados. Y ni siquiera sirve para corroborar la versión del procesado, que en su lógico afán exculpatorio tiene manifestado que le dio tres puñaladas a Juan Pedro , que su intención era defenderse de los tres que le estaban golpeando. Versión ésta que no cuenta con corroboración alguna.

SEGUNDO.- En la STS 736/2.000, de 17 de abril se refiere que ".. desde el punto de vista externo y puramente objetivo un delito de lesiones y un asesinato u homicidio frustrado son totalmente semejantes. La única y sola diferencia radica en el ánimo del sujeto que en uno tiene tan sólo una intención de lesionar y en el otro una voluntad de matar. Es el elemento subjetivo, personal e interno lo que diferencia que unos hechos aparentemente idénticos puedan juzgarse como lesiones, por concurrir en ellos el "animus laedendi" o como homicidio por existir "animus necandi" o voluntad de matar. Pero tal elemento interno, salvo que el propio acusado lo reconozca, debe inferirse por el juzgador de una pluralidad de datos, suficientemente acreditados con la prueba, que hagan aflorar y salir a la superficie ese elemento subjetivo escondido en el interior del sujeto. Tales criterios de inferencia pueden concretarse en los siguientes: a) La dirección, el número y la violencia de los golpes - sentencias, por todas, de 23 de marzo , 14 de mayo y 17 de julio de 1987 , 15 de enero de 1990 , 31 de enero , 18 de febrero , 18 de junio , 11 de octubre y 6 de noviembre de 1991 , 30 de enero , 4 de junio y 6 de noviembre de 1992 , 247/1993, de 13 de febrero , 764/1993, de 5 de abril , 50/1994 y 1062/1995 , de 30 de octubre -. b) Las condiciones de espacio y tiempo - sentencia de 21 de febrero de 1987 , 18 y 29 de junio , 11 de octubre , 6 de noviembre de 1991 , 2 de julio de 1992 , 9 de junio de 1993 y 2167/1994 , de 14 de diciembre -; c) Las circunstancias conexas con la acción - sentencia de 20 de febrero de 1987 , 18 de enero , 18 de febrero , 29 de junio , 10 de octubre y 6 de noviembre de 1991 , 17 de marzo , 13 de junio y 6 de noviembre de 1992 , 247/1993, de 13 de febrero , 386/1993, de 23 de febrero , 764/1993, de 5 de abril y 2132/1993, de 4 de octubre , 50/1994, de 14 de enero y 1662/1995 , de 30 de octubre -; d) Las manifestaciones del propio culpable, palabras precedentes y acompañantes a la agresión y actividad anterior y posterior al delito - sentencias de 12 y 19 de marzo de 1987 , 29 de junio y 10 de octubre de 1991 , 17 de marzo , 13 de junio y 6 de noviembre de 1992 , 247/1993, de 13 de febrero , 9 de junio de 1993 (s.n.) y 351/1994 , de 21 de febrero -; e) Las relaciones entre el autor y la víctima - sentencia de 8 de mayo de 1987 - y f) La misma causa del delito. Pero tales criterios, que se han descrito de forma exemplificativa, no son únicos y por ende no constituyen un mundo cerrado o "numerus clausus", ya que cada uno de tales criterios de inferencia no presenta carácter excluyente, sino meramente complementario y acumulativo en la carga indiciaria y en la dirección convergente, desenmascaradora de la oculta intención - sentencias, por todas, de 15 de enero , 28 de febrero , 12 de marzo , 30 de abril , 1 , 7 y 20 de junio , 20 de julio , 12 de septiembre y 3 de diciembre de 1990 , 18 de enero , 18 de febrero , 14 y 27 de mayo , 18 y 29 de junio de 1991 , 30 de enero , 4 de junio, 287/1993, de 18 de febrero y 351/1994 , de 21 de febrero -..".

En el presente caso, se evidencia la intención de matar por la zona del cuerpo al que iban dirigidas las puñaladas, el cuello, zona vital, afectando a las dos venas más importantes del cuello, como manifestaron los médicos forenses en el acto del juicio; así como el hecho de que fueron más de una puñalada; las características del objeto homicida, un cuchillo de unos 9 cm. de hoja; produciendo heridas en hemitórax derecho, una en base del cuello que sangraba abundantemente, y otra en el hombro, en región supraclavicular derecha, así como neumotórax derecho, requiriendo ingreso en UCI e intervención quirúrgica de urgencia para salvar su vida, intervención médica que evitó un fatal desenlace. Resultando en este sentido muy significativa la documental consistente en los partes de asistencia y sanidad, así como la historia clínica, incorporados a las actuaciones; y muy ilustrativas las manifestaciones del agente de la Policía Nacional nº NUM003 , que manifestó en el acto del juicio que se entrevistó con el médico de guardia, quien le dijo que la operación había sido a "vida o muerte, que había tenido mucha suerte, que había bajado el espíritu Santo".



En otras palabras, cuando se trata del delito de homicidio, si la acción de agresión, considerada en su conjunto, y con independencia del resultado alcanzado, es adecuada para la producción de la muerte y es ejecutada de forma dolosa por su autor, es inevitable atribuir a éste el conocimiento del peligro concreto creado respecto de la producción del resultado típico, salvo casos de deficiencias cognitivas. Y consiguientemente se debe apreciar el elemento volitivo del dolo en cuanto que, a pesar de aquel conocimiento, procedió a la ejecución de la acción ( STS de 29 de enero 2008 ).

Como se refiere en el ATS de 20 de marzo de 2.003 "... para calificar un hecho como delito de homicidio doloso, no es menester que el delincuente haya pretendido directamente causar la muerte de una persona (dolo directo), ya que es suficiente que, sin pretenderlo directamente, haya actuado de tal modo que, representándose como posible dicho resultado como consecuencia de su acción, no haya desistido de realizarla, consintiendo así la producción del mismo, es decir, actuando con dolo eventual; pues debe apreciarse éste en quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, ello no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y, aunque no persiga de modo directo la producción del resultado dañoso, comprendiendo que existe un elevado índice de probabilidades de que se produzca, según las previsiones normales en una persona medianamente diligente, lleva adelante la acción ( STS de 14 de marzo de 2001 ). Desde el momento en que el procesado apuñala en el cuello, era consciente de que como consecuencia de su conducta podía causar la muerte al perjudicado.

TERCERO.- Acreditado el ánimo de matar, por las particulares circunstancias que concurrieron en la ejecución de la conducta enjuiciada plantea menores problemas determinar si puede la misma calificarse como alevosa, al manifestar la víctima y los testigos anteriormente mencionados que el ataque fue efectuado cuando la víctima se encontraba de espaldas.

Existe alevosía en todos aquellos casos en que por el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido. Es decir, la esencia de la alevosía como elemento constitutivo del delito de asesinato (art. 139.1ª) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1ª), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada. Tal inexistencia de posibilidades de defensa puede provenir de las múltiples circunstancias en que se desarrollaron los hechos concretos, de las cuales la jurisprudencia viene retiradamente deduciendo tres formas diferentes de agresiones alevosas: la más característica, que enlaza con los orígenes históricos de esta figura penal, la proditoria o aleve, cuando se actúa en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante; la que se produce de forma súbita o por sorpresa cuando el agredido no espera el comportamiento de su agresor, y la que existe cuando la víctima es una persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.) o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, anonadada, etc.). En estos casos hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente perverso, cobarde, o traicionero (fundamento subjetivo), y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo). Esas tres formas de manifestarse la alevosía no constituyen una enumeración cerrada ("numerus clausus"), sino que son maneras concretas en las que habitualmente viene apareciendo esta circunstancia agravante, que ha de aplicarse siempre que concurren los requisitos que se derivan de la definición que nos ofrece el texto legal (art. 22.1ª CP) y que son los siguientes:

1º. Un elemento normativo, en cuanto que se encuentra expresamente delimitado su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, apareciendo como la primera de las circunstancias que cualifica el asesinato.

2º. Un elemento objetivo, que constituye la verdadera esencia de esta importante circunstancia agravatoria, consistente en que la agresión ha de hacerse de manera tal que tienda a eliminar las posibilidades de defensa del agredido, lo que lleva como consecuencia inseparable (es la otra cara de la misma moneda) la inexistencia de riesgo para el ofensor que pudiera proceder del comportamiento defensivo del ofendido.

3º. Un elemento subjetivo, que no es sino la aplicación al caso del dolo como requisito necesario en todos los delitos dolosos, consistente en que la voluntad consciente del agente ha de abarcar no sólo el hecho de la muerte de una persona, sino también la circunstancia concreta de que ésta se ejecuta a través de una agresión que elimina las posibilidades de defensa del ofendido. Así se viene pronunciando con reiteración la jurisprudencia ( Sentencias de 9-2-89 , 19-4-89 , 26-10-89 , 24-11-89 , 23-1-90 , 28-2-90 , 29-6-90 , 22-9-90 , 15-10-90 , 19-1-91 , 15-4-91 , 22-7-91 , 11-9-91 , 18-10-91 , 12 y 17-3-92 , 20-4-92 , 12-5-92 , 20-2-93 , 30-6-93 , 6-3-94 , 3-10-94 , 19-4-97 y 24-4-2000 , y STS 2.523/2001, de 20 de diciembre , entre otras muchas).



En el presente caso, resulta indudable que la agresión se ejecuta de forma sorpresiva, por la espalda, eliminando cualquier posibilidad de defensa y minimizando los riesgos propios.

CUARTO.- Del expresado delito es penalmente responsable en concepto de autor el acusado Narciso , por haber tomado parte activa, material y voluntaria en su ejecución, artículo 28 del Código Penal , en relación con el artículo 27 del mismo Texto Legal.

Lo que ha quedado acreditado por las pruebas practicadas en el Juicio, conforme a lo expuesto en los fundamentos jurídicos que anteceden.

QUINTO.- En la ejecución del expresado delito no concurren circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

A) La defensa del procesado alega la concurrencia de la atenuante del artículo 21.4 del Código Penal .

Pretensión que no puede prosperar. Pues como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 6-7-2006 :

"Tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia de 5 de octubre de 2001 , que la atenuante 4ª del artículo 21 del vigente Código Penal , de proceder el culpable a confesar la infracción a las Autoridades, implica una mayor objetivación que consolida la tenencia doctrinal de justificar la atenuación por razones de política criminal, sustituyendo la exigencia subjetiva del arrepentimiento por el mero acto objetivo de colaboración con la Justicia. Desde esta perspectiva cobra mayor relevancia la exigencia de que la confesión deba producirse antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él por cuanto después de ese momento, que presupone un cierto conocimiento previo por las Autoridades aunque sea indiciario de su responsabilidad criminal, la confesión carece de la relevancia colaboradora que en cambio tiene la confesión de una responsabilidad desconocida hasta entonces por las Autoridades".

Y es precisamente lo recogido en ese último inciso lo que ocurrió en este caso, en cuanto que el procesado reconoció haber apuñalado a la víctima cuando la policía se personó en su domicilio para detenerlo, cuando ya había sido identificado como el autor de los hechos, por lo que su confesión parcial de los hechos resultó intrascendente para el esclarecimiento de los mismos.

No nos hallamos en presencia de la atenuante de confesión contemplada en el artículo 21.4ª del C.P ., por cuanto, como señalan las STS de 28 mayo 2008 , de 7 diciembre 2005 y de 26-9-2007 , no puede valorarse como confesión, a los efectos de la atenuación prevista en los artículos 21.4 y 21.6 , el reconocimiento de los hechos que inmediata e inevitablemente van a ser descubiertos por la autoridad, que ya ha iniciado sus actuaciones encaminadas a la averiguación de lo sucedido.

El elemento cronológico, según cual la confesión debe haberse producido antes de conocer el confesante que el procedimiento -investigación policial o judicial- se dirige contra él, no puede ser obviado, debiendo la misma ser veraz, excluyéndose la falaz, sesgada o parcial, ocultando datos relevantes ( SSTS 965/96, de 30 de noviembre ; 846/97, de 13 de junio ; de 29 de diciembre de 2000 , núm. 2053/2000; y de 20-1-2003 , núm. 2192/2002 ).

B) En segundo lugar, invoca la defensa la concurrencia de la atenuante del artículo 21.2 en relación con el artículo 20.2 , de consumo de bebidas alcohólicas. Pero lo cierto es que en el acto del juicio no se ha practicado ninguna actividad probatoria acreditativa de esta circunstancia, nadie, ni el propio procesado, manifestó que se encontrara bajo los efectos del alcohol cuando ocurrieron los hechos.

Es cierto que en su declaración ante el Juzgado de Instrucción manifestó que "estaba tomado aunque no sabe cuántas copas había bebido", pero, por el contrario, en su declaración ante la policía manifestó: "Preguntado para que diga si era consciente de lo que hizo, dice que sí... que actuó de esa manera al ser agredido por tres personas".

La alegación de la citada circunstancia debe resolverse atendiendo a dos consideraciones fundamentales: a) que la base fáctica de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, al igual que las relativas a las eximentes, tiene que estar tan acreditada como los elementos objetivos de los tipos penales; b) que lo decisivo en la valoración jurídica de aquel consumo es el efecto que el mismo produzca sobre las facultades intelectuales y volitivas del inculpado, no en general, sino en el momento de realizar sus actos delictivos.

Con relación a la embriaguez, conlleva situaciones diferentes en el ámbito penal que es necesario distinguir y analizar:

Así la STS. 19.6.2000 , con cita de la de 7.10.98 , recuerda:

a) cuando la embriaguez es plena y fortuita se está ante una eximente completa por trastorno mental transitorio (art. 20.1 CP ). Eximente ampliamente abordada por la jurisprudencia que la considera como reacción anormal



tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto que le priva de toda capacidad de raciocinio eliminando y anulando su capacidad compresiva y volitiva, en expresión de la S. 15.4.98 "fulminación de conciencia tan intensa y profunda que impide al agente conocer el alcance antijurídico de su conducta despojándole del libre arbitrio que debe presidir cualquier proceder humano responsable".

b) cuando la embriaguez es fortuita pero no plena se puede llegar a la eximente incompleta si las facultades intelectivas y volitivas se encuentra seriamente disminuidas cuando la ejecución de los hechos (art. 21.1 CP).

c) no siendo habitual ni provocada con el propósito de delinquir, que determine o influya en la realización del hecho delictivo, se estará ante una atenuante del art. 21.2 CP, incluso como muy cualificada si sus efectos han sido especialmente intensos; y

d) cuando la disminución de la voluntad y de la capacidad de entender ha sido leve, cualesquiera que sean las circunstancias alcohólicas que las motivan, únicamente puede ser apreciada la atenuante analógica, art. 21.6 CP.

No basta el consumo de bebidas alcohólicas para que se entienda siempre disminuida la imputabilidad y la responsabilidad penal del sujeto, pues en cualquier caso, en el actual sistema del Código Penal se trata de circunstancias que afectan a las capacidades del sujeto, no es suficiente con determinar la causa que las origina, sino que es preciso además especificar los efectos producidos en el caso concreto. En particular, cuando se trata de la ingesta de bebidas alcohólicas, es necesario determinar de alguna forma los líquidos ingeridos, o al menos la existencia del consumo junto con datos que permitan su valoración, y además precisar suficientemente los efectos que ha causado en la capacidad del sujeto para entender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión, debiendo tenerse presente que, como tiene reiterado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la carga de la prueba obliga a cada parte a probar aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el onus de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impositivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impositivos que es insuficiente invocar, sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado, y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de exención de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas, ya que la prueba de su existencia recae sobre el acusado, de acuerdo con los principios procesales «"onus probandi" incumbit qui decit non qui negat» y «firmati non neganti incumbit probatio, negativa non sinut probanda», STS de 18.11.87 y de 29.2.88, en las que se afirma que la presunción de inocencia no puede recaer sobre algo en principio anormal, cual es una circunstancia de imputabilidad, siendo igualmente doctrina jurisprudencial la de que las circunstancias modificativas han de surgir de la declaración de hechos probados y han de tener tan notoria claridad y evidencia como el hecho mismo, sin que puedan fundarse en conjeturas y presunciones (SSTS. 12.4.95, 23.10.96).

Por ello, cuando se trata de circunstancias eximentes o atenuantes la regla de juicio, halla su presupuesto en el principio general que late en nuestro Código Penal al estructurar las causas de imputabilidad de forma negativa, de modo que debemos siempre entender que una persona disfruta de las facultades mínimas de comprender y querer, salvo que se pruebe lo contrario, esto es, las causas de exención o restricción de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad deben hallarse tan acreditadas como el hecho principal mismo sobre el que inciden.

La carga de la prueba en nuestro caso, en el que se postula la estimación de la mencionada atenuante, compete a la defensa que la alega, que no ha probado la base fáctica que propiciaría su acogimiento.

En el caso que nos ocupa, no ha resultado acreditado que el procesado, en el momento de la comisión de los hechos, actuara bajo los efectos de una ingesta de bebidas alcohólicas, que le hubiere determinado una merma notable de su capacidad de entender la significación antijurídica de su comportamiento o de obrar conforme a ese entendimiento, con la menor antijuricidad o culpabilidad del mismo, que le hubieren hecho merecedor de un trato más benévolo, y con la consiguiente repercusión en el ámbito de la culpabilidad pretendido por la defensa. Si acudimos a las manifestaciones de los testigos en el acto del juicio sobre el comportamiento del acusado, como hemos dicho anteriormente, nadie manifestó que estuviera embriagado, por el contrario, los agentes de la Policía Nacional nº NUM004 y NUM005, manifestaron que cuando procedieron a su detención "estaba tranquilo".

Por lo que el motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- En cuanto a las penas a imponer, el artículo 139 del Código Penal establece la pena de prisión de quince a veinte años, y a tenor de lo establecido en el artículo 62 del Código Penal, se debe bajar la pena del



tipo básico en un grado, al tratarse de una tentativa acabada, por lo que resulta adecuada la imposición de 10 años de prisión, atendiendo al peligro inherente al intento, y al grado de ejecución alcanzado, teniendo en cuenta que las lesiones causadas por el apuñalamiento eran mortales, al haber afectado a las dos venas más importante del cuello, y que la víctima logró salvar la vida gracias a la rápida intervención quirúrgica, como ha quedado expuesto anteriormente.

Y aunque el Ministerio Fiscal solicitó la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 del Código Penal , al haberse impuesto una pena de prisión de 10 años, la inhabilitación ha de ser la absoluta, por lo que por imperativo del principio de legalidad habrá de ser impuesta ésta y no aquélla.

Y conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal procede acordar la expulsión, al cumplir la condena o acceder al tercer grado penitenciario, conforme a lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal .

SÉPTIMO.- Según los arts. 109 y siguientes del Código Penal , los criminalmente responsables de un delito o falta lo son también civilmente de los daños y perjuicios producidos.

Por este concepto el Ministerio Fiscal solicita una cifra alzada de 12.000 euros. Cantidad que consideramos adecuada, pues la aplicación del baremo de tráfico, aceptado por la jurisprudencia como criterio orientativo en los delitos dolosos, no arrojaría una cantidad inferior, teniendo en cuenta que habría de ser incrementada con el plus de aflicción que corresponde a las lesiones dolosas frente a las causadas por imprudencia.

OCTAVO.- Las costas procesales causadas han de ser impuestas a los criminalmente responsables de un delito o falta, por imperativo del artículo 123 del Código Penal .

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Condenamos a Narciso como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa, ya circunstanciado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 años de prisión, y accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Imponiéndole el pago de las costas procesales causadas.

En concepto de responsabilidades civiles indemnizará a Juan Pedro en 12.000 euros, por las lesiones y secuelas, cantidad ésta que será incrementada con los intereses legales establecidos en la L.E.Civil.

Declaramos de abono para el cumplimiento de la pena de prisión el tiempo de privación de libertad sufrido por esta causa.

Acordamos la expulsión, una vez que Narciso cumpla la condena o acceda al tercer grado penitenciario.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la ley, significándoles que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación, que deberá prepararse en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación.

Así por esta sentencia, juzgando definitivamente en única instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido publicada en el día de su fecha. Doy fe.