



Roj: **STS 2703/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2703**

Id Cendoj: **28079120012022100653**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2022**

Nº de Recurso: **10806/2021**

Nº de Resolución: **686/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 2703/2022,**
STSJ CV 7756/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 686/2022

Fecha de sentencia: 07/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10806/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/07/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: AGG

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10806/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 686/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 7 de julio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 10806/2021 interpuesto, por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por **D. Carlos Jesús**, representado por la procuradora D.^a Susana Muñiz Castro y bajo la dirección letrada de D. Luis María, contra la sentencia núm. 306/2021, de 8 de noviembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Sala núm. 307/2021, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la Sentencia núm. 385/2021, de 29 de junio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, dimanante del Procedimiento Sumario núm. 597/2017 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Torrevieja, que le condenó por el delito de asesinato en grado de tentativa, concurriendo la circunstancia mixta de parentesco como agravante. Es parte el **Ministerio Fiscal** y, como parte recurrida **D.^a Marcelina**, en condición de Acusación Particular, representada por la procuradora D.^a Nayade López Torres y bajo la dirección letrada de D.^a Ana María Lara Moreno.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Torrevieja, incoó Procedimiento Sumario con el número 597/2017, por delito de homicidio, contra D. Carlos Jesús y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Alicante cuya Sección Primera dictó, en el Rollo de Sala núm. 96/2018 sentencia núm. 385/2021, el 29 de junio, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- El procesado Carlos Jesús, nacido el NUM000 de 1959, con NIE NUM001, natural de Reino Unido, sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, ha mantenido durante varios años una relación sentimental con Marcelina, que había finalizado unas dos semanas antes del día de los hechos. Entre la noche del 18 y la madrugada del 19 de julio de 2017, el procesado se personó en el domicilio de su ex pareja sentimental, Marcelina, sito en la AVENIDA000, EDIFICIO000 NUM002, piso NUM002, puerta NUM003, en la URBANIZACION000 de la localidad de Rojales, iniciando una fuerte discusión en la que recriminó a Marcelina que le hubiera denunciado, exigiéndole que le diera dinero, negándose Marcelina, quien le dijo que se marchara de la casa y cuando ella se dirigía hacia la puerta, con intención de salir de la casa, y se encontraba de espaldas al procesado, éste, de forma sorpresiva, le asestó una puñalada en el costado: Marcelina cayó al suelo, vio que el procesado tenía un cuchillo y se dio cuenta de que la estaba apuñalando. A continuación el procesado nuevamente la apuñaló en el brazo izquierdo. Ella le suplicó que parase y, sangrando, se arrastró hasta la cama, mientras le suplicaba que pidiese ayuda. El procesado le preguntó si quería escribir una carta a su hija y a continuación limpió con lejía las zonas donde se había producido la agresión, especialmente las manchadas de sangre y puso la lavadora. El procesado abandonó el domicilio dejando entreabierta la puerta de la vivienda entre las 10 y las 11 horas del día 19 de julio de 2017.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la agresión, la Sra. Marcelina sufrió lesiones consistentes en hematoma en órbita derecha; herida inciso punzante en espacio intercostal 8-9 del flanco izquierdo torácico-abdominal (línea axilar media izquierda), oblicua y de aproximadamente 5 cm. de longitud, con extrusión de epiplón (manto graso intra-abdominal) y signos de irritación abdominal; hematoma importante (10x10 cm.) en meso de colon transversal (zona de ángulo de Treitz o duodenoyeyunal), siendo su origen el sangrado de un vaso intra-abdominal, resultante de la punción con arma blanca; fractura de octava costilla a la altura de la herida inciso-punzante; presencia de esquirlas óseas en tejido blando perilesional; hemoperitoneo escaso en cavidad abdominal (sangre líquida o fluida sobre la membrana serosa de la cavidad abdominal que envuelve preferentemente los órganos huecos o intestinos); herida de 2-3 cm. de longitud, profunda, aunque sin afectar elementos tendinosos o vasculares de antebrazo izquierdo. La intervención laparoscópica para resolver el sangrado vascular y el hematoma intra-abdominal produjo como complicación posterior la herniación en uno de los puntos de entrada al abdomen del laparoscopio (a nivel suprapúbico) con herniación, que determinó la necesidad, transcurrido un tiempo, de una segunda intervención para reforzar mediante una malla la pared abdominal en dicho punto. La Sra. Marcelina ha requerido de tratamiento antidepresivo y ansiolítico, que se mantiene de forma crónica por estabilización de los síntomas de orden psicológico-psiquiátrico, por padecer un cuadro de estrés postraumático severo.

Dichas lesiones requirieron, además de la primera asistencia facultativa, de tratamiento médico/quirúrgico posterior que consistió en la actuación del SAMU en el traslado al centro hospitalario (valoración de constantes, tratamiento con antiinflamatorios y analgésico y contención mecánica hemostática de la herida); pruebas de imagen con y sin contraste para valorar la naturaleza y extensión de las estructuras intra-abdominales afectadas por el arma blanca; cirugía laparoscópica abdominal (observación directa de las lesiones, aspirado



de coágulo, hemástasia mediante absorción física y electrocoagulación), suturas quirúrgicas por planos, transfusión de dos concentrados de hemáties, fluidoterapia, cura local, retirada de grapas quirúrgicas, analgesia oral y antibioterapia, así como de forma diferida, tratamiento de la herniación abdominal mediante la colocación quirúrgica de una malla intra-abdominal en el punto de herniación post-laparoscópico; tratamiento antidepresivo y ansiolítico, que se mantiene de forma crónica por estabilización de los síntomas de orden psicológico-psiquiátrico, por padecer un cuadro de estrés postraumático severo.

Las lesiones descritas ocasionaron a la Sra. Marcelina un perjuicio personal básico por lesión temporal durante 90 días, de los cuales 84 fueron de incapacidad física significativa (perjuicio personal particular por pérdida temporal de calidad de vida moderado) y 6 días de hospitalización (perjuicio personal particular por pérdida temporal de calidad de vida grave), produciendo además un perjuicio personal particular por intervenciones quirúrgicas el 19 de julio de 2017 y el 30 de octubre de 2019.

La Sra. Marcelina nacida el NUM004 de 1961, presenta secuelas derivadas de estrés postraumático (10 puntos) con síntomas intensos de carácter ansioso-depresivo, irritabilidad, miedo y reexperimentación del hecho traumático, y perjuicio estético por cicatriz oblicua de 4 cm. de longitud en flanco costal izquierdo a la altura de 8-9 costilla, cicatriz lineal de 2 cm. en borde interno de antebrazo izquierdo y cicatriz lineal transversal supra-umbilical posquirúrgica de 9,5 cm: (6 puntos) y presenta un cuadro clínico compatible con un trastorno de estrés postraumático que se ha cronificado y que requiere de tratamiento médico-psiquiátrico-psicológico para su mejoría.

Las lesiones descritas sufridas por la Sra. Marcelina el día de los hechos, por su gravedad, forma de causación y zona donde se produjeron supusieron un riesgo vital, significativo y hubiera podido perder la vida de no ser por la rápida intervención de los facultativos que la atendieron y las actuaciones quirúrgicas de urgencia efectuadas."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** al procesado Carlos Jesús, como autor de, un delito de asesinato en grado de tentativa, concurriendo la circunstancia mixta de parentesco, como agravante, a la pena de **CATORCE AÑOS Y ONCE MESES DE PRISIÓN**, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la Condena y a la prohibición de aproximación a Marcelina a una distancia inferior a 500 metros, en cualquier lugar donde se encuentre, así como a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier lugar que sea frecuentado por ella y la prohibición de establecer con la misma por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual por tiempo de **VEINTICUATRO AÑOS**, y al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

El procesado Carlos Jesús indemnizará a Marcelina en la suma de 5.600 euros (**CINCO MIL SEISCIENTOS EUROS**) por las lesiones causadas y en la cantidad de 14.900 euros (**CATORCE MIL NOVECIENTOS EUROS**) por las secuelas, así como en la cantidad de 5.000 euros (**CINCO MIL EUROS**) en concepto de indemnización por daño moral. Dichas cantidades generaran el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde la fecha de la presente resolución y hasta su completo pago.

ABSOLVEMOS al procesado Carlos Jesús del delito de amenazas del artículo 169.2º del Código Penal que se le imputaba en la presente causa.

Se declaran de oficio la mitad de las costas procesales.

Abónese al procesado todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa, así como el tiempo de la Medida cautelar consumida a los efectos de la liquidación de condena de la pena de prohibición de aproximación y de comunicación respecto de Marcelina, manteniendo las medidas cautelares acordadas por auto de fecha 22 de marzo de 2018 dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Torreveja, concretamente la prohibición impuesta a Carlos Jesús de aproximarse a menos de 500 metros de distancia a Marcelina, a su domicilio, su lugar de trabajo y cualquier otro frecuentado por ella y comunicarse con ella por cualquier medio, hasta el inicio del cumplimiento de las penas de prohibición de aproximación y comunicación, una vez firme la sentencia.

Tradúzcase la presente sentencia al idioma del procesado conforme establece el art. 123.1. d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos y firmamos."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Carlos Jesús, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en fecha 8 de noviembre de 2021, en el Rollo de Sala número 307/2021, cuyo **Fallo** es el siguiente:



"I.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Carlos Jesús contra la Sentencia núm. 385/2021, de 29 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección primera, en el Procedimiento Ordinario núm. 96/2018 dimanante del Sumario núm. 597/2017, instruido por el Juzgado de Instrucción número Uno de Torrevejea, que se confirma.

II. Con imposición de las costas procesales causadas por este recurso a la parte apelante, incluidas la de la acusación particular."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por el acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de ley y de precepto constitucional al amparo del art. 849.1 de la LECrim así como del art. 5.4 de la L.O.P.J. ambos en relación con el art. 24.1, de la C.E. por cuanto dada la relación de hechos probados en la sentencia, no cabiendo lugar a la tipificación de la conducta de mi representado como un delito de tentativa de asesinato de los arts. 138 y 139.1 (Alevosía), 16 y 62 del Código penal.

Segundo.- Por infracción de ley y de precepto constitucional al amparo del art. 849.1 de la LECrim así como del art. 5.4 de la L.O.P.J. ambos en relación con el art. 24.1, de la C.E. por cuanto dada la relación de hechos probados en la sentencia, no cabiendo lugar a la tipificación de la conducta de mi representado con ALEVOSIA de los arts. 138 y 139.1 (Alevosía), 16.2 y 62 del Código penal .

Tercero.- Por infracción de ley y de precepto constitucional al amparo del art. 849.1 de la LECrim así como del art. 5.4 de la L.O.P.J., ambos en relación con el art. 24.1, de la C.E.(tutela judicial efectiva) art. 9.3 (seguridad jurídica) y art. 120 C.E. (motivación de las sentencias) en relación con los arts. 63.1 61.1 d) de la LOTJ por vulnerar el principio a la tutela judicial efectiva, en su variante al derecho a obtener una respuesta razonable, excluyendo toda arbitrariedad y la exigencia de motivación cuando la pretensión punitiva dándose los presupuestos fácticos y procesales para ello, obtiene una respuesta irrazonable.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; Evacuado el traslado del artículo 882, párrafo segundo, de la LECrim por la representación procesal del recurrente, la Sala admitió el recurso de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 6 de julio de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurrente, D. Carlos Jesús ha sido condenado en sentencia confirmada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana, como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa, concurriendo la circunstancia mixta de parentesco, como agravante, a la pena de catorce años y once meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a la prohibición de aproximación a D.^a Marcelina a una distancia inferior a 500 metros, en cualquier lugar donde se encuentre, así como a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier lugar que sea frecuentado por ella y la prohibición de establecer con la misma por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual por tiempo de veinticuatro años, y al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Igualmente fue condenado a indemnizar a D.^a Marcelina en la suma de cinco mil seiscientos euros por las lesiones causadas y en la cantidad de catorce mil novecientos euros por las secuelas, así como en la cantidad de cinco mil euros en concepto de indemnización por daño moral. Dichas cantidades generaran el interés del art. 576 LEC.

En la misma sentencia D. Carlos Jesús fue absuelto del delito de amenazas por el que también había sido acusado.

2. El recurso se dirige contra la sentencia núm. 306/2021, de 8 de noviembre, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación 307/2021, sentencia que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia núm. 385/2021 de 29 de junio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante en el Rollo núm. 96/2018 dimanante del Sumario núm. 597/2017 del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer núm. 1 de Torrevejea.



3. Antes de entrar en el estudio del recurso, debemos recordar la naturaleza del recurso de casación en relación a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia.

Conforme señalan numerosas resoluciones de esta Sala (AATS núm. 662/2019, de 27 de junio, 674/2019, de 27 de junio, 655/2019, de 20 de junio, con referencia expresa a la sentencia núm. 476/2017, de 26 de junio), "la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del artículo 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada."

En definitiva el objeto del recurso de casación no está integrado por la sentencia dictada en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediatez, sino por la sentencia dictada por la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia, al resolver -y motivar- la queja sobre la insuficiencia o invalidez de las pruebas, así como sobre la falta de racionalidad con la que aquéllas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

En el mismo sentido, hemos señalado en la sentencia núm. 582/2020, de 5 de noviembre que "El recurso ha de entablar un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no parece correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso, ya desestimado, contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; es decir, actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que de facto se ignora sin convertirlo en el objeto directo de la nueva impugnación, por más que eso, indirectamente, suponga traer a colación otra vez la sentencia inicial.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en la fiscalización realizada mediante la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un simple clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida al desestimar la apelación, si acaso con alguna adición o glosa. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo sin la más mínima alteración, es decir, sin atender a la argumentación del Tribunal Superior de Justicia que, en este caso, además, es especialmente, rigurosa, detallada y elaborada."



Desde esta perspectiva procede analizar los motivos del recurso que formula la representación de D. Carlos Jesús .

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos del recurso se deducen por infracción de ley y de precepto constitucional al amparo del art. 849.1 LECrim, así como del art. 5.4 LOPJ ambos en relación con el art. 24.1 CE, por indebida aplicación de los arts. 138, 139.1, 16 y 62 CP.

Señala el recurrente que los hechos declarados probados no son constitutivos de asesinato con alevosía en grado de tentativa sino de un homicidio en grado de tentativa, "por haber existido arrebató, sin intencionalidad y con desistimiento y actuado bajo los efectos del alcohol".

En el desarrollo del primer motivo indica que actuó por arrebató por encontrarse bajo los efectos del alcohol, marihuana y medicamentos. Indica también que no se ha acreditado la intención de asesinar con alevosía al no haberse practicado pruebas que acrediten que el ataque se perpetró por la espalda.

Aduce que el Tribunal ha calificado los hechos como legalmente constitutivos de un delito de asesinato en grado de tentativa de los arts. 139, 16 y 62 CP, si bien concurriendo el desistimiento del art. 16.2 de dicho cuerpo legal, la calificación resultante ha de ser la de delito de lesiones consumadas, o de tentativa de homicidio.

También alega falta de motivación de la resolución recurrida por no haber motivado el Tribunal que el desistimiento fuese voluntario o provocado por la petición de la víctima, quien suplicó que dejara de apuñalarla. Afirma en todo caso que dejó de acuchillarla y antes de marcharse dejó la puerta abierta con la finalidad de llamar la atención de los vecinos.

En el segundo motivo insiste en que no ha quedado acreditado que el ataque se produjera por la espalda, por lo que no hubo alevosía.

Por todo ello invoca una calificación de los hechos como un delito de lesiones recogido del art. 148 CP e interesa su condena, como autor, a la pena de un año y seis meses de prisión, concurriendo la circunstancia mixta de parentesco como agravante y las de arrebató u obcecación y de actuar bajo los efectos del alcohol, medicación y adicción a la marihuana, como atenuantes. Subsidiariamente estima que los hechos deben ser calificados como "un caso de tentativa de homicidio".

El tercer motivo del recurso se formula por infracción de ley y de precepto constitucional al amparo de los arts. 849.1 LECrim y 5.4 LOPJ en relación con el los arts. 24.1, 9.3 y 120 CE y con los arts. 63.1 y 61.1 d) de la LOTJ por vulnerar el principio a la tutela judicial efectiva, en su variante al derecho a obtener una respuesta razonable, excluyendo toda arbitrariedad y la exigencia de motivación cuando la pretensión punitiva dándose los presupuestos fácticos y procesales para ello, obtiene una respuesta irrazonable.

Insiste en que actuó bajo los efectos del alcohol, marihuana y medicamentos, y reitera que, al no existir la alevosía y concurriendo desistimiento, la calificación resultante ha de ser la de delito de lesiones consumadas o subsidiariamente un caso de tentativa de homicidio, deben apreciarse las citadas atenuantes que la sentencia no aplica sin realizar motivación sobre ello.

1. Realmente lo que se invoca por el recurrente a través de estos motivos es la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, ya que por corriente infracción de ley está absolutamente abocado al fracaso, al estar condicionada una pretensión de tal naturaleza procesal a aceptar y asumir los hechos declarados probados en todo su contenido, orden y significación (art. 884.3 LECrim). Desde esta perspectiva procederemos por tanto a dar contestación a las quejas formuladas por el recurrente.

2. Además, varias de las quejas que contiene el recurso, relativas al desistimiento, arrebató y concurrencia de atenuantes derivadas del consumo de alcohol, fármacos y marihuana, constituyen pretensiones nuevas que no han sido sometidas a la consideración, ni de la Audiencia Provincial ni del Tribunal Superior de Justicia.

Surge de esta forma la cuestión de si el recurrente habría perdido la oportunidad procesal de someter aquéllas cuestiones al conocimiento de este Tribunal, Tribunal al que únicamente corresponde examinar la corrección legal o constitucional de la sentencia dictada por el Tribunal de instancia.

Como dijimos en la sentencia núm. 345/2020 (Pleno), de 25 de junio, "No es ello posible, salvo supuestos marcadamente excepcionales. Lo impide la naturaleza revisora del recurso de casación. Lo que se recurre es la sentencia de apelación. Se analiza si ha acertado al resolver el recurso planteado. No pueden traerse a casación cuestiones que no han sido objeto de debate en apelación. No podemos revisar la decisión de la Audiencia sobre ese punto, sencillamente porque no ha adoptado ninguna decisión al respecto en cuanto el tema no le fue planteado. Eso comporta la inadmisibilidad del recurso".

En el mismo sentido, señalábamos en la sentencia núm. 67/2020, de 24 de febrero, que "Respecto de la cuestión nueva, hemos recordado con reiteración (STS nº 828/2005, de 27 de junio), que la doctrina de esta



Sala sobre el recurso de casación "establece que el control casacional no puede extenderse a cuestiones que, siendo posible, no se hayan planteado oportunamente en la instancia, de modo que puedan haber sido objeto del pertinente debate, dando lugar a una resolución del Tribunal que pueda ser revisada en esta sede". En sentido similar, entre otras, la STS nº 22/2005, de 17 de enero.

Este planteamiento tiene su origen en resoluciones anteriores a la generalización de la segunda instancia en materia penal. (...)

Establecido el previo recurso de apelación contra la sentencia de instancia, la jurisprudencia ha venido insistiendo en la necesidad de que las cuestiones que se plantean en casación lo hayan sido anteriormente en apelación. Así decíamos en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020 que "la existencia de un recurso previo de apelación impone la exigencia de que las cuestiones que se plantean en el recurso de casación lo hayan sido antes en aquel. Dicho de otra forma, en el recurso de casación no podrán examinarse cuestiones nuevas no planteadas en la apelación cuando el recurrente pudo hacerlo". (En sentido similar, entre otras, STS 781/2017, de 30 de noviembre; STS nº 451/2019, de 3 de octubre; o STS nº 495/2019, de 17 de octubre).

La jurisprudencia había admitido dos excepciones a esta doctrina general. Así, esta Sala había reconocido la necesidad de arbitrar un cauce absolutamente excepcional para aquellos casos en los que se alegue infracción de derechos fundamentales y aquellos otros en los que el planteamiento de la cuestión no suscitada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis (cfr. SSTS 683/2007, 17 de febrero y 57/2004, 22 de enero).

Sin embargo, estas excepciones estaban pensadas para los casos en que no existía otro recurso que el de casación, lo que justificaba un ensanchamiento de los cauces propios del mismo, lo cual ya no aparece como necesario al generalizarse la apelación, permitiendo al recurso de casación recuperar su esencia.

De todos modos, la segunda de las citadas excepciones, especialmente, estaba referida a los casos en los que, no habiéndose alegado en el plenario, la concurrencia de una atenuante o de un subtipo atenuado o de una circunstancia similar, resultara directamente de los hechos que el Tribunal había declarado probados la base fáctica que permitiría apreciar su concurrencia. Posición generalizable a cualquier otra alegación omitida que cumpliera esas exigencias. Así, el recurrente, aunque hubiera omitido indebidamente esa alegación en el plenario, podía reclamar en apelación la aplicación de aquello que resultara directamente de los hechos probados de la sentencia recurrida.

No ocurre así cuando ya existe un previo recurso de apelación. Esta alegación omitida en la instancia, es posible en ese recurso, pero si se prescinde de ella, como ocurre con cualquier otra en la apelación, nada justifica su planteamiento per saltum en casación.

Tampoco se justifica cuando se alega en casación una infracción de derechos fundamentales que no ha sido planteada en apelación. Esta Sala ha excluido del recurso de apelación las alegaciones amparadas en el artículo 852 de la LECrim cuando se trata de recursos contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias provinciales. Por lo tanto, el hecho de que se alegue la vulneración de un derecho fundamental no justifica por sí mismo que se examine la cuestión nueva en casación.

Además de estos supuestos que puedan encuadrarse en la noción de cuestiones de orden público, la jurisprudencia ha admitido otros casos que tienen una justificación diferente. Se trataría de cuestiones que, o bien no pudieron ser planteadas en el recurso de apelación, por razones obvias, o bien de cuestiones que, aunque desde otras perspectivas, en realidad ya habían sido planteadas en aquel recurso. (...)

Aun así, todavía podrían plantearse supuestos en los que, muy excepcionalmente, se justificaría el examen de una cuestión no planteada en apelación.

Esta Sala ha admitido esa posibilidad cuando se trata de la prescripción o de otras cuestiones que deban apreciarse de oficio por los Tribunales. Así, en la STS nº 174/2006, de 22 de febrero [El reproche es impugnado por una de las partes recurridas por tratarse de una cuestión nueva no planteada en la instancia. Este reparo, sin embargo, no puede ser aceptado por cuanto la prescripción es una institución de orden público que puede y debe ser apreciada incluso de oficio por los órganos jurisdiccionales (véanse SS.T.S. de 26 de abril de 1.996 y 9 de mayo de 1.997, entre otras muchas)]. O, con carácter más general, STS nº 22/2005, de 17 de enero [Tan insalvable obstáculo pretende soslayarlo el recurrente alegando que la atenuante que ahora interesa "debió aplicarse de oficio" por el Tribunal sentenciador, argumento inaceptable al no tratarse de una materia de orden público que legitimaría a aquel a resolver de oficio sin previa pretensión de alguna de las partes procesales]. O en la STS nº 480/2009, de 22 de mayo, [para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte y con excepción del daño que se derive de la



aplicación de normas de orden público procesal (SSTC. 15/87 de 11.2, 17/89 de 30.1, 70/99 de 26.4) "cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes"].

También por el Tribunal Constitucional, entre otras en la STC 123/2005, de 12 de mayo; STC 140/2006, de 8 de mayo, FJ 5; STC 155/2009, de 25 de junio o STC 198/2009, de 28 de setiembre, FJ 2.

A esta posibilidad también se ha referido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la Sentencia de 17 de marzo de 2016, Bensada Benallal, (Cuando de conformidad con la legislación nacional, un motivo planteado por primera vez ante un tribunal nacional de casación, basado en la violación del derecho interno, sólo es admisible si es de orden público, un motivo basado en la violación del derecho a ser oído, tal y como garantiza el derecho de la UE, y que se plantea también por primera vez ante el mismo tribunal de casación, debe ser declarado también admisible si cumple las condiciones exigidas por la legislación nacional para ser considerado como un motivo de orden público, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente). En similar sentido la STJUE de 14 de noviembre de 2017, Caso British Airways contra Comisión Europea.

En definitiva, aunque las excepciones a la regla general han sido interpretadas y aplicadas en ocasiones con amplia generosidad, una vez que se ha generalizado el recurso de apelación, en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo".

En nuestro caso, nos encontramos ante un procedimiento que ha sido revisado en segunda instancia y en el que el recurrente no ha planteado cuestión alguna relacionada con el desistimiento, arrebató o concurrencia de atenuantes derivadas del consumo de alcohol, fármacos y marihuana, ni ante la Audiencia, ni ante el Tribunal Superior de Justicia. La resultancia fáctica contenida en la sentencia dictada por la Audiencia no contiene referencia alguna a hechos de los que pueda inferirse que el acusado desistió voluntariamente de su acción o actuó por arrebató o influido por el consumo de alcohol y/o de determinadas sustancias. Es más, la defensa del acusado se ha sustentado en negar toda relación con los hechos. Negó haber ido al domicilio de la Sra. Campbell y negó también haberla agredido, afirmando que la noche de los hechos estuvo en un banco en la calle, que había planeado volar a Escocia y que los días 19 y 20 de julio estuvo en el aeropuerto de Alicante. Tampoco cabe apreciar que actuara bajo los efectos del alcohol, pues tal extremo no quedó acreditado y, por tanto, no tuvo su reflejo en el hecho probado. Y en todo caso, como señala el Tribunal Superior de Justicia al examinar la valoración probatoria efectuada por la Audiencia en relación a la autoría por parte del acusado de los hechos que se le imputan, "los forenses del Instituto de Medicina Legal de Alicante (folios 289 a 291) se llega a la conclusión que el procesado no presentó en el momento de su reconocimiento ningún cuadro psicopatológico, mostrando un estado de ánimo depresivo que no afecta a su capacidad de decidir libremente, teniendo integras sus facultades intelectivas y volitivas. Igualmente se descartó la existencia de cuadro psiquiátrico crónico o permanente cuando sucedieron los hechos, que afectara a la imputabilidad penal. Y asimismo se desechó que presentara un cuadro transitorio que impidiera al sujeto decidir libremente su conducta y las consecuencias de la misma, no teniendo ningún elemento para pensar que tuviese alguna afectación en las bases psicobiológicas de la imputabilidad, estando éstas íntegras en relación a los hechos."

TERCERO.- Examinamos a continuación la queja del recurrente referida a la valoración de los elementos probatorios realizados por el Tribunal de instancia a través de los cuales ha llegado a la conclusión de que el ánimo que guio la agresión perpetrada por el acusado sobre su expareja no fue otro que el de acabar con su vida. Queja que se extiende también a la forma en la que el Tribunal ha considerado acreditado que perpetró la agresión, atacando a la Sra. Campbell por la espalda con un cuchillo, lo que ha determinado la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía.

Para ello debemos comenzar recordando que la función casacional encomendada a esta Sala "ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) Que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) Que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) Que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba" (SSTS 128/2008; 448/2011, de 19 de mayo y 741/2015, de 10 de noviembre).

2. En el supuesto examinado, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, recoge una valoración de las pruebas de cargo relacionadas en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, con la que coincide en las conclusiones que alcanza.

La prueba practicada en el plenario fue suficiente para fundamentar la autoría de los hechos por parte del recurrente, el ánimo que presidió su actuar y la forma en que se verificó el ataque. El Tribunal valoró la totalidad de las pruebas con sujeción a las reglas de la lógica, la razón y a las máximas de experiencia lo que le permitió



concluir que el acusado realizó los hechos por los que fue condenado en los términos expresados en el apartado de hechos probados.

Las conclusiones del Tribunal se asientan no sólo en el testimonio prestado por la víctima, la que relató con todo detalle cómo el acusado llegó a su casa discutiendo porque quería dinero, y cuando ésta se dispuso a coger las llaves del coche dirigiéndose hacia la puerta para marcharse, aquel la atacó por la espalda propinándole lo que inicialmente creía que era un puñetazo y después resultó ser una cuchillada, cayendo al suelo, siendo entonces cuando vio que portaba un cuchillo, levantó el brazo y él le clavó una segunda vez el cuchillo en el brazo. A continuación la arrastró hasta el dormitorio y la tiró en la cama, limpió los restos de sangre y puso la lavadora. Finalmente abandonó la vivienda.

El Tribunal ha visto confirmado este testimonio por la declaración prestada por su vecina D.^a Estefanía y el primo de ésta D. Hernan . La primera oyó la pelea que mantuvieron. Por la mañana le vio salir a él entre las 10 y las 11 horas con una maleta y una bolsa, y cuando llegó su primo oyeron que ella pedía socorro, por lo que llamaron a la policía. En el mismo sentido declaró el Sr. Hernan quien también vio al acusado salir de la vivienda. Igualmente ha contado con el testimonio de los agentes de la Guardia Civil, que confirmaron el hallazgo de restos de sangre en la vivienda, así como que se había fregado el suelo y que la lavadora estaba puesta, y de los funcionarios de policía local que encontraron a la víctima observando igualmente que el suelo había sido fregado y la lavadora se hallaba puesta. Por último examinó el Tribunal el resultado de la pericial forense, a través de la cual verificó la etiología de las lesiones, el riesgo vital que produjeron y las graves secuelas que han ocasionado en la víctima. Confirmaron también que el acusado no presentaba en el momento de ser reconocido ningún cuadro psicopatológico, en los términos que ya han sido expuestos más arriba.

Todos estos elementos, relacionados y constatados por el Tribunal con prueba directa que detalla en la resolución recurrida, y debidamente valorados, sin lugar a duda exteriorizan la conclusión del Tribunal en los términos que explicita. De la misma forma, las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Superior de Justicia, tras repasar las pruebas practicadas y la valoración de las mismas realizadas por la Audiencia, coinciden en todos sus extremos con las alcanzadas por ésta, ofreciendo puntual contestación al recurrente sobre todas y cada una de las quejas que en análogos términos reproduce nuevamente en casación.

Y entre estas conclusiones, se encuentran tanto el ánimo que dirigió la conducta del recurrente, que no es otro que causar la muerte de su expareja, como que el ataque se produjo cuando esta se encontraba de espaldas con intención de abandonar el domicilio, asestándole una puñalada por detrás de forma sorpresiva, y una segunda en el brazo cuando aquélla cayó al suelo.

CUARTO.- La jurisprudencia de esta Sala viene considerando como criterios de inferencia para colegir el ánimo de matar los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (sentencias 57/2004, de 22 de enero; 10/2005, de 10 de enero; 140/2005, de 3 de febrero; 106/2005, de 4 de febrero y 755/2008, de 26 de noviembre).

En nuestro caso, el Tribunal Superior de Justicia repasado los signos externos valorados por la Audiencia para concluir afirmando la voluntad de matar: "(i) para consumar la agresión utilizó un cuchillo, arma sin duda de gran potencial lesivo; (ii) clavó el cuchillo en zona capital, lo que supuso "un riesgo vital significativo y hubiera podido perder la vida de no ser por la rápida intervención de los facultativos que la atendieron y las actuaciones quirúrgicas de urgencia efectuadas"; (iii) preguntó a la víctima si quería escribir una carta a su hija; (iv) y, tras consumar la acción y pese a las peticiones de ayuda, limpió el suelo, puso una lavadora y huyó del lugar, dejándola gravemente herida."

Con tales hechos puede alcanzarse la conclusión de que el dolo que guiaba la acción del acusado era el de acabar con la vida de su víctima, encontrándose el ánimo homicida del agresor en los momentos anteriores, coetáneos y posteriores a su acción. Así el acusado se hizo con un cuchillo que clavó en el costado de su expareja cuando ésta se hallaba de espaldas. La zona elegida, considerada como capital, supuso grave riesgo para la vida de la víctima. El acusado no solo asestó un golpe sino dos. Tras la agresión, el acusado procedió a borrar las huellas de su acción sin interesarse por la situación de su víctima. Finalmente se marchó del lugar, abandonando a la víctima a su suerte, habiendo podido perder la vida de no ser por la intervención de sus vecinos que alertaron a la policía. Todos estos elementos, sin lugar a duda, exteriorizan intenciones que exceden con mucho de las meramente lesivas. Lejos de ello, el ánimo homicida atribuible al acusado fluye de forma evidente al analizar el acervo probatorio aportado y practicado con las debidas garantías en el acto del



juicio oral, en los términos que han sido analizados. Excluyen también cualquier clase de desistimiento por parte del acusado quien llevó a cabo todos y cada uno de los actos necesarios e idóneos para ocasionar el resultado, y si este no se produjo fue por la acción de terceros y por causas totalmente ajenas a su voluntad.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Conforme se expresaba en la sentencia núm. 496/2018, de 23 de octubre, la doctrina de esta Sala viene señalando (sentencia 161/2017, de 13 de marzo) que "la alevosía resulta de la falta de defensa de la víctima; es decir, el núcleo 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.

Hemos dicho en nuestra sentencia 39/2017, de 31 de enero, que la agravante de alevosía concurre cuando el autor comete el delito contra las personas (elemento normativo aquí no discutido) empleando tanto medios como modos o formas caracterizados porque tienden (lo que exige el componente subjetivo de conciencia de esa funcionalidad) directa o especialmente a asegurarla (nota objetiva compartida con otras circunstancias como la de abuso de superioridad) sin el riesgo para la persona del autor, pero de un riesgo que se estime procedería de la acción defensiva de la víctima.

Esta última nota -conjurar el riesgo generable por la víctima- es la más específica de la alevosía. Ciertamente tal conjura, entendida como acción de impedir o evitar con previsión una situación que puede resultar peligrosa (según diccionario RAE), puede procurarse bajo diversas modalidades de comisión. Así cuando la víctima está inerme o indefensa por sus propias condiciones personales o por la situación en que se encuentra. O cuando, por la confianza depositada en el autor, no se previene frente a eventuales ataques del autor del delito. O bien porque éste lleva a cabo sus actos cuidando, mediante la rapidez o el ocultamiento de su intención, de que la víctima no disponga de tiempo para precaverse mediante cualquier modalidad defensiva que implique precisamente eventuales daños para la persona del autor."

En el supuesto examinado, según se describe en la sentencia dictada por la Audiencia y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia, que "el procesado aprovechó que la víctima se encontraba de espaldas para coger un cuchillo y apuñalarla de forma totalmente sorpresiva, habiendo relatado la Sra. Marcelina que, cuando se dirigía hacia a la puerta para salir de la vivienda, tras haber discutido con el procesado, sintió como un puñetazo en la espalda y al caer al suelo y girarse, pudo ver a su agresor con un cuchillo en la mano y se dio cuenta de que la estaba apuñalando, levantó el brazo y el procesado el clavó el cuchillo en el brazo, precisando que antes de la primera puñalada, ella no había visto el cuchillo. En consecuencia, entiende la Sala que la alevosía es súbita y sorpresiva, ya que la agresión fue inopinada e inesperada para la víctima y sin que esta pueda tener capacidad de reacción, cuando se encontraba de espaldas a su agresor y sin saber que el mismo portaba un cuchillo."

Este acontecer es explicado y valorado en la sentencia, expresando el Tribunal los elementos de juicio que le han llevado a apreciar la agravante de alevosía. De esta manera se pone de relieve la utilización de un cuchillo, el carácter súbito e inesperado del primer apuñalamiento, y el ataque por la espalda. Tales datos resultan de la declaración prestada por la víctima, junto a la falta de un relato alternativo por el acusado, quien, en este punto se ha limitado a negar la autoría de los hechos e incluso su presencia en el lugar el día en que éstos tuvieron lugar. Además vienen conformados por las características de las lesiones incisivas padecidas por la víctima, su localización y la ausencia de otras lesiones en ella y en su agresor que pudieran reflejar que fuera capaz de llegar a defenderse.

Tales elementos en su conjunto satisfacen las exigencias objetivas y subjetivas de la alevosía ex artículo 139.1ª del Código Penal.

En consecuencia, el recurso debe ser rechazado.

SEXTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del art. 901 LECrim.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Jesús , contra la sentencia núm. 306/2021, de 8 de noviembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Sala núm. 307/2021, en la causa seguida por delito de asesinato en grado de tentativa.

2) **Imponer** a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.



3) **Comunicar** esta resolución a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misa no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ