

Roj: **STS 2039/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:2039**Id Cendoj: **28079120012011100220**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/04/2011**Nº de Recurso: **1494/2010**Nº de Resolución: **246/2011**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril de dos mil once.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **la Acusación Particular en representación de Desiderio, y el acusado Evelio** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, que condenó al acusados de como autores penalmente responsable de un delito lesiones; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y como parte recurrida Horacio y Lázaro representados por los Procuradores Sres. Nuevo Cabezuelo y Vila Rodríguez y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Vila Rodríguez y Reynolds Martinez respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Badalona, instruyó sumario con el número 8 de 2007, contra la Acusación Particular en representación de Desiderio, y el acusado Evelio y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección 21ª, con fecha 15 de abril de 2.010, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: ÚNICO.- Valorada en conciencia la prueba practicada en autos, resulta probado y así se declara que el procesado, Evelio, mayor de edad, con DM1 NUM000, sin antecedentes penales, el día 2 de octubre de 2007 sobre las 22 horas, hallándose en la plaza San Jaime de la localidad de Moritgat, con intención de menoscabar la integridad física, golpeó con un palo o una barra de hierro de unos treinta centímetros a Desiderio lo que le produjo una fractura hundimiento a nivel frontal izquierdo con contusiones hemorrágicas parenquimatosas bajo el foco de fx que precisó de tratamiento médico y quirúrgico consistente en ingreso hospitalario, intervención quirúrgica urgente esquirlectomía frontal izquierda y reparación de la duramadre, que precisó 9 días de ingreso hospitalario y tardó en curar 40 días en los que estuvo incapacitado para desarrollar su ocupación habitual y 71 días en los que no estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas una pérdida de sustancia ósea que requiera craneoplástica y un perjuicio estético ligero. El perjudicado reclama.

No ha resultado acreditada, la participación en los hechos de Horacio y de Lázaro.

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

FALLO: Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Horacio, Lázaro Y Evelio del delito de homicidio en grado de tentativa y del delito de asesinato en grado de tentativa del que venían siendo acusados y DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Evelio en concepto de autor de un delito lesiones ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena impuesta, Así como prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 1000 metros al domicilio



lugar de trabajo o cualquier otro lugar donde se encuentre Desiderio y prohibición de comunicarse con el mismo por cualquier medio por un tiempo superior a 2 años al de duración de la pena de prisión que se impone así como al pago de una tercera parte de las costas incluidas las de la acusación particular declarando la restante dos terceras partes de oficio.

Por vía de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a Desiderio en la cantidad de VEINTISEIS MIL DOS CIENTOS DOCE EUROS (26.212.- euros) por las lesiones y secuelas físicas, con los intereses legales del artículo 576 de la LEC .

Abónese al acusado Evelio el tiempo que por esta causa se han encontrado privado de libertad, siempre que no se le hubiera computado en otra.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por la Acusación Particular en representación de Desiderio , y el acusado Evelio que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

RECURSO INTERPUESTO POR Evelio

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECrim., por infracción del art. 24 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. por infracción de los arts. 147 y 148.1 CP.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción del art. 22.1 CP.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de los arts. 116, 123 y 124 CP.

SEXTO.- Al amparo del art. 851.3 LECrim.

SEPTIMO.- Al amparo del art. 851.1 LECrim. (contradicción hechos probados).

OCTAVO.- Al amparo del art. 852 LECrim. por infracción del art. 24 CE.

RECURSO INTERPUESTO POR Desiderio

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por infracción de los arts. 24 y 120.3 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por inaplicación indebida del art. 139.1 CP.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción del art. 28 CP.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim.

QUINTO.- Al amparo del art. 851.1 LECrim.

Quinto.- Instruidos el Ministerio Fiscal y los recurrentes de los recursos interpuestos, el Fiscal ha apoyado parcialmente la adaptación que del recurso ha realizado el recurrente al evacuar el traslado prevenido en la Disposición Transitoria Tercera letra c) de la LO. 5/2010 de reforma del Código Penal; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día treinta de marzo de dos mil once.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Evelio

PRIMERO: El motivo primero por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 y 5.4 LOPJ , en relación ambos con el art. 24.1 CE . por violación derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Considera el motivo que se ha producido vulneración del principio acusatorio porque la circunstancia de agravación aplicada (1ª del art. 22 CP.), no fue contemplada en los escritos de acusaciones por no haber existido petición expresa y "nominatim".

El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de lesiones concurriendo la agravante de alevosía, sin haber sido acusado de dicha agravante, por ninguna de las partes strictu sensu, ya que la acusación particular



no la alegó como la genérica del art. 22.1 CP, sino como la cualificadora del asesinato, art. 139.1º, por lo que no pudiendo considerarse la imputación de asesinato intentado, el juzgador a quo no pudo apreciar la concurrencia de una agravante genérica no alegada por las acusaciones en sus conclusiones definitivas.

Por otra parte, el art. 148 CP. ya prevé la alevosía como parte de las lesiones agravadas, por lo que estaría condenando al recurrente dos veces por el mismo hecho, como parte integrante del tipo y como agravante.

El principio acusatorio, tal como la jurisprudencia ha precisado (SSTS. 609/2002 de 10.10, 368/2007 de 9.5 y 279/2007 de 11.4, exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97). El T. S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que " el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse "(S.T.S. 7/12/96); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (S.T.S. 15/7/91). "los hechos básicos de la acusación constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa "(SS. T.S. 8/2/93, 5/2/94 Y 14/2/95). En suma, como se precisa en s. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado".

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal con una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto -s. 44/83 de 24 de mayo - Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan - SS 14/86 de 12 noviembre, 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero - y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- s. 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86, 21/4/87 Y 3/3/89, teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuando han precluído sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias S.S.9/9/87,8/5/89,25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y 1325/2001 de 5 julio, entre otras.

La STS. 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar: " Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, SS. 15/3/97 y 12/4/99, entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser *completo* (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y *específico* (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) *pero no exhaustivo*, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos



fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad (s. T.S. 4/3/99).

La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o sustancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particularidades del caso enjuiciado.

Asimismo, sin variar los hechos que han sido objeto de acusación es posible -respetando el principio acusatorio- condenar por delito distinto, siempre que sea homogéneo con el imputado.

En relación con qué ha de entenderse por delito "homogéneo", es necesario descartar concepciones formales, que acuden a la colocación sistemática de los tipos en la ordenación por títulos, capítulos o secciones de los textos legislativos, pues dicha sistemática no resulta especialmente relevante a efectos del derecho de defensa.

Como señala la sentencia nº 1580/1997, de 19 de diciembre " *El hecho de que dos figuras punitivas se incluyan en títulos distintos y con referencias a bienes jurídicos diferentes, no quiere decir que carezcan de homogeneidad. Existe una homogeneidad sistemática, que se deriva de la colocación del tipo delictivo dentro de la estructura del Código Penal y una homogeneidad estructural que se desprende de la propia naturaleza de las diversas modalidades típicas. Muchas veces la ubicación sistemática, ha sido objeto de críticas doctrinales y jurisprudenciales que han llamado la atención sobre la incorrecta clasificación de algunos tipos penales.... El punto crítico que haría rechazable la homogenización de los tipos, sería la causación de una evidente e inequívoca indefensión en el acusado. Para que pueda hablarse de una efectiva indefensión, en un supuesto de planteamiento alternativo de tesis jurídicas distintas, es necesario que los delitos sean opuestos en función de su naturaleza, sujetos intervinientes y modalidades típicas. Ahora bien, cuando los delitos alternativos tienen puntos de contacto evidentes y presentan una estructura análoga en cuanto a la morfología de la acción, no cabe duda que el acusado no se ve inesperadamente sorprendido, sino que, en todo momento, pudo ordenar su defensa sin sobresaltos en aras de conseguir la más efectiva tutela de sus derechos a conocer la acusación y a poder defenderse con garantías*".

Señala, asimismo la Sentencia de esta Sala nº 62/1998, de 23 de Enero de 1998, que " *por lo que se refiere a la homogeneidad del título de imputación, ha de señalarse que el análisis de los supuestos en que la condena por un tipo delictivo distinto supone una infracción relevante del principio acusatorio no puede efectuarse en abstracto ni en términos genéricos o formales, que prescindan de la realidad del supuesto concreto que se enjuicia, sino que lo esencial es determinar si la modificación jurídica entre la calificación objeto de acusación y la más benévola objeto de condena ha podido determinar, de algún modo, indefensión a los acusados*".

En los supuestos de delitos similares que únicamente se diferencian por la concurrencia de un ánimo o elemento subjetivo diferente, " *Lo relevante a efectos de indefensión es determinar si acerca de la concurrencia del referido ánimo específico se produjo el adecuado debate en el juicio que posibilitase la defensa de los acusados en relación con este elemento subjetivo del tipo*".

Por su parte el Tribunal Constitucional, en la interesante sentencia nº 225/97, de 15 de diciembre, recogiendo criterios ya expresados en las S.S.T.C. 12/81, 204/86, 10/88, 11/92 o 95/95, señala que " *So pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos" y los califica de modo distinto a como venían siéndolo (S.T.C. 204/86 , recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso" (S.T.C. 10/88*



). En este sentido, "el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación" que en la acusación se verifique (S.T.C. 11/92).

A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: a la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito posibilita también per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. En palabras del A.T.C. 244/95 son delitos o faltas "generalmente homogéneos" los que "constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse". Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia. En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación "requiere el cumplimiento de dos condiciones; una es la identidad del hecho punible, de forma que "el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación". La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión " sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo".

Como puede observarse el Tribunal Constitucional, en paralelo con los criterios seguidos por esta Sala, no utiliza para la determinación de la homogeneidad delictiva a estos efectos, criterios formales, ni sistemáticos ni sujetos al campo propio de la dogmática técnico-penal, sino que esencialmente utiliza el criterio de proscripción de la indefensión: **lo relevante es que el hecho que configure los tipos sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos, fácticos y normativos, que integran el tipo delictivo objeto de condena.**

SEGUNDO: Aplicando dichos criterios al caso actual resulta evidente que no cabe apreciar vulneración alguna del principio acusatorio en supuestos como el ahora enjuiciado. La acusación se formula por unos hechos que describen una determinada conducta agresiva, con un medio empleado, con resultado lesivo y puesta en peligro de la vida de la misma. Tal conducta fue calificada por la acusación particular como asesinato en grado de tentativa del art. 139.1 (alevosía).

El tribunal sentenciador, sin modificar sustancialmente los hechos, condena por delito de lesiones, calificado en función de su resultado y unos medios comisivos contenidos en el escrito de acusación, art. 148.1 CP, con la agravante de alevosía, art. 22.1 CP, sencillamente por no estimar acreditado la concurrencia de "animus necandi".

Nos encontramos ante una condena por delito menos grave, sobre la base de unos hechos sustancialmente iguales y por delito que, a estos efectos, cabe calificar de homogéneo, en cuanto se encuentra en la misma línea de tutela de valores jurídicos homogéneos (la vida y la integridad física) y en el delito objeto de la acusación se contienen todos los elementos del delito que es objeto de condena. La alevosía cualificadora del asesinato, art. 139.1, no presenta diferencia alguna con la agravante genérica del art. 22.1 por lo que de todos ellos ha podido defenderse el acusado, diferenciándose únicamente la calificación jurídica en un elemento subjetivo.

En este sentido las SSTS. 783/2010 de 15.9, 1148/2006 de 22.11, 1089/99 de 1.7, han sentado que tentativa de asesinato y lesiones con resultado de deformidad, arts. 139.1 y 150 CP, se encuentran en una misma línea de homogeneidad y no determina el cambio de calificación una incongruencia intolerable, siempre que los hechos sean en todas sus dimensiones - salvo en el mero aspecto del -animus- sustancialmente idéntico.

Así ocurre en el presente caso, sin rastros de la proscriba indefensión; pues idéntica es la parte objetiva de la acción y del resultado, dentro de la misma línea de tutela de los delitos contra las personas situadas las lesiones del art. 148.1 en un escalón inmediatamente inferior al del asesinato intentado, mediando la alevosía, como circunstancia constitutiva o como agravante.

Lógicamente -dice la STS. 1348/2009 de 30.12 - la especificidad del art. 148 C.P. hará que la circunstancia agravatoria estimada (alevosía), al resultar inoperante por la concurrencia del subtipo del nº 1º (empleo de medios peligrosos) deba funcionar, por mor de la asignación de toda la eficacia punitiva que el legislador prevé en el Código, como agravante genérica. Ninguna mención aparece en el mismo, que, ante la estructura de un tipo cualificado mixto alternativo se niegue a las circunstancias que resulten anodinas o innecesarias para alumbrar dicho subtipo, la posibilidad de actuar como genéricas, si realmente se hallan simultáneamente previstas en el art. 22 del C.Penal.

Por ello no se puede compartir la tesis de que la alevosía se haya subsumido en el subtipo agravado de lesiones del art. 148.1 CP.

En efecto, como se dice en la STS. 789/2000 de 5.5, La esencia del art. 148.1º y el fundamento de la agravación de la pena que previene el precepto radica en el resultado lesivo causado en la integridad de la víctima o en el riesgo producido según los instrumentos, armas, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado.

Ejecutar la agresión de manera alevosa no se encuentra necesariamente descrito en el tipo, pues es claro que el resultado lesivo ocasionado puede producirse realizando el ataque con alevosía, pero también sin que esta circunstancia concorra, como también es perfectamente posible efectuar la agresión alevosamente sin que sea de aplicación el subtipo agravado ante la ausencia de un resultado o riesgo especialmente grave para la víctima (SSTS. 155/2005 de 15.2, 1348/2009 de 30.12, 728/2010 de 22.7).

TERCERO: El motivo segundo por infracción de Ley, de conformidad con el art. 849.1 LECrim. por inaplicación del art. 147.1 CP . aplicación indebida del art. 148.1 CP .

La sentencia subsume los hechos en el primer apartado del art. 148 en base al arma empleada y la localización de las lesiones, el motivo considera que un palo, sea de hierro o de madera, en principio no puede ser considerado como peligroso, y en cuanto al peligro para la vida, la propia sentencia recoge que "el forense determinó que no había riesgo vital a pesar de la zona del golpe", por lo que no existe la peligrosidad a la que se hacía referencia.

La agravación recogida en el art. 148.1, es aplicable cuando además de la lesión causada se ha creado un peligro complementario para el bien jurídico protegido, o incluso, para la misma vida del lesionado, por las "armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas utilizados, obedece, por tanto, al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana de dicho método o forma de agredir (STS. 1203/2005 de 19.10).

Es decir, hace referencia, como tiene declarado esta Sala, en STS. 155/2005 de 15.2, el peligro de la producción de un resultado mayor a consecuencia de la utilización de un instrumento que se considera idóneo para haberlo producido.

En cuanto a la peligrosidad del elemento utilizado para realizar la agresión viene determinada por una doble valoración: una situación de carácter objetivo que se deriva de la naturaleza, forma y composición del instrumento de que se vale el agresor, y un componente subjetivo que se constituye a partir de la intensidad y dirección dada a los golpes propinados a la víctima. (SSTS. 13.10.2003, 27.3.2003, 12.11.2001).

En el caso de autos los hechos que la sentencia declara probados acreditan la concurrencia de ambos elementos. Sobre la peligrosidad objetiva de "un palo o una barra de hierro de unos 30 cms.", poco cabe argumentar al tratarse de un instrumento cuya relevancia lesiva viene reconocida por esta Sala, dada su aptitud para causar las lesiones que aquí se produjeron (SSTS. 86/2001 de 31.1, 2162/2003 de 16.12, 364/2003 de 13.3, 375/2006 de 3.3; "*f ractura hundimiento a nivel frontal izquierdo con contusiones hemorrágicas parenquimatosas... que precisó de tratamiento médico y quirúrgico consistente en ingreso hospitalario, intervención quirúrgica urgente, esquirectomía frontal izquierda y reparación de la duramadre, que precisó 9 días de ingreso hospitalario y tardó en curar 40 días en los que estuvo incapacitado para desarrollar su ocupación habitual y 71 días en los que no estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas una pérdida de sustancia ósea que requiera craneoplástica y un perjuicio estético ligero*". Resultado suficientemente expresivo del potencial peligroso del objeto utilizado.

Por lo demás, el componente subjetivo deviene asimismo indubitado a tenor del golpe asestado con dicho objeto en zona vulnerable como es la cabeza y la acusación de las graves lesiones antes descritas.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

CUARTO: El motivo tercero por infracción de Ley art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de la circunstancia agravante de alevosía del art. 22.1 CP .

Se señala en el motivo que aunque la sentencia recoja que el ataque a la víctima fue sorpresivo, al salir del Bar, lo que impidió que ésta realizase acto alguno de carácter defensivo, igualmente recoge en la valoración de la prueba que el acusado reconoció que se hallaba a dos o tres metros del Bar y por su parte la víctima manifestó que cuando salió del Bar, vio a Evelio , por lo que el ataque no puede ser calificado de sorpresivo, al haber un espacio y tiempo que impide hablar de ataque sorpresa, máxime cuando el propio Sr. Desiderio , en su declaración sumarial manifestó que el recurrente Evelio intentó pegarle con un hierro y al esquivarlo fue el coacusado absuelto Horacio quien le golpeó, con lo que tuvo tiempo de reaccionar y de hecho, el propio acto de esquivar ya puede ser entendido como un acto de defensa.



El contenido y desarrollo del motivo hace necesario recordar como esta Sala (SSTS. 1145/2006 de 23.11), viene aplicando el concepto de alevosía a todos aquellos supuestos 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 circunstancia constitutiva 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. En cuanto a su naturaleza aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo, resaltando en sentencia 24.1.92, un plus de antijuricidad y culpabilidad y reconociendo y afirmando en sentencia 30.6.93 que si bien en las últimas décadas, como se recogió en sentencia 19.1.91, era suficiente para la apreciación de la circunstancia con que la conducta fue objetivamente alevosa, lo cual entrañaba el plus de antijuricidad consistente en la utilización de medios, modos o formas de ejecución tendente a lograrla sin riesgo para el infractor procedente de la defensa del ofendido, pasó después la doctrina de esta Sala, a una etapa de transición en que, sin desconocer la naturaleza objetiva de la alevosía, se destacan y precisan en ellas aspectos subjetivos, principalmente para evitar su confusión con la circunstancia de premeditación.

Por ello, este Tribunal exige el plus de culpabilidad, precisando una previa escogitación o selección de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuente a lo proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad (STS. 9.3.93), denotando "de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal (STS. 2.10.95), de modo que: "al lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad" (STS 16.10.96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28.12.2000 con cita de la SSTS. 11.5.94, 21.2.95, 9.6.98). En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTS. 155/2005 de 15.2, 375/2005 de 22.3):

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001 de 13.2).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

- a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.
- b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresa", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma



imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un animo particularmente ruin, 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).

De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS. 19.10.2001.

En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

Es cierto que hay una doctrina reiterada de esta Sala que considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito (SSTS. 12.5.93, 10.6.94, 24.7.2000), pero tal doctrina, dice la STS. 24.4.2000, tiene una doble matización:

1ª. Que no exista un cambio cualitativo importante, pues puede haber alevosía cuando, por ejemplo, en una riña meramente verbal, de repente uno de los contendientes saca un arma de forma inesperada para matar o lesionar.

2ª. Que no haya cesado el incidente anterior, pues cuando éste se ha dado por terminado y después hay una agresión súbita puede concurrir esta agravante.

Por ello es compatible la alevosía con una discusión previa, cuando uno de los contendientes no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal y se deslice hacia una agresión desproporcionada que coja de sorpresa al acometido (SSTS. 892/2007 de 29.10, 912/2009 de 23.9).

En el caso presente en el relato fáctico se recoge como el recurrente " *el día 2 de octubre de 2007 sobre las 22 horas, hallándose en la plaza San Jaime de la localidad de Moritgat, con intención de menoscabar la integridad física, golpeó con un palo o una barra de hierro de unos treinta centímetros a Desiderio lo que le produjo una fractura hundimiento a nivel frontal izquierdo ...*" y es solo en el fundamento jurídico cuarto cuando afirma el ataque sorpresivo de la víctima al salir del Bar, por las declaraciones de la víctima quien en todo momento declaró haber sido golpeado de sorpresa con el bate de beisbol al salir del Bar, de forma inmediata, sin mediar palabra y sin la existencia de discusión previa, lo que impidió que la víctima realizase acto alguno de carácter defensivo.

La posibilidad de complementación de esta forma, el relato fáctico en la fundamentación jurídica deviene inaceptable:

La cuestión relativa a si los hechos que el Tribunal declara probados deben aparecer descritos en su integridad en el apartado fáctico de la sentencia ha sido resuelta tradicionalmente por la jurisprudencia con un criterio flexible que permite valorar como hechos probados las afirmaciones fácticas efectuadas con claridad y precisión en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia.

Sin embargo, no puede ignorarse que esta forma de proceder tiene sus defectos e inconvenientes. De un lado porque no es la forma correcta de redactar las sentencias. De otro, porque introduce complicaciones innecesarias para la impugnación al obligar al recurrente a buscar en todo el texto de la sentencia aquello que podría ser considerado como un hecho probado. Y por ultimo, porque asimismo implica una cierta dosis de inseguridad, pues tampoco es del todo claro el criterio que después, ya en la resolución del recurso, va a ser utilizado para distinguir lo que es un hecho de lo que constituya en realidad una mera argumentación.

Posturas que se han mantenido son las tres siguientes.

A) En primer lugar, la tradicional, ya apuntada, que entiende que los hechos probados que aparecen en el apartado correspondiente pueden ser completados con las afirmaciones fácticas que aparezcan en la fundamentación (SSTS. 1.7.92, 24.12.94, 21.12.95, 15.2.96, 12.12.96, 987/98 de 20.7, 1453/98 de 17.11, 1899/2002 de 15.11, 990/2004 de 15.4) con la consecuencia que la impugnación de tales declaraciones como



error de Derecho solamente resulta posible bien por la vía del art. 849.2 LECrim., bien por la del art. 24 CE. en relación con el art. 5.4 LOPJ.

B) En segundo lugar, la que niega que pueda considerarse hecho probado todo aquello que formalmente se encuentre fuera del apartado fáctico de la sentencia.

Postura mantenida en las SSTs. 788/98 de 9.6 y 769/2003 de 31.5, que consideran que la técnica de complementación del hecho, no sólo produce indefensión, sino que es contraria a la legalidad al contradecir en sus propios términos el tenor literal y estricto del relato fáctico en el que, por exigencias de sistemática y de tutela judicial efectiva se tienen que concentrar todo el bagaje y sustento fáctico de la calificación jurídica.

Por ello si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos, -fácticos y jurídicos-, que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado. Por ello sería conveniente, como ya se hace por algunos órganos jurisdiccionales, introducir un apartado dedicado a la motivación de los hechos probados. Ello permitiría concentrar los aspectos jurídicos que se utilizan para la fundamentación del fallo o parte dispositiva en el apartado correspondiente, sin contaminaciones fácticas que pretendan, nada menos que incorporarse al hecho probado para suplir, en mala parte, las omisiones en que hayan podido incurrir sus redactores.

C) Y en tercer lugar, una postura intermedia, que si bien parte de esta última afirmación, admite que un determinado hecho probado pueda ser complementado o explicado en afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación, siempre que sus aspectos esenciales en relación con la descripción típica, aparezca en el apartado fáctico.

Postura recogida en SSTs. 945/2004 de 23.7, 1369/2003 de 23.7, 302/2003 de 27.2, 209/2003 de 12.2, 1905/2002 de 19.11, que admiten que en ocasiones, aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones que complementan el hecho probado, pero también ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena (STS. 22.10.2003), de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. De acuerdo con estas consideraciones, nunca será posible que en una sentencia se contengan sus hechos en el espacio destinado al relato fáctico y otros diferentes o incluso contradictorios en la fundamentación jurídica, pues en estos casos, no resulta posible saber cuáles son los hechos completos que en definitiva, ha estimado el tribunal que daban probados, lo que impide consiguientemente el control, la interpretación y aplicación de las normas sustantivas procedentes (STS. 23.7.2004).

En definitiva esta Sala viene manteniendo que los elementos del tipo objetivo del delito incluidos los relativos a las circunstancias agravantes, deben constar en todo caso en el apartado de hechos probados de la sentencia, sin que sea posible complementarlos, en perjuicio del acusado, con el contenido de la fundamentación jurídica.

En este sentido las SSTs. 598/2006 de 1.6, 139/2009 de 24.2, recuerdan que la jurisprudencia de esta Sala ha convalidado, en ocasiones, referencias fácticas contenidas en la fundamentación de la sentencia, pero lo ha hecho, en ocasiones para acordar la absolución y, en otras, cuando en la fundamentación de la sentencia se complementan aspectos fácticos ya expresados en el hecho probado, a manera de desarrollo de los hechos probados, pero no ha admitido esa anómala redacción cuando los elementos fácticos necesarios para la subsunción no aparecen en el hecho probado.

Situación que sería la presente en la que en el factum solo se señala el golpe y las consecuencias lesivas producidas, sin referencia alguna al momento temporal y lugar y forma de la agresión, lo que impide la estimación de la agravante, máxime si la Sala para su concurrencia valora fundamentalmente la declaración de la víctima; olvidando que ésta manifestó que al salir del Bar vio a Evelio y a otro acusado Horacio, siendo éste quien le dió el golpe y que Evelio hizo además de darle, declaración que a la propia Sala no le mereció credibilidad.

El motivo por lo expuesto debe ser estimado.

QUINTO: El motivo cuarto por infracción de Ley de conformidad con lo prescrito en el art. 849.2 LECrim. por existir error en la apreciación de la prueba.

Señala como acreditativo del error las declaraciones de los coacusados absueltos Horacio y Lázaro que acreditan la existencia de una discusión previa y una serie de amenazas por parte de la víctima, y del testigo Sr. Apolonio que si bien vio salir a la víctima e inmediatamente oyó el golpe, sin que oyera ni insultar ni amenazar



a nadie, ello no significa que no hubiera dichas amenazas, dado que el Sr. Desiderio era una persona singular que había tenido problemas con el vecindario, lo que fue corroborado por el testigo Dionisio .

El motivo se desestima.

El error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que con la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, y siempre que tal error sobre un extremo fáctico una grave y con relevancia causal respecto del fallo y queda evidenciado en algún documento o documentos genuinos, obrantes en autos y no contradichos por otras pruebas a la causa (SSTS. 728/2001 de 3.5, 1662/2003 de 5.12).

Ahora bien No son documentos, aunque se hallan documentados en la causa bajo la fe pública judicial las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado ni de los testigos, ya que no son documentos ni las declaraciones del acusado ni las de los testigos ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia, SSTS. 26.3.2001 y 3.12.2001). No de otra forma decíamos en la STS. 55/2005 de 15.2 ""ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LECrim. En realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el art. 741 LECrim. Y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio. Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001. y 22.5.2003).

Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004, con cita de las SS. 15.3.91, 12.11.92, 1.4.96, señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS. 1866/2000 de 5.12, que precisa que "incurre la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, - y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial - a quien compete valorar con inmediación la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 LECrim), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediación que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 y 219/96 de 1.4 entre otras).

SEXTO: El motivo quinto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación de los arts. 116, 123 y 124 CP . al haberse condenado al pago de las costas de la acusación particular, por cuanto su actuación y pretensiones han sido heterogéneas con las recogidas en la sentencia, pues imputaba al recurrente Evelio y a los acusados Lázaro y Horacio de un delito de asesinato en grado de tentativa, habiendo sido finalmente condenado el recurrente y por un delito de lesiones.

El motivo deviene improsperable.

Es doctrina de esta Sala (SSTS. 135/2011 de 15.3, 833/2009 de 28.7, 335/2006 de 24.3, 1510/2009 de 21.11), que las costas del acusador particular han de incluirse entre las impuestas al condenado, salvo que las pretensiones de aquél fueran manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación a las deducidas por el Ministerio Fiscal o a las recogidas en sentencia, relegándose a un segundo plano el antiguo criterio de la relevancia.

En el mismo sentido la STS. 430/99 de 23.3 destaca que "el art. 124 CP. que impone la obligatoriedad de la inclusión de los honorarios de la acusación particular en los delitos solamente perseguibles a instancia de parte, no se pronuncia en lo que se refiere a los demás hechos delictivos, dejando subsistentes los criterios jurisprudenciales en esta materia. Conforme a éstos (SSTS. 27 de noviembre de 1992, 27 de diciembre de



1993, 26 de septiembre de 1994, 8 de febrero, 27 de marzo, 3 y 25 de abril de 1995, 16 de marzo y 7 de diciembre de 1996), la exclusión de las costas de la representación de la parte perjudicada por el delito, (que constituyen perjuicios para la víctima, derivados directamente de la voluntaria ejecución del delito por el condenado), únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua, o bien gravemente perturbadora por mantener posiciones absolutamente heterogéneas con las de la acusación pública y con las aceptadas en la sentencia o pretensiones manifiestamente inviables.

Pese a la confusa regulación de las costas en el proceso penal, tanto la doctrina procesal cita actual como la jurisprudencia coinciden en destacar su naturaleza procesal, cuyo fundamento no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, la privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado, bien el condenado absuelto en caso de acusaciones infundadas o temerarias (art. 240.3 de la L.E.Criminal). Como señala expresamente la sentencia de 21 de febrero de 1995 que "la condena en costas no se concibe ya como sanción sino como resarcimiento de gastos procesales".

La inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicado por el delito, que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E) y a la asistencia letrada (art. 24.2 C.E), constituye, en consecuencia, la aplicación última al proceso penal del principio de la causalidad, como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

Junto a esta dimensión constitucional de las costas, como resarcimiento de los gastos procesales originados a los perjudicados por un comportamiento antijurídico, destacada por el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones, no ha de olvidarse que a través del proceso penal también se ejercitan acumuladamente acciones civiles de reparación de daños, que no resulta congruente someter a criterios procesales antagónicos con los que rigen en el proceso civil. Constituiría un supuesto de diferenciación irrazonable, y por ende discriminatorio, que quien ejercite en el propio proceso penal sus acciones civiles para la reparación de un daño derivado de un ilícito penal sea obligado a soportar sus propios costes procesales pese a obtener el pleno reconocimiento de su derecho, mientras que si se reserva las mismas acciones para ejercitarlas separadamente a un proceso civil la norma procesal civil aplicable imponga las costas al condenado como responsable del daño, salvo supuestos excepcionales.

En definitiva la doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de las costas de la acusación particular, puede resumirse en los siguientes criterios:

- 1) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art. 124 C.Penal).
- 2) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil.
- 3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia.
- 4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado.

De modo que solo es exigible una motivación expresa en este punto cuando el juzgador encuentre razones para apartarse del criterio general que es precisamente el de la imposición al condenado de las costas de la acusación particular (SSTS. 689/2010 de 9.7, 203/2009 de 11.2, 750/2008 de 12.11, 223/2008 de 7.5).

En el caso presente la sentencia condena al acusado al pago de 1/3 de las costas judiciales -declarando de oficio las otras dos terceras partes por cuanto se absuelve a los otros dos acusados- e incluyendo las de la acusación particular "cuya actuación no ha sido heterogénea con la mantenida por el Ministerio Fiscal ni tampoco puede calificarse perturbadora para el desarrollo normal del proceso.

Pronunciamiento correcto por cuanto, tal como se ha razonado en el motivo primero, entre la calificación de la acusación particular -asesinato con alevosía en grado tentativa-, del Ministerio Fiscal -homicidio intentado- y la aceptada en sentencia, lesiones cualificadas del art. 148.1, con agravante alevosía -existe homogeneidad, diferenciándose solo en el elemento subjetivo pero siendo el mismo el resultado efectivo producido.

SEPTIMO: El motivo sexto por quebrantamiento de forma, de conformidad con lo establecido en los arts. 851.3 LECrim . por omisión de puntos alegados por la parte, en concreto las circunstancias atenuantes



previstas en el art. 21.3 y 4 CP , al haber obrado el Sr. Evelio por causas o estímulos tan poderosos que le produjeron un estado de arrebato y obcecación y al haber reconocido ante las autoridades la comisión del delito, apreciación de estas circunstancias que fue interesada por la defensa en su escrito de conclusiones elevado a definitivas.

Respecto a la incongruencia omisiva, como hemos dicho en las recientes sentencias de esta Sala 922/2010 de 28.10 y 721/2010 de 15.7, este vicio denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva" o también "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (STS. 170/2000 de 14.2). Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, cual es el ya mencionado previsto en el art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000 de 8.2). Por ello, no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2, 61/2008 de 17.7).

"Puntos", nos dice literalmente este art. 851.3º. "Puntos litigiosos", nos decía el art. 359 LECivil derogado por la nueva Ley 1/2000, que también habla de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trata esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, mientras que en la Sala Segunda del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas".

Expresiones varias con las que se trata de decir lo mismo: los extremos concretos que deban resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte. Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia. "Puntos" que, se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

En resumen, la jurisprudencia (SSTS. 23.3.96, 18.12.96, 29.9.99, 14.2.2000, 27.11.2000, 22.3.2001, 27.6.2003, 12.5.2004, 22.2.2006, 11.12.2006), viene exigiendo las siguientes condiciones para que pueda apreciarse este motivo:

1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC. 15.4.96).

b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC. 169/94, 91/95, 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundadores de la respuesta tácita, STC. 263/93; TS. 96 y 1.7.97 27.11.2000, 6.7.2001, 20.9.2001, 12.5.2004 y 607/2010 de 30.6 que precisa que esta Sala viene admitiendo la resolución tácita o implícita, cuando existe un específico pronunciamiento decisorio sobre cuestiones contrarias y absolutamente incompatibles con la omitida o excluyente de ésta.



Una corriente jurisprudencial más rigurosa en la aceptación de resoluciones tácitas a las cuestiones planteadas entiende que valen los pronunciamientos tácitos como contestación a las alegaciones pero como respuesta a las pretensiones solo valdrán cuando del conjunto de las argumentaciones contenidas en la sentencia pueda inferirse razonablemente no solo que el Órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STS. 1661/2000 de 27.11).

3) Que aún existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación, a través de otros pronunciamientos de fondo aducción en el recurso (SSTS. 24.11.2000, 18.2.2004).

En estos últimos casos, esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación" (STS. 1095/99 de 5.7 entre otras).

En el caso presente consta en el antecedente de hecho cuarto de la sentencia impugnada que en el trámite de conclusiones por la defensa de los acusados se entendió que, en relación a Evelio, los hechos eran constitutivos de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 147.1 CP. **con las circunstancias atenuantes del art. 21.3 y 4 CP**. con una pena de 6 meses de prisión; pero en el fundamento jurídico cuarto relativo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal solo analiza la concurrencia de las agravantes 22.1 (alevosía), y 22.2 (abuso superioridad) instadas por la acusación particular, omitiendo cualquier pronunciamiento directo o indirecto sobre la concurrencia de aquellas atenuantes nº 3 y 4 del art. 21., por lo que ha incurrido en el vicio in indicando denunciado, al haber quedado sin respuesta una pretensión jurídica que había formulado la defensa, de forma clara y concluyente.

Ahora bien como en el desarrollo del motivo la parte no pide que esta Sala dicte el pronunciamiento previsto en el art. 901 bis a) devolución de la causa al tribunal de que procede, para que reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancia y termine con arreglo a derecho, sino que esta Sala casacional admita la concurrencia de ambas circunstancias, esto es un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones omitidas, se considera procedente tal análisis de conformidad con la doctrina jurisprudencial antes expuesta tendente a satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas.

OCTAVO: Así respecto a la atenuante 21.3 CP. decíamos en las SSTS. 170/2011 de 24.3, 487/2008 de 17.7, 18/2006 "es jurisprudencia de esta Sala, por todas, STS. 19.12.2002, que son dos los elementos que configuran esta atenuante: causa y efecto: 1º. Ha de existir una causa o estímulo, que ha de ser importante de modo que permita explicar (no justificar) la reacción delictiva que se produjo. Ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción (STS 27.2.92). Ha de proceder del comportamiento precedente de tal víctima (STS 20.12.96). El motivo desencadenante no ha de ser repudiable desde el punto de vista socio-cultural (STS 14.3.94). 2º. Tal causa o estímulo ha de producir un efecto consistente en una alteración en el estado de ánimo del sujeto, de modo que quede disminuida su imputabilidad, no tanto que llegue a integrar un trastorno mental transitorio constitutivo de una eximente completa o incompleta, ni tan poco que no exceda de una mera reacción colérica o de acaloramiento o leve aturdimiento que suele acompañar a algunas figuras delictivas y ha de considerarse irrelevante (STS 2.4.90). Arrebato se dice cuando la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo, mientras que la obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo. En todo caso el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante (S. 14.4.92). El tercer término, el estado pasional de entidad semejante, añadido en 1983 probablemente para poder acoger el contenido de aquellas otras atenuantes de similar contenido que por aquella importante modificación legal quedaron derogadas (provocación o amenaza, vindicación próxima), extiende el ámbito de esta atenuante por voluntad del legislador, pero quizá de modo superfluo ante la amplitud de los otros elementos alternativos".

En la STS nº 1147/2005, se señalaba que "su esencia, como se recuerda en la STS núm. 582/1996, de 24 de septiembre, radica en una sensible alteración de la personalidad del sujeto cuya reacción de tipo temperamental ante estímulos externos incide sobre su inteligencia y voluntad, mermándolas en relación de causa a efecto y en conexión temporal razonable, presentándose como una respuesta que puede ser entendida dentro de parámetros comprensibles en un entorno normal de convivencia. La jurisprudencia de esta Sala, que excluye el arrebato en los supuestos de simples reacciones coléricas y en los casos de simple acaloramiento o aturdimiento que acompaña a la comisión de algunas figuras delictivas, ha señalado que el fundamento de esta atenuante se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce en un sujeto que se encuentra con la mente ofuscada por una pasión que en ese momento le afecta. Es posible que ese estado



pasional venga provocado por una sucesión de hechos producidos en un período de tiempo más o menos extenso, y que permanezca larvado hasta su explosión a causa de un estímulo concreto que incide de forma importante en un sustrato previamente existente. Se ha venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos para apreciar esta circunstancia de atenuación.

En primer lugar, debe constatar la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima (STS núm. 256/2002, de 13 de febrero), que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación (sentencia de 27 de febrero de 1992), pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebato consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor (STS núm. 1483/2000, de 6 de octubre).

En segundo lugar ha de quedar acreditados la ofuscación de la conciencia, o estado emotivo repentino o súbito, u otro estado pasional semejante, que acompaña a la acción.

En tercer lugar, debe existir una relación causal entre uno y otra, de manera que la conducta sea una consecuencia de la trascendencia del estímulo.

En cuarto lugar, ha de existir una cierta conexión temporal, pues el arrebato no podrá apreciarse si ha mediado un tiempo entre estímulo y reacción que prudencialmente permita estimar que se ha recuperado la frialdad de ánimo.

Y en quinto lugar, que la respuesta al estímulo no sea repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia" (STS núm. 1301/2000, de 17 de julio).

Por lo tanto, no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional.

La STS. 1003/2006 de 19.10, comprende la doctrina de esta Sala -SSTS. 2085/2001 de 12.11, 1369/2003 de 8.11 -, "la atenuante tercera del art. 21 del Código Penal, denominada de "estado pasional", que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre, como el que es objeto de esta censura casacional. Es del todo evidente que en toda situación de acometimiento personal, derivada de una disputa previa en la que sin solución de continuidad de las palabras se pasa a los hechos (delictivos), el acaloramiento como situación pasional es todo punto concurrente con situaciones de tensión, ofuscación e incluso de cierto descontrol anímico. Pero tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como de "arrebato" u "obcecación". El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una "especie de conmoción psíquica de furor" y la segunda como "un estado de ceguedad u ofuscación", con fuerte carga emocional el primero y acentuado sustrato pasional la segunda (STS 2-7-1988); otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el "arrebato como emoción súbita y de corta duración" y la "obcecación es más duradera y permanente" (STS 28-5-1992); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 10-10-1997)".

Situación que no es la de autos en la que no se aporta ni se ha practicado prueba alguna que acredite el estado anímico y psíquico en que se encontraba este procesado en el momento de cometer los hechos, siendo una alegación de parte que ha de desestimarse dada la ausencia de soporte probatorio, debiendo recordarse la reiterada doctrina jurisprudencial de que las circunstancias modificativas han de estar acreditadas como el hecho típico de que dependen, SSTS. 23.4.2001 y 1.2.2001, y en igual línea las sentencias 4.1.2002 y 20.5.2003 que añaden que no es aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio in dubio pro reo, sin que pueda ser presumida su existencia, mientras las acusaciones no prueben lo contrario.

NOVENO: En relación a la atenuante de confesión del art. 21.4 la jurisprudencia de esta Sala, manifestada entre otras en sentencias 544/2007 de 21.6, 1057/2006 de 3.11 y 164/2006 de 22.2, ha puesto de relieve que la razón, la atenuante no estriba en el factor subjetivo de pesar y contricción, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito. Se destaca como elemento integrante



de la atenuante, el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos. En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTS. 21.3.97 y 22.6.2001), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá la virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada, cuando ya la Autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación. Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, sólo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el "factum", introduciendo elementos distorsionantes de lo realmente acaecido (ssTS. 22.1.97, 31.1.2001). Tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales "a no declarar contra si mismo" y "a no confesarse culpable" puesto que ligar un efecto beneficioso o la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (sTC. 75/87 de 25.5).

En la sentencia 25.1.2000, se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serían los siguientes: 1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3) la confesión habrá de ser veraz en lo sustancial; 4) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5) La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla; 6) Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a lo efectos de la atenuante. Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS. 23.11.2005, 19.10.2005, 13.7.98, 27.9.96, 31.1.95).

En el caso presente un examen de las diligencias, posibilitado vía art. 899 LECrim. permite constatar que en el atestado incoado por los Mossos d'Esquadra la persona inicialmente identificada como uno de los autores de la agresión de Horacio , constando que el recurrente Evelio se personó ese mismo día en las dependencias policiales para esclarecer los hechos (ver diligencia folio 4).

Comparecencia que tuvo lugar, por tanto, antes de que las diligencias policiales se dirigieran contra el mismo, reconociendo ya en su primera declaración ante el instructor y haber sido el único autor de la agresión utilizando un palo, declaración que ratificó en el acto del juicio oral, tal es así que la sentencia de instancia considera probada su conducta en base o entre otras pruebas, su propia declaración reconociendo esencialmente los hechos.

Por ello procede estimar concurrente la atenuante referencia. En este sentido conviene aclarar que no es adecuado considerar que la confesión pierde todo efecto atenuante simplemente porque junto con la admisión del hecho se alegan circunstancias que atenúan la responsabilidad o que, incluso, la excluyen. En efecto en las SSTS. 6.3.92, 11.12.92, 21.3.94, 6.120.98 esta Sala ya señaló: "*que no es necesario para apreciar la veracidad de la confesión que exista una coincidencia total entre lo manifestado y lo ocurrido, dado que si el acusado admite el hecho típico, pero no reconoce haber obrado sin causas que excluyan la responsabilidad, se dará uno de los casos en los que -probado que no concurrió la atenuante 21.3- la veracidad no sería total, pero, de todos modos, suficiente para apreciar la atenuante. Hay también otras razones: la compensación positiva de la culpabilidad por el hecho, fundamento de esta atenuante, es independiente de que el autor, luego de confesar la realización del hecho, pretenda ejercer un derecho de defensa (artículo 24.2 CE). El valor atenuante surge, por lo tanto, de la confesión y no de la renuncia a defenderse, toda vez que el ejercicio de un derecho fundamental no puede tener efectos negativos sobre el que lo ejerce por el hecho mismo de su ejercicio.*"

DECIMO: El motivo séptimo por quebrantamiento de forma, art. 851.1 LECrim . al existir en la sentencia hechos probados que resultan contradictorios entre si.

El recurrente pone este motivo en relación con el motivo segundo que cuestionaba la concurrencia del objeto o instrumento peligro, dado que la sentencia dice en los hechos probados que el Sr. Evelio golpeó con un palo o barra de hierro, la prueba pericial sostuvo que el objeto utilizado debía ser cilíndrico y bien contundente, que podría haber sido una barra de madera o metálica muy compacta y dura, pero sin poder asegurar al cien por cien si era de hierro, madera u otro material.

El motivo debe ser desestimado.



La esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una, resta eficacia a la otra al excluirse una a la otra produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 299/2004 de 4.3).

La contradicción a que se refiere el motivo ha de encontrarse en los hechos probados, es, pues, una contradicción de orden lógico o ideal. En este motivo no cabe denunciar incongruencias con las alegaciones de las partes, éstas son de orden externo y se denomina incongruencia omisiva, prevista en el art. 851.3.

La doctrina jurisprudencial reiterada (SS. 1661/2001 de 27.1, 776/2001 de 8.5, 717/2003 de 21.5), señala para que pueda prosperar este motivo de casación los siguientes requisitos:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trate de una contradicción en sentido propio, es decir, gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual.

b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir que, no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los Fundamentos Jurídicos.

d) que sea completa, afectando la incompatibilidad a los hechos y a sus circunstancias, y por ende, a la calificación jurídica, los grados de participación o ejecución y a cuantas circunstancias determinan la responsabilidad penal o civil...

e) La contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma.

f) que sea esencial, en el sentido de que afecta a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En el caso presente que en el factum se recoge que el objeto utilizado en la agresión fue "un palo o una barra de hierro de unos 30 cm." No implica contradicción alguna, dado que, como se razonó en el motivo segundo, cualquiera de esos dos objetos permitiría la subsunción de los hechos en el art. 148.1 CP.

DECIMO PRIMERO: El motivo octavo vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ. en relación con el art. 24.1 CE . por violación del principio constitucional de presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva, así como del derecho a un proceso con todas las garantías, provocado con la rectificación de la sentencia por auto de 14.5.2010 sustituyendo la pena de dos años por la de cuatro años de prisión.

El recurrente, tras exponer la doctrina jurisprudencial sobre la materia considera que la pena inicialmente impuesta de 2 años era perfectamente congruente con los fundamentos de derecho de la propia sentencia, por cuanto ha sido condenado por un delito de lesiones previsto en el art. 147 CP. con la agravante de alevosía por lo que si la pena entre 6 meses y los 3 años, con la existencia de la agravante era congruente se fijará en 2 años de prisión.

El motivo se desestima.

Como hemos dicho en SSTs. 271/2010 de 30.3, 901/2009 de 24.9, es preciso traer a colación la reiterada doctrina de esta Sala (SSTs. 753/96 de 26.10, 1700/2000 de 3.11, 742/2001 de 20.4, 14.2.2003), y del TC. (SS. 69/2000 de 13.3, 159/2000 de 12.6, 111/2000 de 5.5, 262/2000 de 30.10, 286/2000 de 17.11, 59/2001 de 26.2, 140/2001 de 18.6; 216/2001 de 29.10, 187/2002 de 14.10), que constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado, sobre el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva:

a) aunque la protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes se conecta dogmáticamente con el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución protege en el art. 9.3, que no se ha erigido por el Texto Constitucional en derecho fundamental de los ciudadanos, ni se ha otorgado respecto a él la vía del



amparo constitucional, existe una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues, si éste comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el art. 24.1 CE. consagra (SSTC. 119/88 de 4.6, 23/96 de 13.2). El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el Legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia, si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por la sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE. actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, "incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad" (SSTC. 231/91 de 10.12, 19/95 de 24.1, 48/99 de 22.3, 218/99 de 24.11, 69/2000 de 13.3, 111/2000 de 5.5, 286/2000 de 27.11, 140/2001 de 18.6, 216/2001 de 29.10).

b) el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales opera, como es evidente, más intensa y terminantemente en los supuestos de resoluciones firmes que en aquellos otros en los que el ordenamiento procesal ha previsto específicos medios o cauces impugnatorios que permiten su variación o revisión. En este sentido el legislador ha arbitrado, con carácter general, en el art. 267 LOPJ. un mecanismo excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones definitivas, el cual ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido. Esta vía aclaratoria, como el Tribunal Constitucional tiene declarado en reiteradas ocasiones es plenamente compatible con el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, puesto que en la medida en que éste tiene su base y es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, y a su vez, un instrumento para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, no integra este derecho el beneficiarse de oscuridades, omisiones o errores materiales que con toda certeza pueden deducirse del propio texto de la resolución judicial (SSTC. 380/93 de 20.12, 23/96 de 13.2), aún cuando tal remedio procesal no permite, sin embargo, alterar los elementos esenciales de ésta, debiendo atenderse siempre el recurso de aclaración, dado su carácter excepcional, a los supuestos taxativamente previstos en la LOPJ. y limitarse a la función específica reparadora para la que se ha establecido (SSTC. 119/88 de 20.6, 19/95 de 24.1, 82/95 de 5.7, 180/97 de 27.10, 48/99 de 22.3, 112/99 de 14.6). En tal sentido conviene recordar que en la regulación del art. 267 LOPJ. coexisten dos regímenes distintos: de un lado, la aclaración propiamente dicha referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las Sentencias y Autos definitivos (apartado 1); y, de otro; la rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos (apartado 2).

c) En relación con las concretas actividades de "aclarar algún concepto oscuro" o de "suplir cualquier omisión" (que son los supuestos contemplados en el art. 267.1 LOPJ), son las que menos dificultades prácticas plantean, pues por definición no deben suponer cambio de sentido y espíritu del fallo, ya que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras, en su caso, o al adicionar al fallo lo que en el mismo falta, en otro, está obligado a no salirse del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado (SSTC. 23/94 de 27.1), 82/95 de 5.6, 23/96 de 13.2, 140/2001 de 18.6; 216/2001 de 29.10.

Por lo que se refiere a la rectificación de errores materiales manifiestos se ha considerado como tales aquellos errores cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídicas nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (SSTC. 231/91 de 10.12, 142/92 de 13.10). Asimismo ha declarado que la corrección del error material entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto que la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es la de cambiar los términos expresivos del error, de modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, si bien la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (SSTC. 23/94 de 27.1, 19/95 de 24.1, 82/95 de 5.6, 48/99 de 22.3, 218/99 de 29.11).

No puede descartarse, pues, en tales supuestos la operatividad de este remedio procesal, aunque comporte una revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la



sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de un juicio al fallo (STC. 19/95). En esta línea el Tribunal Constitucional ha señalado más recientemente que, cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada es un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación ex art. 267 LOPJ, aún variando el fallo.

Cosa distinta, es que la rectificación, con alteración del sentido del fallo, entrañe una nueva apreciación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho en cuyo caso de llevarla a cabo, se habría producido un desbordamiento de los estrechos límites del citado precepto legal y se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC. 218/99 de 29.11, 69/2000 de 13.3, 111/2000 de 5.5, 262/2000 de 30.10, 140/2001 de 18.6).

En el caso presente basta una lectura del fundamento de derecho sexto. Determinación de la pena -para constatar que la pena que se impone es cuatro años prisión, correspondiente a la mitad superior del tipo agravado con aplicación de la agravante, considerando ajustado a derecho dicha pena por la acusación de graves lesiones y secuelas y en la zona especialmente sensible, cabeza, a la que el acusado con evidente conocimiento dirigió el golpe.

Por ello al establecerse en el fallo la pena de dos años se produjo un evidente error material susceptible de ser corregido al amparo del art. 267.3 LOPJ.

Pena de dos años que en contra de lo sustentado en el motivo no era imponible ni por tanto congruente con los fundamentos de derecho de la sentencia.

En efecto la calificación jurídica de los hechos -fundamento de derecho primero- ha sido un delito de lesiones agravado de los arts. 147 y 148.1 del CP. con la agravante de alevosía del art. 22.1 CP.

La pena del subtipo agravado es de dos a cinco años y al concurrir una agravante, por aplicación de la regla 3ª del art. 61.1 CP. la pena debe ser impuesta en su mitad superior, esto es, tres años y seis meses y un día a 5 años prisión, por lo que la pena de dos años no era procedente y sí, por el contrario, la de cuatro años, como la propia sentencia había determinado en el fundamento jurídico sexto.

RECURSO INTERPUESTO POR Desiderio

DECIMO SEGUNDO: El motivo primero por infracción del art. 24 CE . al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ . por conculcación derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Considera el motivo que la sentencia recurrida carece de una motivación suficiente que permite conocer qué pruebas ha valorado el Tribunal a la hora de dictar el fallo condenatorio y para justificar la exigua pena impuesta.

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido genérico y complejo que se proyecta a lo largo de todo el proceso desde su inicio (el acceso a la jurisdicción) hasta el final (la ejecución) y comprende, por ello:

- a) el derecho a acceder a los Jueces y Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos.
- b) el de tener oportunidad de alegar y probar las propias pretensiones en un proceso legal y en régimen de igualdad con la parte contraria sin sufrir indefensión.
- c) el de obtener una respuesta razonada y fundada en derecho dentro de un plazo razonable.
- d) el de ejercitar los recursos establecidos frente a las resoluciones que se consideren desfavorables.
- e) el de obtener la ejecución del fallo judicial ya que si no fuera así las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna.

El derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el art. 24.1 CE. comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los Jueces y Tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además ya venía ya preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE. y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:



a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6, 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

El mandato constitucional del art. 120.3 acerca de la necesidad de que las sentencias estén siempre motivadas, es asimismo una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el art. 24.1 del mismo Texto constitucional.

Motivación que viene impuesta para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que tan especialmente le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión de la sentencia en otras instancias judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Así, se ha señalado, entre otras en la STS núm. 584/1998, de 14 de mayo, que, por lo que se refiere específicamente a las sentencias, la motivación debe abarcar los tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado; subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas); y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena.

En efecto, como dicen las SSTs. 485/2003 de 5.4 y 1132/2003 de 10.9, las sentencias deben estar suficientemente motivadas no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes, pues así lo exige el referido artículo 120.3 de la Constitución y también el no hacerlo puede conllevar el defecto formal contenido en el artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, falta que tradicionalmente se ha denominado «incongruencia omisiva».

Además la motivación requiere del Tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que, junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera, la motivación de las sentencias constituye una



consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permite conocer las pruebas en virtud de las cuales se la condena (motivación fáctica) y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica) al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento y, finalmente, constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

Por ello cuando se trata de la llamada motivación fáctica, la STS. 32/2000 de 19.1, recuerda que la sentencia debe exponer cual o cuales son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas estas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y de que el tribunal de casación pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico.

En el caso presente la sentencia impugnada en sus distintos fundamentos de derecho, analiza la calificación jurídica de los hechos y cuales son las circunstancias del caso que permiten inferir la concurrencia del animus laedendi, excluyendo las calificaciones de asesinato y homicidio en grado de tentativa que postulaban las defensas (FJ. 1º), efectúa una valoración de la prueba practicada: declaraciones de los acusados, víctimas, testificales y periciales practicadas en el plenario (FJ.2º), autoría de Evelio (FJ. 3º); concurrencia circunstancia agravante alevosía (FJ. 4º); responsabilidad civil y costas (FJ. 5º); y las razones por las que en la individualización de la pena en el marco penológico del art. 148.1 con la concurrencia de una agravante, impone l de 4 años prisión (FJ. 6º).

Consecuentemente no puede imputarse a la resolución recurrida que no contenga un análisis suficiente de las cuestiones planteadas, salvo la excepción señalada en el motivo 6º del recurso interpuesto por el acusado, y menos aún de la prueba practicada que no responde a las reglas de la lógica y máximas de experiencia.

DECIMO TERCERO: Los motivos segundo y tercero por infracción de Ley con base al art. 849.1 LECrim. por inaplicación del art. 139.1 ya que dados los hechos probados se debió condenar a los imputados como autores del delito de asesinato, **motivo segundo y por inaplicación del art. 28 CP .**, respecto a la coautoría de los imputados Sres. Horacio y Lázaro por el delito de asesinato en grado de tentativa del art. 139, en observancia del principio de imputación recíproca.

Ambos motivos deben ser desestimados.

En primer lugar este motivo obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECrim.

En efecto, como se dice en la STS. 121/2008 de 26.2, el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la practica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.



Siendo así la desestimación del motivo tercero deviene necesaria desde el momento en que en el factum expresamente se recoge que "no ha resultado acreditada la participación en los hechos de Horacio y de Lázaro".

Y en cuanto al motivo segundo en el relato fáctico se señala que el golpe fue "con intención de menoscabar la integridad física".

Es cierto que sobre la intención del autor de un hecho delictivo, esta Sala tiene declarado que los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados (STS. 22.5.2001).

En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19.10, considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión - se afirma en las SSTs. 120/2008 de 27.2 y 778/2007 de 9.10, debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ., como por la del art. 849.1 LECrim., por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (SSTs. 30.10.95, 31.5.99).

Por tanto, los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim, y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTs. 151/2005 de 27.12, 394/94 de 23.2).

En definitiva la revisión de los denominados juicios de valor e inferencias se refieren a los elementos internos del tipo -como el dolo, el animo que guía al acusado, el conocimiento de determinada cuestión o posesión para el tráfico- no a cualquier actividad deductiva o inferencia. Estos elementos internos al no ser propiamente hechos sino deducciones derivadas de hechos externos pueden ser revisables en casación, controlando la suficiencia del juicio de hecho, la inferencia en sí, que no es más que una forma de prueba indirecta de hechos internos que han de acreditarse a través de hechos externos, por lo que en esta materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del Tribunal de instancia no es vinculante y es revisable vía art. 849.1 LECrim. si bien en estos casos la Sala casacional ha de limitarse a constatar si tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o los conocimientos científicos.

No otra cosa acaece en el caso enjuiciado en el que la inferencia que realiza la Sala del animo laedendi -y no necandi- debe entenderse correcta y razonable, teniendo en cuenta que el acusado solo propinó un golpe con un objeto que no fue localizado, y que hubo riesgo vital ni peligro de muerte por el golpe a pesar de la zona en que se asestó, y que no continuó con su agresión pese a que la víctima cayó al suelo. Inferencia, por tanto, que responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o de los criterios científicos, y que conlleva la improperabilidad del motivo.

DECIMO CUARTO: El motivo cuarto por infracción de Ley, con base procesal en el art. 849.2 LECrim. al haber existido error en la apreciación de las pruebas y al error se deduce del atestado policial y de las declaraciones de los agentes policiales así como de todos los testigos, tanto en fase de instrucción del procedimiento como en sus declaraciones en el acto del juicio oral.

El motivo se desestima. Como ya dijimos al analizar el motivo 4º del recurso interpuesto por el acusado quedan excluidos del concepto de documentos a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales, como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del tribunal que con intermediación las percibe (SSTs. 1006/2000 de 5.6, 769/2004 de 16.6, 994/2007 de 5.12). Por ello el Tribunal Supremo no admite que pueda basarse un motivo de error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), y tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos (STS. 1070/2006 de 8.11),



ni la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales, el acta del juicio oral (SSTS. 1701/2001 de 24.9, 685/2006 de 8.6, 945/2009 de 29.9).

Sin olvidar que, en todo caso, han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido, lo que no se cumple con la genérica referencia al "documento" y, proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum. Rectificación del factum. Que no es un fin en sí mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a lo establecido y consiguiente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna. Prevenciones, igualmente incumplidas por el recurrente.

DECIMO QUINTO: El motivo quinto por quebrantamiento de forma, art. 851.1 LECrim . por manifiesta contradicción entre lo declarado probado en un primer momento cuando al folio 7 se dice que Horacio le dio un golpe y Evelio hizo ademán de darle, y al folio 9 se dice que Desiderio declara haber sido golpeado por lo dos... que le golpearon ambos.

El motivo carece de fundamento alguno y debe ser desestimado.

Como ya se señaló en el motivo 7º del recurso interpuesto por el acusado Evelio la contradicción a que se refiere este motivo ha de encontrarse en los hechos probados y no entre las propias declaraciones de la víctima, que no son hechos, y que la Sala analiza para restarlas credibilidad.

DECIMO SEXTO: Estimándose parcialmente el recurso del acusado Evelio , se declaran de oficio las costas del mismo y desestimando el interpuesto por la acusación particular de Desiderio se le imponen las costas respectivas.

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Evelio** , contra sentencia de 15 de abril de 2010, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida resolución con declaración de oficio costas recurso.

Y debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **la Acusación Particular de Desiderio** , contra la referida sentencia, condenándole al pago de las costas de su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Juan Saavedra Ruiz** D. Joaquin Gimenez Garcia **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre****D. Luciano Varela Castro** D. Siro Francisco Garcia Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril de dos mil once.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Badalona, con el número 8 de 2007, y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª por delito de tentativa de homicidio, contra **Evelio** , de 36 años de edad y sin antecedentes penales, DNI. NUM000 , nacido en Barcelona, el 28 de enero de 1974, hijo de Miguel y María del Carmen, en situación personal de libertad provisional por esta causa; **Horacio** , de 29 años de edad, sin antecedentes penales, con DNI. NUM001 , nacido en Barcelona, el 28 febrero 1981, hijo de Antonio José y María José, en situación personal de libertad provisional por esta causa; **Lázaro** , de 26 años de edad, y sin antecedentes penales, DNI. NUM002 , nacido en Madrid, el 14 noviembre de 1983, hijo de José María y María Ascensión, en situación personal de libertad provisional por esta causa; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados añadiendo: " Evelio el mismo día de los hechos compareció voluntariamente en las dependencias policiales, reconociendo ser el autor de los hechos".

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero.- Tal como se ha razonado en el fundamento jurídico tercero de la sentencia precedente, del relato fáctico no se deduce que la forma y modo en que la agresión tuvo lugar puede calificarse de alevosa.

Segundo.- Asimismo de conformidad con lo razonado en el fundamento jurídico noveno de la sentencia precedente concurre la atenuante 4ª art. 21, de confesión del hecho ante la autoridad competente.

Tercero.- Con la necesaria nueva individualización penológica, teniendo en cuenta el marco penológico del art. 148 CP. (dos a cinco años prisión) y la concurrencia de una circunstancia atenuante (art. 66.1.1º, y lo preceptuado en el art. 72, valorando las circunstancias fácticas, en particular la gravedad de las lesiones, y el riesgo producido, se considera adecuada la pena de **2 años y 6 meses prisión**.

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, de fecha 15 de abril de 2.010, debemos **condenar y condenamos a Evelio** como autor responsable de un delito de lesiones ya definido con la concurrencia de la atenuante de confesión a la pena de **2 años y 6 meses prisión**.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Joaquin Gimenez Garcia D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro D. Siro Francisco Garcia Perez

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