



Roj: **STS 4251/2019 - ECLI:ES:TS:2019:4251**

Id Cendoj: **28079120012019100705**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2019**

Nº de Recurso: **1877/2018**

Nº de Resolución: **637/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 4251/2019,**
SAP PO 2341/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 637/2019

Fecha de sentencia: 19/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1877/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/12/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1877/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 637/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 19 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones del acusado D. Modesto y por la A. Particular Dña. Paulina, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta, que condenó al anterior acusado por delito de lesiones agravadas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por la Procuradora Dña. Olga Romajaro Casado y bajo la dirección Letrada de D. Ángel Fernández Bermejo respecto del acusado Modesto y por la Procuradora Dña. Rocío Martín Echague y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a Valeria Quesada Contreras respecto de la Acusación Particular.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Cangas de Morrazo instruyó sumario con el nº 1177/2015 contra D. Modesto, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta, que con fecha 1 de febrero de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"El día 22 de octubre de 2015, Modesto, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba en la vivienda sita en el lugar de DIRECCION000 número NUM000, (término municipal de Valga) con quien había sido su pareja sentimental durante cuatro años, Paulina, cuando sobre las 5:00 horas Modesto, valiéndose de dos cuchillos de 7,5 cm de hoja y con la intención de causar la muerte a Paulina, procedió a apuñalarla en reiteradas ocasiones pudiendo ella salir al exterior de la vivienda, siendo seguida por Modesto que se desprendió de uno de los cuchillos en el jardín de la vivienda habiendo dejado el otro en el interior de la misma, y que le golpeó también la cabeza contra un muro al tiempo que le decía "que mala eres de matar". Pese a estar herida Paulina se dirigió hacia la vivienda de un vecino para pedir auxilio, vivienda que se encuentra a unos 51 metros de aquella en la que ella vivía. Mientras pedía auxilio y hasta que pasado un breve periodo de tiempo, el vecino abrió la puerta de su casa para ayudarla, Modesto permaneció al lado de Paulina sin impedirle pedir ayuda ni agredirla nuevamente, tratando tan solo de que volviera a casa con él para lo que intentaba que ella se levantara del suelo, donde se había sentado. A consecuencia de estos hechos, Paulina sufrió sangrado perioral, hematoma frontal izquierdo, erosiones en la región facial, múltiples heridas incisas dispersas en el lado derecho del cuello, región torácica posterior, región lumbar, región glútea y cara externa del muslo derecho, lesiones contusas en los brazos, erosiones en ambas rodillas, heridas incisas en mano u dedos izquierdos, importante enfisema subcutáneo en planos superficiales y profundos de región supraclavicular derecha y laterocervical derecha en sentido ascendente que va disecando hacia la región laterocervical derecha alcanzando la parte anterior de la musculatura prevertebral, laceración renal izquierda y desflecamiento de los músculos psoas, cuadrado lumbar izquierdo y engrosamiento a nivel de dorsal ancho; lesiones que requirieron para su curación, además de una primera asistencia, tratamiento médico quirúrgico, así como 30 días, 8 de los cuales fueron en el ámbito hospitalario, 4 en ámbito extrahospitalario impeditivos y 18 no impeditivo; restándole como secuelas: Algía cervical, dorsal y lumbar postraumática sin compromiso radicular de carácter muy leve, limitación de la movilidad de la articulación metacarpofalángica del 1º dedo de carácter muy leve, dolor en mano, de carácter leve y parestesia de partes acras, de carácter muy leve. Como secuelas de perjuicio estético le han restado: Cicatriz de 5 cm aproximadamente en cara lateral derecha del cuello. Cicatrices en miembros superiores: cicatriz de 0,8 cm aproximadamente en mano derecha, de forma redondeada, cicatriz de 0,5 cm. aproximadamente en cara posterior de tercio medio de antebrazo izquierdo, cicatriz de 1 cm. aproximadamente en cara anterior de tercio medio de antebrazo izquierdo, cicatriz de 1 cm. aproximadamente en tercio medio de antebrazo izquierdo, cicatriz con forma de V de 2 cm. aproximadamente en cara dorsal de falange proximal de 1º dedo de la mano izquierda. Cicatrices tronco: Cicatriz de 1 cm. aproximadamente en región dorsal izquierda, cicatriz de 1,5 cm aproximadamente en región lumbar izquierda, cicatriz de 0,8 cm aproximadamente en región central dorsal, cicatrices de 0,5, 0,5, 0,5 y 1 cm aproximadamente en región dorsal, cicatriz de 0,5 cm aproximadamente en región lumbar derecha y cicatriz de 0,5 cm aproximadamente en región sacra. Cicatrices en nalga derecha: Cicatriz de 1 cm aproximadamente a nivel central, 3 cicatrices en borde externo de 1, 1,5 y 1 cm aproximadamente, más inferior cicatriz de 1,5 cm aproximadamente, más inferior aún otra cicatriz de 1,5 cm aproximadamente. Cicatrices en cadera derecha: Cicatriz de 1,3 cm aproximadamente que loide en región externa, cicatriz de 1 cm aproximadamente que loide en región externa, cicatriz más anterior que las anteriores de 1,2 cm aproximadamente; y región endurecida a nivel de nalga izquierda. Modesto padece un trastorno somatomorfo y un retraso mental moderado que afecta moderadamente a su capacidad



volitiva. Modesto estuvo en situación de prisión provisional por esta causa desde el 6.11.2015 hasta el 16.2.2016. En fecha 16.2.2016 por la Audiencia Provincial se dictó Auto imponiendo a Modesto la prohibición de aproximarse a un radio de 200 metros a Paulina , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se pudiera encontrar, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el tiempo de tramitación de la causa, y prohibición de entrada y residencia en Cangas por el mismo periodo, medidas controladas por medio telemático".

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

"QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Modesto del delito de homicidio en grado de tentativa previsto en los artículos 138 y 16 del Código Penal por desistimiento voluntario, declarando de oficio las costas procesales causadas y DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Modesto como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones agravadas previsto y penado en el artículo 148.1 y 4 del Código Penal, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de alteración psíquica prevista en el artículo 21.7 en relación con el 21.1 y 20.1 del Código Penal, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndose conforme a lo dispuesto en los artículos 57.1 y 2 y 48 del Código Penal, la pena de prohibición al acusado de aproximarse a Paulina , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia de 200 metros, con dispositivo telemático de control así como de comunicarse con ella por cualquier medio y prohibición de entrada y residencia en la localidad de Cangas, en ambos casos por un tiempo de 7 años así como las medidas de libertad vigilada consistentes en las obligaciones de seguir tratamiento médico externo y someterse a control médico periódico en ambos casos por tiempo de 5 años; así como al abono de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular; debiendo indemnizar a Paulina en la cantidad de 1375 euros por los días de curación, 6000 euros por las secuelas restantes, 10971,45 euros por el perjuicio estético sufrido y 10000 euros por el daño moral, con el interés previsto en el artículo 576 LEC. Procédase al comiso de los efectos intervenidos. Le será de abono al acusado el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, se mantienen las medidas de prohibición de aproximación y comunicación y de entrada y residencia impuestas a Modesto por Auto de fecha 16.2.2016, así como su control por medio telemático, en tanto se tramitan los eventuales recursos y hasta que sea, en su caso, requerido para el cumplimiento de las penas impuestas. La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer RECURSO DE CASACION ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E. Criminal".

Por Auto de fecha 9 de febrero de 2018 se aclaró la anterior sentencia que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"SE ACUERDA RECTIFICACIÓN de la sentencia dictada en la presente causa con fecha 1 de febrero de 2018 en el sentido siguiente: En el FALLO se fija como indemnización por el daño moral a Paulina la cantidad de 4000 euros, y en el FUNDAMENTO JURIDICO SEGUNDO, en el primer párrafo del mismo, en el antepenúltimo punto y seguido debe decir "Relato el testigo como no vio al acusado con ningún cuchillo". Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados. Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpen desde que se solicitó su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, en su caso, y, en todo caso comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de la presente".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infacción de precepto constitucional, por las representaciones del acusado D. Modesto y de la Acusación Particular Dña. Paulina , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Modesto , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por infracción ordinaria de ley, por inaplicación del art. 21.1 del C. Penal.

Segundo.- Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, amparado en el art. 24.1 de la C.E.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular Dña. Paulina , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Infracción de ley. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º



L.E.Cr., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, que sostenemos demuestran la equivocación de la Sala juzgadora sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr., por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 16.2 C. P. e infracción por inaplicación del art. 183 en relación con los arts. 15, 16.1 y 62, todos ellos del C. P.

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr., por inaplicación del art. 22.2 del C. Penal y del art. 23 C. Penal.

Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr. por indebida aplicación del art. 109 C. Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la Acusación Particular que impugnó el recurso.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 5 de diciembre de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación por las representaciones de D. Modesto y de D.ª Paulina contra la sentencia dictada por de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra el 1 de febrero de 2018.

RECURSO DE D. Modesto

SEGUNDO.- 1.- Primer motivo. Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse inaplicado indebidamente el artículo 21.1 CP.

El recurrente defiende que debía haberse aplicado la eximente incompleta por sumarse un trastorno somatomorfo a un retraso mental moderado, con referencias a los informes médicos que constan en la causa y a manifestaciones de testigos.

Señala el hecho probado que: "Padece un trastorno somatomorfo y un retraso mental moderado que afecta moderadamente a su capacidad volitiva".

Sobre esta cuestión señala el Tribunal que:

"La defensa alegó, ya en sede de conclusiones provisionales que elevó a definitivas, la concurrencia de la eximente completa del artículo 20.1 CP, o en todo caso, o la eximente incompleta del art 21,1 o la atenuante contemplada en el artículo 21.7 del Código Penal; en tanto el Ministerio Fiscal y la acusación particular acogen la atenuante analógica de alteración psíquica del artículo 21,7 en relación con el 20,1 del Código Penal.

Sostuvo el acusado que esa noche estaba nervioso, alterado, enfadado porque ella llevaba días sin querer hacerle la comida ni nada, habiendo ido los días previos al centro médico de Valga; Paulina, sin embargo, niega que el acusado estuviera enfadado con ella porque ella no había hecho nada, admitiendo que sabía que él tomaba medicación si bien negando ser ella la encargada de que la tomara y señalando que el acusado siempre estaba nervioso. Igualmente corroboró que el día anterior el acusado había ido al centro médico de Valga llevado por su hermano, que el hermano estuvo allí por la tarde y le dijo si le llevaba a Cangas negándose ella diciéndole que a las dos de la mañana no iba en coche, que le dejara tranquilo que ya por la mañana se tranquilizaría. El testigo Sebastián relata cómo vio al acusado en el centro médico de Valga, muy alterado, gritando que le dolía la garganta y le parecía que sangraba, con los pantalones desabrochados y un poco caídos.

Esta última declaración se valora teniendo en cuenta que si bien no identifica el testigo el día al que se refiere en sus manifestaciones, sí se sitúa cercana a la fecha de los hechos porque el testigo razonó que luego los vecinos comentaron lo que había pasado con su pareja, de modo que lo sitúa en los días cercanos a estos hechos.

Por su parte David, hermano del acusado alude a cómo Modesto seguía tratamiento desde hace años pero no lo controla, siendo las parejas del acusado, también Paulina, quienes lo controlaban, si bien manifestó que su hermano quería echarla de la casa porque no le cuidaba, no le llevaba al centro médico, estando ella también disgustada. No obstante cuando le digo que si quería le llevaba a Cangas ella dijo que tenía control sobre él y que estaba acostumbrada a tratar con gente mayor. De la declaración del también testigo y hermano del acusado, Eugenio, se desprende que efectivamente el acusado estaba a tratamiento desde hacía años creyendo que no tomaba la mediación antes de estos hechos. Es este testigo quien, según declaró, fue llamado el día 21 por la doctora del centro médico de Valga para que acudiera porque allí estaba Modesto, nervioso, alterado, quejándose de que le dolía en varias partes del cuerpo, llevándolo finalmente su hermano a casa al



no considerar oportuno la médico remitirlo a Heraclio como el acusado pretendía. También hizo referencia a que ese día a las 9 de la noche fue Paulina quien le llamó porque Modesto estaba mal.

Se cuenta, además, con las declaraciones de los agentes NUM001 y NUM002 que ponen de manifiesto la situación del acusado, no antes de los hechos como en el caso de los anteriores testigos, sino después de lo ocurrido. El primero de los agentes, al margen de lo que al respecto le comentarán los compañeros, habló con el acusado para preguntarle cómo estaba porque le vio desorientado, en tanto que el segundo de los agentes referidos señala que le preguntaban pero no hablaba, solo balbuceaba y aparentaba perdido.

Junto a la documental unida a las actuaciones, es objeto de valoración el informe Médico Forense así como la ratificación y las declaraciones prestadas en el plenario por las peritos, que mantuvieron sus conclusiones respecto al acusado, vista también la última documental aportada:

El acusado tiene un retraso mental moderado y un Trastorno somatomorfo, concluyendo que en relación con los hechos, tiene moderadamente afectada la capacidad volitiva (folios 383 y 384 de las actuaciones); ya en el plenario, se expuso por las peritos cómo el trastorno somatomorfo 7 dentro del que está incluido el trastorno hipocondriaco) lleva al sujeto a creer que está enfermo lo que le causa ansiedad y depresión, señalando que es preciso que tome la medicación porque a la ansiedad importante que el referido trastorno crea, se ha de sumar su falta de formación -no sabe leer ni escribir- y el retraso mental que padece. De acuerdo con las declaraciones de las peritos, tras la lectura de la historia clínica, hablar con su hermano, no creen que se tratara de una reacción impulsiva, sino que se enfadó y adoptó esa decisión, lo que le cuesta es frenarse pero sí sabe lo que hace; en definitiva, comprende que una agresión no está bien pero esa ansiedad (había ido al médico dos o tres veces) a lo que se suma el retraso mental lleva, a la afectación de la capacidad volitiva moderadamente; y respecto a lo que consta en el hospital tras los hechos para la perito no es más que una hipótesis diagnóstica no confirmada posteriormente, de donde no se hace por su parte modificación alguna de sus conclusiones.

... Esta Sala, atendiendo a la jurisprudencia expuesta y a la valoración de la prueba practicada, acreditativa de la situación anterior y también inmediatamente posterior a los hechos en que se encontraba el acusado, así como esencialmente al informe Médico Forense; estima acreditados los padecimientos apuntados en dicho informe, y cómo la falta de toma de tratamiento creó una situación de ansiedad y enfado en el acusado que le llevó a atacar a Paulina, comprendiendo la ilicitud de su acción pero viéndose afectada su capacidad de adecuar la conducta a dicha comprensión y en el caso concreto, no se ha acreditado no solo que sus facultades intelectivas y volitivas se encontraran anuladas sino tampoco que la afectación de las volitivas fuera de tal importancia que se justifique la aplicación de la eximente incompleta, lo que conlleva la aplicación de la circunstancia atenuante analógica prevista en el artículo 21.7 en relación con el 20.1 del Código Penal, acogiendo el criterio de las acusaciones y de acuerdo con la consideración de que la disminución de su capacidad volitiva lo era de forma moderada".

Se plantea progresar la aplicación de la atenuante analógica de afectación mental que aprecia el tribunal a la eximente incompleta del art. 21.1 CP en relación con el art. 20.1 CP.

Sobre este punto señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 52/2016 de 14 Ene. 2016 Rec. 1456/2015 que:

"Tal como está redactado el actual artículo 20.1º del Código Penal, el orden de comprobación a seguir al efecto de verificar si concurren los requisitos precisos para apreciar una eximente completa o incompleta por anomalías o trastornos psíquicos habrá de comenzar por:

1.- Comprobar que el sujeto agente del delito está afectado por una anomalía o trastorno, en cuyo amplio concepto caben tanto las tradicionalmente admitidas como las psicosis o enfermedades mentales, los retrasos u oligofrenias como otras de trastornos o anomalías psíquicas, con excepción de los episodios determinados por la ingestión de alcohol o el consumo de drogas cuyos efectos eximentes o atenuantes son tratados separadamente por el Código Penal.

2.- Posteriormente habrá de observarse si tales causas psíquicas anómalas han determinado incapacidad, disminución de la comprensión de la ilicitud de la conducta o de actuar volitivamente en concordancia con tal comprensión y que esa relación causa-efecto ha coincidido temporalmente con la comisión del hecho, interviniendo en su génesis o en las formas de su realización.

Con respecto a la anomalía psíquica del sujeto como causa de exención completa o incompleta de la responsabilidad criminal incardinable en el art. 20.1 C.P, la moderna jurisprudencia ha consolidado el criterio según el cual no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica.



El sistema mixto del Código Penal está basado en estos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas (STS 09-03-05).

En la práctica:

- a.- Se analiza y examina el material probatorio atinente al elemento biopatológico,
- b.- Se establece el grado y la intensidad del padecimiento psíquico, y
- c.- Después se extrae de forma directa de tal base biopatológica la conclusión sobre si el autor de la conducta delictiva actuó comprendiendo la ilicitud del hecho y con posibilidad de actuar conforme a esa comprensión, o, en su caso, con una comprensión o una capacidad de actuación limitadas o excluidas (SSTS 914/2009, de 24-9; 983/2009, de 21-9; 90/2009, de 3-2; 649/2005, de 23-5; 314/2005, de 9-3; 1144/2004, de 11-10; 1041/2004, de 17-9; y 1599/2003, de 24-11, entre otras muchas)".

También, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 1205/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 633/2017 añade que:

"Ha señalado la jurisprudencia con respecto a la apreciación de las atenuaciones de la responsabilidad criminal por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, que el sistema del Código Penal vigente exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo).

De modo que una base patológica, acreditada, que en realidad no supusiera condicionamiento para las referidas facultades psicológicas o que careciera de vinculación con el concreto campo de la conducta humana a la que el hecho típico se refería, no podía ser tenida en cuenta desde el punto de vista de la consideración de la imputabilidad.

Lo que, por otra parte, para los supuestos de exención incompleta de la responsabilidad, contruidos a partir de la atenuante 1ª del artículo 21, en relación con cualquiera de las eximentes señaladas y, respecto de sus efectos penales, con el 68 del mismo Código Penal, significa una semejante configuración estructural, si bien, en estos casos, la afectación de las facultades psíquicas no requiere una anulación total de alguna de ellas, sino, tan sólo, su severa limitación (STS 60/2016, de 4 de febrero)".

(En la misma línea, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 1471/2017 de 2 Nov. 2017, Rec. 10526/2017).

En consecuencia, hay que recordar que, en primer lugar, en los hechos probados se afirma que " Modesto padece un trastorno somatomorfo y un retraso mental moderado que afecta moderadamente a su capacidad volitiva".

Ya hay, pues, una constancia en el resultado de hechos probados del carácter moderado de la afectación como resultado de la prueba practicada en el plenario y que llevó al Tribunal a la calificación de "moderado" del retraso que padece y cómo afecta a su capacidad volitiva.

La valoración que al efecto lleva a cabo el Tribunal es acertada, porque debe acudir a la "medición" forense que realizan los expertos, y de ella no puede entenderse que la graduación de la afectación es tan severa que provoque la aplicación de una eximente incompleta del art. 21.1 CP en relación con el art. 20.1 CP, dado que se expresa que: "no se ha acreditado no solo que sus facultades intelectivas y volitivas se encontraran anuladas sino tampoco que la afectación de las volitivas fuera de tal importancia que se justifique la aplicación de la eximente incompleta, lo que conlleva la aplicación de la circunstancia atenuante analógica prevista en el artículo 21.7 en relación con el 20.1 del Código Penal, acogiendo el criterio de las acusaciones y de acuerdo con la consideración de que la disminución de su capacidad volitiva lo era de forma moderada". Y ello, se extrae del informe forense tras el examen del condenado, por lo que lejos quedan apreciaciones subjetivas acerca del estado mental, la ansiedad, o los padecimientos que sufriera el recurrente, por lo que debe acudir a un criterio técnico, como el forense que evalúe el grado y alcance de esa afectación para la corolaria determinación de la fijación de la circunstancia modificativa de responsabilidad penal, por lo que la respuesta que da el Tribunal a la valoración de la prueba en este punto es correcta, motivada y ajustada a la realidad del estado mental del recurrente.

Por ello, se ha concluido motivadamente que las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil que acudieron al lugar sobre la apariencia del recurrente, y las periciales médicas practicadas en el acto de la vista. Señalando



de estas pericias que al recurrente "lo que le cuesta es frenarse pero sí sabe lo que hace", y en la valoración de las pericias en relación con el momento de la agresión, la Sala concluye que la situación en que el recurrente se encontraba "le llevó a atacar a Paulina comprendiendo la ilicitud de su acción pero viéndose afectada su capacidad de adecuar la conducta a dicha comprensión y en el caso no se ha acreditado no solo que sus facultades intelectivas y volitivas se encontraran anuladas sino tampoco que la afectación de las volitivas fuera de tal importancia que se justifique la aplicación de la eximente incompleta".

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).

Se plantea la necesidad de razonamiento sobre la determinación de la pena, y, por ello, el recurrente impugna la interpretación de la sentencia para partir de la mitad superior de la pena señalada en el artículo 148 CP cuando concurren dos de las circunstancias señaladas en el mismo. Defiende que debería haberse impuesto la pena de prisión en su mínima extensión de 2 años, en lugar de la extensión impuesta de 3 años y 6 meses.

El Tribunal motiva su pena señalando que:

"En cuanto a la determinación de la pena y conforme a lo dispuesto en el artículo 66 del Código Penal, concurriendo la agravación prevista en el artículo 148.1 así como la prevista en el artículo 148.4 del Código Penal, lo que justifican dentro de la horquilla prevista en el mencionado artículo (de dos a cinco años de prisión), la imposición de pena dentro de la mitad superior, y concurriendo igualmente la circunstancia atenuante analógica prevista en el artículo 21.7 en relación con el artículo 20.1 del Código Penal, se considera que ha de imponerse la pena de 3 años y 6 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

No se desconoce la posibilidad de no aplicación de la pena superior, por ser facultativa para el Tribunal puesto que "incluso cuando a pesar de que el medio empleado revele una peligrosidad que el tribunal ha valorado apta para subsumir en el tipo agravado del art 148.1 CP, posibilita la jurisprudencia de esta Sala, de conformidad con la previsión discrecional normativa, que atendiendo al resultado producido, no se aplique la pena superior que "es facultativa para el tribunal" (STS 1681/2001, de 26 de septiembre) (STS 566/17 de 13 de julio). Cuando la cuestión es expresamente suscitada, la doctrina de esta Sala es como sigue (STS 806/2001, de 11 de mayo): (...) la cuestión es si basta la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 148 para aplicar sin más este subtipo agravado en relación con el tipo básico descrito en el artículo 147.1, pues el primero es dependiente del segundo, o bien ello estará en función del resultado causado o el riesgo padecido, como señala su párrafo primero, mediante una proposición que establece un margen de inseguridad jurídica (como sucedía con el derogado artículo 420.2), pues está redactada en términos facultativos ("podrán ser castigados"), y además el resultado causado o riesgo producido puede entenderse directamente referido a la conducta descrita en el tipo básico o bien servir de criterio para medir la extensión de la pena de dos a cinco años establecida en el propio precepto. Pero, en cualquier caso, lo cierto es que la razón de la agravación no puede ser otra que el especial plus de riesgo que conlleva, en el caso de su número primero, la utilización de las armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosos empleados por el autor, y ello permite deducir que si no es posible reconocer la existencia de dicho peligro concreto el uso del arma no tiene porqué determinar necesariamente la aplicación de la agravación, pues está precisamente en función del resultado y el riesgo producido, más que del uso del arma o instrumento en sí mismo, ello reforzado por la proposición facultativa mencionada más arriba.

En este caso no se valora únicamente el uso de arma blanca sino también el resultado producido que queda acreditado a través de las lesiones que sufrió la perjudicada así como el riesgo creado en particular en cuanto a la afectación de zonas vitales, todo lo cual justifica, unido al artículo 148,4 del Código Penal, la agravación y partir de la mitad superior de la pena.

Se impone, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 57.1 y 2 y 48 ambos del Código Penal, la prohibición al acusado de aproximarse a Nicolasa, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia de 200 metros, con dispositivo telemático de control así como de comunicarse con ella por cualquier medio y prohibición de entrada y residencia en la localidad de Cangas, todo ello a efectos de salvaguardar la integridad física y psíquica de la perjudicada, y por un tiempo de 7 años.

Dispone el artículo 156 ter "A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título, cuando la víctima fuera alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se les podrá imponer una medida de libertad vigilada". Por la Médico Forense en el acto del juicio se puso de manifiesto la creencia de ser más conveniente para el acusado un control externo que un régimen de internamiento y en consonancia con ello y conforme a lo interesado por el Ministerio Fiscal, se impone la medida de libertad



vigilada consistente en la obligación de seguir tratamiento médico externo y someterse a control médico periódico (artículo 105.1.a y 106.1 k del Código Penal). La duración se establece en 5 años debido tanto a la gravedad de los hechos como a la necesidad de tratamiento por parte del acusado que ha sido puesta de manifiesto en el plenario, siendo igualmente preciso que se controle la toma de la medicación pautaada, puesto que, de acuerdo con la prueba practicada (en particular la declaración prestada por los hermanos) el acusado no cumple por si mismo con el tratamiento, recayendo el control sobre una tercera persona, sea la pareja sea como en la actualidad uno de sus hermanos".

El Tribunal ha aplicado el art. 148.1 y 4 CP, dado el uso de arma blanca y la relación que existía en la pareja, lo que le permite individualizar la pena conforme se ha efectuado en la horquilla que le permite el texto penal.

Recordemos que el art. 148 CP señala que:

Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

...

4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

El Tribunal aprecia que "En este caso no se valora únicamente el uso de arma blanca sino también el resultado producido que queda acreditado a través de las lesiones que sufrió la perjudicada así como el riesgo creado en particular en cuanto a la afectación de zonas vitales, todo lo cual justifica, unido al artículo 148,4 del Código Penal, la agravación y partir de la mitad superior de la pena".

Señala el Ministerio Fiscal que "la mitad superior de la pena está justificada por la concurrencia de dos de las circunstancias contempladas en el repetido artículo 148 CP; y b) en segundo lugar, porque las dos circunstancias del artículo 148 que concurren son constitutivas también de agravantes genéricas (abuso de superioridad, argumentado en la sentencia, y parentesco en delito contra las personas), por lo que cualquiera de ellas permite la aplicación de la pena señalada en el artículo 148 y la otra la aplicación de la regla 7ª del artículo 66.1 CP, con lo que también la pena impuesta resulta justificada".

La facultad de individualizar la pena dentro del marco legalmente establecido no es absolutamente discrecional, sino que está jurídicamente vinculada a los criterios de gravedad del hecho y personalidad del delincuente.

Ya dijo al respecto esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 183/2018 de 17 Abr. 2018, Rec. 10713/2017 que:

"La individualización judicial de la pena, actuando el arbitrio judicial en función de los presupuestos que lo regulan, ha sido denominada "La tercera función autónoma del Juez, representando el cenit de su actuación". El Juez, tras la valoración de la prueba y la subsunción del hecho probado en las normas penales, declara qué calidad y cantidad de pena impone dentro del marco legal ejercitando una función jurisdiccional en la que ha de observar, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE), además de los preceptos penales específicos que la regulan.

A través de la necesaria motivación no solo se va a satisfacer la necesaria tutela judicial efectiva, objeto de la actual impugnación casacional, explicando las razones que lleva al Tribunal sentenciador a la imposición de una concreta penalidad, sino que va a permitir que esta Sala en virtud de la impugnación sobre el ejercicio de la individualización, pueda comprobar la lógica y la racionalidad de ese apartado de la función jurisdiccional. Además, a través de la motivación, el propio Tribunal de instancia podrá comprobar, a manera de autocontrol jurisdiccional, si la penalidad concretamente impuesta responde a los presupuestos legales por su acomodación a la culpabilidad del autor y a las necesidades de prevención general y especial, pues la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la individualización judicial.

Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, iniciada en la STS de 25 Feb. 1989, señaló que una ausencia de fundamentación deviene absolutamente recusable y añadía "ha de ser la individualización judicial y no reducible a simples espacios de recusables prácticas estereotipadas.

La motivación de la individualización de la pena requiere, desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en



cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la ley para el delito.

El control casacional de la corrección de la pena aplicada se limita a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta las circunstancias que le hayan permitido imponer una pena acorde a la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. Este control no se extenderá, sin embargo, a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria".

También hemos señalado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 919/2016 de 7 Dic. 2016, Rec. 428/2016 dos aspectos en relación a:

"1.- El grado de discrecionalidad

Es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley. En el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando el Tribunal sentenciador "haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria" (STS 677/2013 de 24 de septiembre).

Y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 413/2015 de 30 Jun. 2015, Rec. 10829/2014 hacemos mención a:

En cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

En cuanto a las circunstancias personales del delincuente son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito.

Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer.

Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a una mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar esa mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca).

Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

1. En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.
2. En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.
3. En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad) y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.
4. Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.



Cierto y verdad que, como apunta la fiscalía si nos movemos en la mitad inferior de la pena de 2 a 5 años también es posible la fijación de la pena impuesta de 3 años y 6 meses de prisión, y en el proceso de motivación de la pena resulta importante que se concreten las circunstancias de "gravedad" que constan. Recordemos que el art. 66.1.7.ª CP señala que: *Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena.*

Y en este caso concurren dos específicas del art. 148 CP que se han expuesto. No es posible olvidar que los hechos probados son de extrema gravedad, tal y como se ha descrito lo ocurrido e, incluso, la posibilidad de que hubiera podido fallecer la víctima, aunque finalmente el Tribunal haya optado por no aplicar la tentativa de homicidio y acudir al delito de lesiones, pero se trata de un estado límite que a continuación se trata ante el recurso de la víctima, pero el modus operandi del ataque y la virulencia desplegada deben un reflejo en el "merecimiento de la pena" al autor del delito, el cual hubiera tenido una pena superior de haberse acudido al art. 138 CP como postula la acusación.

La gravedad del relato descriptivo de los hechos permiten al Tribunal fijar la pena conforme se ha expuesto combinando la atenuante con las circunstancias del art. 148 que han sido dos, por lo que es ajustada la pena impuesta a la gravedad de los hechos.

El motivo se desestima.

RECURSO DE D.ª Paulina

CUARTO.- 1.- Primer motivo. Al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

La recurrente se queja de la valoración hecha de la testifical de D. Sebastián, el vecino que la auxilió, porque dijo que no observó agresión por parte del acusado cuando no podía ver nada en la oscuridad ya que no salió; y porque en los informes médicos no se dice que el acusado padezca una enfermedad sino solo una discapacidad intelectual.

Señala la recurrente que "Ha sido determinante la declaración testifical del vecino de D. Modesto, para que la sentencia concluya que D. Modesto desistió de su ánimo de matar a Dª Paulina porque no le vio agredirle en la calle y no vio cuchillo alguno. Sin embargo, Dª Paulina manifestó que el vecino abrió la puerta pero en ningún momento salió por lo que difícilmente pudo observar, en la oscuridad, si D. Modesto llevaba cuchillo en mano o no".

No puede utilizarse esta declaración testifical como base para acudir a la vía casacional que se utiliza del art. 849.2 LECRIM.

Y se añade que "En ninguno de los informes se recoge que D. Modesto tenga una enfermedad mental, tan solo una discapacidad intelectual que no impide que conozca perfectamente las consecuencias de sus actos".

No obstante, se ha articulado anteriormente cuál es la conclusión del Tribunal en base al informe forense para acudir a la vía de la atenuante analógica en lugar de la pretendida de la defensa de la eximente incompleta del art. 21.1 C.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y



4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento 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 inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en 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), 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; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Como ya hemos expuesto en otras resoluciones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 182/2000 de 8 Feb. 2000, Rec. 404/1999) la propia relevancia de los dictámenes periciales, justifica la consolidada doctrina de la Sala relativa a la excepcionalidad de los mismos para entenderlos incluíbles en el apartado segundo del artículo 849, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

- a) La existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos; y
- b) Dándose lo anterior, tratándose de hechos relevantes en relación con los efectos jurídicos pretendidos por las partes, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ello. Concurriendo los requisitos anteriores la prueba pericial debe ser incluida en el supuesto del artículo 849.2 (también S.T.S. de 22/11/1999).

Lo que habrá que valorar es si los informes periciales que se invocan han sido contrarrestados por otros medios probatorios que han llevado a la convicción del Tribunal de que el relato de hechos se evidencia y desprende de la prueba practicada, y que ésta queda debidamente explicada en contradicción a los documentos que como pericial refiere la parte recurrente.

Están excluidos, por regla general, la ampliación de la inspección ocular, y las declaraciones del imputado en fase sumarial y en el juicio oral no son pruebas documentales. Así no son documentos, recuerda la S. 1532/2004 de 22.12, los atestados policiales, las actuaciones de las partes que constan por escrito en el procedimiento y las resoluciones judiciales, y si bien con carácter excepcional se ha admitido el valor documental del acta que refleja la diligencia de inspección ocular, y reconstitución de hechos, solo lo es en cuanto a los datos objetivos que en ella se contienen, pero no en relación con las manifestaciones que allí consten (SSTS. 4.3.86, 17.1.92, 22.7.96, 23.1.98), sin olvidar que no es suficiente sobre la base del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal sentenciador, es preciso, por el contrario que el documento (en este caso la ampliación de la inspección ocular) revele de forma clara un error del Tribunal; bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que en ambos supuestos sea la única prueba sobre este extremo (STS. 524/2003 de 9.4).

En la jurisprudencia de esta sala sobre el concepto de documento a efectos casacionales no se han considerado documentos aptos para acreditar la existencia del error en la apreciación de la prueba los siguientes casos, que son considerados documentos inidóneos a los efectos casacionales, al calificarse de pruebas personales documentadas que no tienen el carácter de ser externas a la causa, a la mayoría de diligencias sumariales generadas en el propio ámbito interno del proceso penal, tales como las declaraciones de los acusados, de los testigos, las pruebas periciales aunque con excepciones, incluso las escrituras públicas o las sentencias judiciales. La razón está en que son pruebas sometidas al principio de inmediación del Tribunal de instancia, y a la libre valoración de la prueba en conciencia por el juzgador, por lo que generalmente, escapan al control y revisión del Tribunal de casación.

El informe pericial ya analizado anteriormente ha sido debidamente analizado y nos remitimos al argumento precedente para la viabilidad, al menos de esta atenuación, aunque puesta en relación con las dos circunstancias del art. 148 CP antes expuestas para motivar la pena.



El motivo se desestima.

QUINTO.- 2.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 16.2 CP e inaplicado el artículo 138 en relación con el 16.1 y el 62 CP.

La recurrente argumenta que el condenado no realizó ningún acto para reparar el daño, por lo que no puede apreciarse un desistimiento voluntario.

Considera que "las reiteradas puñaladas en zonas vitales que asestó D. Modesto a D" Paulina, solo cesaron al conseguir huir D" Paulina de la vivienda, no por un desistimiento de D. Modesto, y no realizó ningún acto encaminado a reparar el daño, como hubiese sido llamar a los servicios sanitarios. Incluso siguió a D" Paulina cuando ésta huyó a casa del vecino, con uno de los cuchillos en mano, manifestando en el acto del juicio que la siguió y le dijo que entrara en la vivienda para que no lo denunciara".

Debemos recordar en primer lugar el precepto que se aplica, que es el art. 16.2 CP, a saber:

"2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito".

El Tribunal no sanciona los hechos por tentativa de homicidio por considerar que aunque ésta fuera su inicial intención se produjo un "desistimiento eficaz".

Nótese que en los hechos probados consta que:

"Pese a estar herida Paulina se dirigió hacia la vivienda de un vecino para pedir auxilio, vivienda que se encuentra a unos 51 metros de aquella en la que ella vivía. Mientras pedía auxilio y hasta que pasado un breve periodo de tiempo, el vecino abrió la puerta de su casa para ayudarla, Modesto permaneció al lado de Paulina sin impedirle pedir ayuda ni agredirla nuevamente, tratando tan solo de que volviera a casa con él para lo que intentaba que ella se levantara del suelo, donde se había sentado".

Con ello, el Tribunal argumenta el desistimiento señalando que:

"Sin negar, se insiste, el inicial ánimo de matar en la conducta del acusado, lo cierto es que la declaración del testigo (Sebastián) se desprende que en el tiempo en que él puede verlos tras oír el ruido que motiva que abra la ventana y pese a que está oscuro, ni ve cuchillo en la mano del acusado ni, fundamentalmente, observa que el acusado agrede a Paulina, ni golpeándola nuevamente contra el muro ni propinándole cuchilladas, sino que queda a su lado intentando que volviera con él a casa; lo que se ha de unir al hecho de que si bien salió el acusado de la vivienda siguiendo a Paulina y con uno de los cuchillos en la mano -el otro quedó sobre la encimera de la cocina donde fue posteriormente localizado por los agentes- el referido cuchillo quedó en el pequeño jardín habido a la salida de la vivienda en la que ocurrieron los hechos y así se concluye tanto de las declaraciones de los agentes como del testigo que no ve el cuchillo en manos de Modesto ni en un primer momento en que él intenta que Paulina vuelva a la casa ni tampoco cuando diciéndole el testigo al acusado que se fuera a casa, intentó éste volver hacia la casa del mencionado testigo.

Este modo de proceder del acusado ha de calificarse como desistimiento voluntario, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal, que, en consecuencia, exime de responsabilidad penal a aquel por el delito intentado pero que no impide su responsabilidad "por los actos ejecutados si estos fueren ya constitutivos de otro delito".

Con ello, debe partirse de la inalterabilidad del hecho probado, y éste describe un acto de desistimiento, que no puede ser alterado en esta sede casacional donde se prescinde de la intermediación que sí tuvo el Tribunal para apreciar la existencia de desistimiento.

El Tribunal ha construido adecuadamente la vía del art. 16 CP, por lo que la queja no puede tener recorrido por las limitaciones sabidas de alteración del hecho probado en perjuicio del reo en sede casacional y la doctrina asentada ya por esta Sala y por el TC en torno a la inmodificabilidad del hecho probado para sustentar una agravación de pena o una condena en caso de absolución, por cuanto la doctrina aplicable en este segundo caso es perfectamente aplicable cuando la vía que se postula en sede casacional es la de la "agravación de la responsabilidad penal fijada", que es, en esencia, lo que aquí se postula al pretender sustituir la calificación de los hechos probados de delito de lesiones del art. 148.1 y 4 CP por tentativa de homicidio, lo que es inviable conforme a lo expuesto en reiterada doctrina de la Sala.

De conformidad con una jurisprudencia reiterada de esta Sala -de conformidad con la jurisprudencia del TEDH y del TC- la posibilidad de reemplazar una sentencia absolutoria por otra de condena queda limitada exclusivamente a los supuestos en los que el hecho probado declarado en la instancia permanezca incólume y



el debate se ciña exclusivamente al juicio de subsunción. La posibilidad de convertir una sentencia absolutoria en condenatoria en esta instancia casacional solo sería pues posible después de realizar un control de legalidad respecto al juicio de subsunción, sin modificar los hechos probados y sin apreciar elementos subjetivos del delito. Y lo mismo cabe decir ante un supuesto de agravación de la responsabilidad penal que pasaría por suprimir del hecho probado el acto de desistimiento, lo que resulta inviable.

Esta Sala ha tratado sobre el desistimiento en varias resoluciones. Así, podemos recordar que en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 671/2017 de 11 Oct. 2017, Rec. 10297/2017 apuntamos que:

"Esta Sala Casacional, en Acuerdo Plenario de 15 de febrero de 2002, ha analizado, en referencia al artículo 16.2 del Código Penal, lo que se ha venido a considerar una *especie de excusa absolutoria*, diseñada por el legislador, como todas las de su clase, por razones de política criminal.

Subraya al efecto la exigencia de la "voluntariedad", que define su esencia dogmática, y a continuación, la "eficacia" de la conducta que detiene el "iter criminis", requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito, o bien que desencadene la actuación de terceros, si éstos son finalmente los que lo consiguen (Sentencia de esta Sala nº 28/2009 de 23 de Enero).

Aquel acuerdo había sido recogido en la Sentencia de este Tribunal nº 446/2002 de 1 de marzo, que estimó el desistimiento pese a que el acusado en el curso de una discusión con su mujer, sacó del bolsillo una navaja de 12 centímetros y se la clavó en el cuello y que "a continuación, ante los gritos y sangre que manaba de la herida salieron ambos de la casa pidiendo auxilio a los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la Guardia Civil".

Se consideró que no obstante estimar que la herida, dado el instrumento y la parte afectada era suficiente y apta para provocar la muerte, extremo en el que no hubo discusión, dada la conducta inmediatamente posterior del procesado, saliendo a la calle y reclamando auxilio, patentiza que su dolo inicial, claramente homicida, se cambió cuando apareció como inminente la muerte, desapareciendo aquella intención homicida y reclamando un auxilio que fue eficaz. Se calificó el comportamiento del acusado de desistimiento activo y se penó por delito de lesiones.

Ciertamente la doctrina de esta Sala, en la exégesis del artículo 16.2, ha venido distinguiendo entre la necesidad de un denominado "arrepentimiento activo", o acciones positivas tendentes a neutralizar los actos ejecutivos ya totalmente realizados, impidiendo con ello la producción del resultado, y la suficiencia de los meros actos omisivos, de interrupción de la ejecución del ilícito, para permitir la aplicación del repetido artículo 16.2 del Código Penal, según que nos encontremos ante lo que se ha venido a denominar "tentativa acabada" o "inacabada". Así, mientras que en la "inacabada" bastaría con la interrupción de la ejecución, en la "acabada" se requeriría la realización de actos positivos impositivos del resultado.

No obstante, la Jurisprudencia ha venido en no pocas ocasiones a advertir de que, por mucho que haya parecido favorecer la claridad de la aplicación de la norma esa diferenciación , ya casi "clásica", entre la tentativa "acabada" y la "inacabada", la misma se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones, como precisamente ésta de su relación con el "desistimiento", puede llegar a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas.

Así se ha dicho que:

"De hecho, parece incuestionable que nuestro Legislador de 1995, perfecto conocedor de las posiciones doctrinales defensoras de dicha distinción, optó con plena y consciente voluntad sin embargo, superando con ello la tradicional dicotomía tentativa-frustración, por reducir la ejecución ausente de consumación a una sola categoría, tentativa, que englobase tanto los supuestos de realización de "...todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado..." (art. 16.1 CP), remitiendo a la simple condición de regla para la determinación de la pena (art. 62 CP), sin entidad ontológica dispar, "...el grado de ejecución alcanzado" por el autor en la comisión del delito, que deberá además valorarse a tal

Y es que, razonábamos entonces: es efectos con otro criterio cual es el del "...peligro inherente al intento...".

En línea con lo anterior no parece adecuado el tener que remontarnos a la calificación como "acabada" o "inacabada" de la tentativa homicida que aquí se enjuicia y, partiendo de ella, determinar el grado de exigencia aplicable al autor para poder afirmar la presencia del "desistimiento" del artículo 16.2 (STS 804/2010 de 24 de septiembre).

De ahí que entendiera en ese caso que, si la causa directa de la no producción del resultado mortal no fue otra que la voluntaria interrupción por el agresor de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de su víctima ha de considerarse concurrente el desistimiento, aunque omisivo, que exime de la responsabilidad por homicidio, aunque proceda la condena por las eventuales lesiones producidas.



"De seguir el criterio de la vinculación entre la "clase" de la tentativa y la exigencia para la aplicación del "desistimiento", podríamos hipotéticamente en este caso, de acuerdo con la denominada "teoría objetiva", llegar a la conclusión de que nos enfrentamos a una "tentativa acabada" y que, por ende, resulta insuficiente para la aplicación del artículo 16.2 la conducta del agresor interrumpiendo sus actos delictivos, por mucho que ésta fue la causa indudable de la evitación del resultado y, lo que es más, que era la única opción posible que le quedaba al autor para ello, al no haber ocasionado lesiones mortales a la víctima que le permitieran evidenciar su "arrepentimiento activo" con un comportamiento positivo de auxilio para impedir el resultado (llevándole urgentemente a un médico que impidiera su muerte, por ej.).

Solución tan incongruente como alejada de la justicia material y de las previsiones que, como antes vimos, fundamentan la existencia del artículo 16.2, que puede no obstante ser evitada, conforme la argumentación ya expuesta, que evita la discusión acerca de la "clase" de tentativa como premisa para determinar las características necesarias del "desistimiento", por innecesaria e inconsistente, acudiendo a la indudable voluntariedad del comportamiento omisivo unida a la evidente efectividad del mismo en orden a la evitación del resultado consumativo de la infracción, para afirmar con la necesaria solvencia la justificación y procedencia, en este caso, de la exención de responsabilidad penal por el delito intentado de homicidio" (Sentencia del Tribunal Supremo nº 804/2010 de 24 de septiembre).

Por ello, en sentencias posteriores se ha reconocido que lo más relevante de la nueva regulación de la tentativa en el vigente Código es que en el artículo 16-2 se describe la figura del desistimiento con gran amplitud y con vigencia para los dos tipos de tentativa, acabada o inacabada, en los siguientes términos:

Y se establece que: "Ciertamente el nuevo desistimiento del art. 16-2º, ha supuesto un giro en la jurisprudencia de la Sala porque si durante la vigencia del C penal 1973 no preveía el desistimiento en la antigua frustración, sino solo la aplicación de la atenuante novena del art. 9 de dicho Código –reparación del daño–, ahora se reconoce la existencia de un desistimiento activo cuando el agente impide el resultado dañoso, con la consecuencia que, por ejemplo en delitos contra la vida –como es el caso–, lo que antes era calificado como delito de homicidio en tentativa con la atenuante de reparación, con el actual Código, la jurisprudencia de la Sala los califica como delitos de lesiones consumadas, ya que se ha estimado que el delito contra la vida estaba exento de responsabilidad por el desistimiento voluntario activo del agente que había impedido el resultado, no siendo obstáculo a ello que el dolo inicial del agente fuese el de animus necandi".

En definitiva, la doctrina de esta Sala ha sido en casos de tentativa de homicidio voluntariamente desistida y eficaz, hace responder al agente solo del delito de lesiones – según la entidad de las mismas–, a pesar de que la inicial acción del agente estuviese motivada por una clara intención homicida. (Sentencia nº 111/2011 de 22 de febrero).

La doctrina jurisprudencial a la hora de fijar los requisitos para la efectividad eximente del desistimiento establece que para dilucidar la presencia del componente negativo de la tentativa (evitación de la consumación por el autor) se ha de determinar la causa por la que el resultado no se produce. Al respecto caben dos hipótesis: 1ª) La no producción del resultado es ajena a la voluntad del autor y 2ª) es el autor el que evita voluntariamente la consumación.

Aunque el legislador habla en por un lado de no producción de resultado y por otro de evitación de consumación, el énfasis para determinar las consecuencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 16, lo pone el legislador en dos notas: a) La voluntad del autor y b) la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente.

Es decir que si aquel comportamiento es libre y voluntario y al mismo se le puede imputar el efecto de que el resultado o consumación no llegue a ocurrir, resulta indiferente que tal comportamiento adopte la modalidad meramente omisiva o la modalidad activa.

Que el actuar precedente haya colmado o no la totalidad de los actos ejecutivos, que objetivamente deberían haber producido el resultado, no determina necesariamente cual deba ser la condición, meramente omisiva o activa del comportamiento del autor que trunca la producción del resultado, para alcanzar el efecto exonerante del artículo 16.2 del Código Penal.

El Código Penal acude a la diferencia entre total o parcial ejecución solamente como criterio de individualización de la pena (artículo 62) pero no para configurar el comportamiento que exonera de la responsabilidad penal por el delito intentado.

En todo caso, difícilmente podrá predicarse efectividad interruptora a la mera omisión del autor respecto a la no producción del resultado, cuando su comportamiento anterior haya supuesto la realización de todos los actos que objetivamente producen el resultado típico. Porque, si ya realizó todos los actos que objetivamente



producen el resultado, es claro que los cualesquiera otros actos omitidos ya no eran objetivamente ejecutivos ni, por ello, su omisión es relevante para la no producción del resultado.

Con tal advertencia, es pues a aquellas referencias de libre voluntad y eficacia en el comportamiento del autor, respecto de la no producción del resultado, a las que ha de atenderse, sin que, a tal efecto, sea imprescindible guiarse de categorías conceptuales como la diversificación de la tentativa en subespecies, que de manera evidente el legislador ha querido erradicar, obviando terminologías como la que diferencia entre tentativa y frustración o entre tentativa acabada o inacabada. Esta última terminología de foránea acuñación parece atender a un dato que nuestro legislador no asume expresamente.

El sector doctrinal que la introdujo atendía, para establecer el acabamiento, a la contribución del autor en la ejecución y no al concurso de otros factores ajenos a aquél. Pero que se acabe todo lo que el sujeto aporte no equivale necesariamente a que todos los actos de ejecución (que pueden ser producidos por terceros) se hayan realizado. Sin embargo, la medida de la pena depende de que la ejecución haya sido total, incluyendo los actos que objetivamente producen el resultado, que no son actos del autor, y que pueden serlo de un tercero.

Tales preocupaciones taxonómicas, cuando se trata de evaluar la ausencia de resultado para establecer la exigencia de responsabilidad, no deben hacer olvidar la esencialidad de los criterios de libre voluntad y eficacia, referidas al actuar u omitir del autor de la tentativa (Sentencia 809/2011 de 18 de julio).

Tal doctrina ha venido a ser confirmada por la STS Nº 585/2012 de 4 de julio.

Pese a la ya aludida advertencia del Ministerio Fiscal acerca de lo que la sentencia declara probado, lo cierto es que ésta no se limita a proclamar que el acusado no rebasó los límites de la mera omisión de actos reiterativos dirigidos a causar la muerte.

En efecto, la sentencia declara probado que, cuando la víctima recuperó la conciencia, le quitó la cuerda, que le había colocado alrededor del cuello con intención de estrangularla. Por otra parte, no declara que el acusado hubiera logrado dejar a la víctima pendiendo de la lámpara con la cuerda al cuello. Y no declara probado que de los actos que así describe, sin más, se hubiera llegado al resultado de muerte.

Pues bien, la tesis del Ministerio Fiscal, con independencia de no ajustarse a la doctrina que acabamos de exponer, parte de una premisa fáctica, para exigir un "arrepentimiento activo" que diverge de la descrita en el hecho probado. La conducta del acusado no alcanzó a ejecutar todos los actos ejecutivos. Por ello su pasividad constituyó un verdadero desistimiento de tal completa ejecución. Sin que ésta alcanzara el punto de no retorno en el que ya solamente cupiera impedir la producción del resultado muerte.

Pero es que, además, en todo caso, obviada esa reminiscencia de la diferencia entre tentativa acabada o inacabada que late en el planteamiento del recurrente, es claro que la decisión de la Audiencia se acomoda, en primer lugar, a la finalidad de política criminal que llevó al actual artículo 16.2 del Código Penal: premiar al acusado cuyo comportamiento -activo u omisivo- salva una vida antes que sancionarlo con indiferencia respecto de dicho comportamiento, lo que supondría un implícito fomento de comportamientos indeseables como el de la indiferencia ante la pérdida de la vida de una persona". (También, en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 778/2017 de 30 Nov. 2017, Rec. 654/2017).

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 124/2018 de 15 Mar. 2018, Rec. 10573/2017 se hace constar que:

"El fundamento segundo de la STS 671/2017, de 1 de octubre, desarrolla in extenso la justificación del nuevo criterio doctrinal:

"El Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por:

- a) realización de "hechos exteriores", es decir no meramente internos;
- b) que implican comienzo de "directa" ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege;
- c) que "objetivamente" esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y
- d) que ese resultado no se produzca".

"Subjetivamente se requiere una resolución en el autor referida a la consumación del delito, sin la cual no concurriría el tipo del injusto de la tentativa".



"Ahora bien, a esos elementos ha de unirse un último requisito negativo: que el autor no haya evitado la consumación, porque en tal caso la responsabilidad penal, por la tentativa del hecho tipificado cuya ejecución dio comienzo, no sería exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal".

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 77/2017 de 9 Feb. 2017, Rec. 1816/2016 se añade que:

"Mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concederse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria. Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo, que juega de forma distinta de la tentativa acabada, antigua frustración, aunque guarden entre sí elementos comunes. El culpable tiene intención de evitar el resultado lesivo y practica una conducta activa y eficaz para evitar ese resultado. Tiene de común con la frustración que en uno y otro supuesto se han realizado todos los actos que normalmente han de producir el delito. Nada tiene que ver con la tentativa o con el desistimiento en la tentativa, porque en estas situaciones no se agotaron todos los actos de ejecución. Y aunque este tema es académicamente polémico, independientemente de las elucubraciones científicas sobre el mismo, lo cierto es que cuando el ciclo del delito se ha cerrado totalmente porque la retroacción no ha sido eficaz o porque el impulso de arrepentimiento surgió "a posteriori", entonces claro es que no puede haber causa de exclusión de la pena, pero sí la apreciación de alguna circunstancia que mitigue de alguna manera la misma en compensación de la reacción anímica sufrida por el agente.

...

El tratamiento favorable que en el mismo se establece para el desistimiento del delito intentado responde a razones de política criminal. Según esta doctrina -conocida como teoría de la política criminal o del premio-la ley ha querido crear un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el autor desista de su hecho, lo que constituye un claro objetivo de la política criminal. Otros autores sostienen (teoría de la culpabilidad insignificante) que el fundamento de esta norma se encuentra precisamente en la reducción de culpabilidad hasta lo insignificante, pues se apoya en una compensación basada en un *actus contrarius*. Finalmente, otra parte de la doctrina considera que, en el mismo, confluyen varios fundamentos: las apuntadas razones de política criminal y también la menor culpabilidad que implica la consideración global del hecho, con un significado inicial negativo que se compensa con un sentido positivo de la evitación del resultado configurador de la correspondiente figura penal".

Destaca también en este debate la mejor doctrina que el desistimiento puede ser:

- 1.- Desistimiento pasivo del autor (desistimiento propiamente dicho).
- 2.- Desistimiento activo del autor (arrepentimiento activo).
- 3.- Desistimiento activo de los partícipes.

El desistimiento activo del autor, para que produzca efectos extintivos de la responsabilidad criminal, es necesario que tenga lugar durante el desarrollo del *iter criminis*, y en todo caso, antes de la consumación. De lo contrario, el arrepentimiento, una vez consumado el delito, sólo dará lugar a la aplicación de las atenuantes del art. 21.4.º y 5.º del CP. Y es que, en efecto, el desistimiento exige el "detenimiento" del sujeto activo del delito en la consumación final del mismo y su interrupción "voluntaria", porque, técnicamente, no puede construirse el desistimiento con el delito consumado, ya que en su caso podría dar lugar a atenuantes de confesión o de reparación del daño causado, pero nunca la vía del art. 16.2 CP.

Criterios en orden a apreciar el desistimiento del art. 16.2 CP.

Con ello, vemos que los presupuestos que se exigen para la viabilidad exculpatoria del desistimiento son:

1.- Requisitos del acto de desistimiento:

a.- voluntariedad", que define su esencia dogmática. La voluntariedad del desistimiento, apunta la doctrina, representa la nota esencial del mismo, de tal manera que sólo cuando pueda afirmarse que el desistimiento ha sido voluntario la conducta típica, antijurídica y culpable del autor del delito intentado quedará impune. Incluso se añade que para que el desistimiento merezca ese perdón es necesario que no esté coaccionado, tratándose, además, de un desistimiento meritorio, lo cual sólo ocurrirá cuando sus motivos merezcan el reconocimiento del ordenamiento jurídico.

¿Cuándo será involuntario e impedirá su eficacia?



a.- Circunstancias sobrevenidas:

El desistimiento será involuntario destaca la mejor doctrina, cuando la renuncia a proseguir la ejecución responda a circunstancias sobrevenidas que impidan la continuación del plan trazado por el autor; cuando se haya producido un relevante incremento de las dificultades; y cuando los motivos del desistimiento ejercieron tal influencia en el proceso de formación de la voluntad que no permitieron otra elección.

b.- Imposibilidad de continuar la ejecución.

No son encuadrables dentro de la órbita del desistimiento todos aquellos supuestos en los que se desiste de la acción por la imposibilidad de continuar con aquélla, ya sea ésta real o no cierta (por ejemplo: todos los casos en los que no es posible la apertura de puertas, cerraduras o candados, por no ser bastantes los instrumentos utilizados para ello, o porque su utilización incrementaría el tiempo del hecho, y consiguientemente el riesgo), es decir, supuestos en los que concurre una imposibilidad física y material de continuar con la acción, ya sea ésta real, o como si era percibida por los sujetos como tal, aunque fuere incierta. En estos supuestos, el desistimiento no sería voluntario.

c.- El autor cree erróneamente que el objetivo delictivo se consiguió y cesa de continuar.

Tampoco tienen acogida, bajo la órbita del desistimiento, los supuestos en los que el agresor deja de golpear a la víctima en la creencia de que ya ha conseguido su propósito: tal situación nos llevaría al campo del error, y en consecuencia de la tentativa inacabada (36), pero en ningún caso estaríamos ante un desistimiento voluntario.

b.- La "eficacia" de la conducta que detiene el "iter criminis". No es válido cualquier desistimiento, sino solo el que es eficaz para detener la conducta delictiva.

c.- Requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito.

Y, con ello, dos notas:

a) La voluntad del autor y

b) la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente.

El Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por:

a) realización de "hechos exteriores", es decir no meramente internos;

b) que implican comienzo de "directa" ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege;

c) que "objetivamente" esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y

d) que ese resultado no se produzca".

2.- Se trata de un arrepentimiento activo", o acciones positivas tendentes a neutralizar los actos ejecutivos ya totalmente realizados, impidiendo con ello la producción del resultado, y la suficiencia de los meros actos omisivos, de interrupción de la ejecución del ilícito, para permitir la aplicación del repetido artículo 16.2 del Código Penal.

3.- No parece adecuado el tener que remontarnos a la calificación como "acabada" o "inacabada" de la tentativa homicida que aquí se enjuicia y, partiendo de ella, determinar el grado de exigencia aplicable al autor para poder afirmar la presencia del "desistimiento" del artículo 16.2.

4.- Si la causa directa de la no producción del resultado mortal no fue otra que la voluntaria interrupción por el agresor de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de su víctima ha de considerarse concurrente el desistimiento, aunque omisivo, que exime de la responsabilidad por homicidio, aunque proceda la condena por las eventuales lesiones producidas.

5.- No puede utilizarse la tesis de la "tentativa acabada" para describir si puede haber, o no, desistimiento eficaz.

6.- Debe acudirse como criterio evaluable a la indudable voluntariedad del comportamiento omisivo unida a la evidente efectividad del mismo en orden a la evitación del resultado consumativo de la infracción, para afirmar con la necesaria solvencia la justificación y procedencia, en este caso, de la exención de responsabilidad penal por el delito intentado de homicidio.

7.- En el artículo 16-2 se describe la figura del desistimiento con gran amplitud y con vigencia para los dos tipos de tentativa, acabada o inacabada.



Cuando el texto penal no distingue para aplicar el desistimiento no debemos distinguir.

8.- La doctrina de esta Sala ha sido en casos de tentativa de homicidio voluntariamente desistida y eficaz, hace responder al agente solo del delito de lesiones –según la entidad de las mismas–, a pesar de que la inicial acción del agente estuviese motivada por una clara intención homicida.

9.- El Código Penal acude a la diferencia entre total o parcial ejecución solamente como criterio de individualización de la pena (artículo 62) pero no para configurar el comportamiento que exonera de la responsabilidad penal por el delito intentado.

10.- Mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concederse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria.

11.- Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo.

12.- Teoría de la política criminal o del premio. La ley ha querido crear un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el autor desista de su hecho, lo que constituye un claro objetivo de la política criminal.

13.- El desistimiento necesariamente ha de ser definitivo y no equivaler a un simple aplazamiento o suspensión del iter criminis, para su reanudación posterior cuando se den circunstancias más propicias.

14.- Se exige espontaneidad o "propio impulso", o que responda a una voluntad movida de forma autónoma.

Con todo ello, entendemos que la conducta del autor fue voluntaria, cesó de modo eficaz y demostró con su conducta que habiendo podido continuar no lo hizo y cesó en su hacer ilícito, sin perjuicio de incardinar lo ya actuado en el delito consumado de lesiones por el art. 148 CP. La redacción de los hechos probados conlleva una aplicación técnica del desistimiento que es inmodificable, como se ha expuesto, en perjuicio del reo y con nueva redacción del hecho probado.

15.- En cuanto al desistimiento en el partícipe la mejor doctrina exige que:

a.- En el caso en que el partícipe no haya realizado aún todo cuanto debía realizar según el plan del delito, el desistimiento requiere que interrumpa su aporte, que no continúe en la contribución al hecho.

b.- Cuando el partícipe realizó ya completamente su contribución al hecho, debe neutralizar el aporte ya realizado.

c.- Sin embargo, no basta con la retirada del propio aporte para la exoneración de pena, sino que la ley requiere la evitación del hecho en su totalidad, o, al menos, que se intente impedir, sería, firme y decididamente, la consumación, es decir, debe esforzarse firmemente en disuadir a los demás de consumir el delito, realizando todo aquello que le fuere exigible, en atención a las circunstancias del caso, para evitarlo.

d.- El desistimiento, como causa personal de anulación de la pena, sólo favorece al partícipe que desiste, no a otros intervinientes, los que, si quieren merecer la impunidad, deben desistir por su parte.

e.- El deseo de uno de los partícipes en el hecho de desistir o de evitar la producción del resultado puede ser intrascendente si los demás continúan con la ejecución, o bien incluso puede suceder que los demás se opongan activamente a ese pretendido desistimiento, pero la ley penal tiene que poder valorar esa conducta, pues evidentemente se ha producido un cambio sustancial en su significación, en su desvalor.

16.- Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002:

"La interpretación del art. 16.2.º CP que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el iter criminis, pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen".

Por todo ello, el recurrente podría haber continuado el delito y sin que nadie se lo impidiera. Paulina no tenía posibilidad de impedirlo. Estaba huyendo, pero el condenado cesó, y el hecho probado refleja que: " Modesto permaneció al lado de Paulina sin impedirle pedir ayuda ni agredirla nuevamente, tratando tan solo de que volviera a casa con él para lo que intentaba que ella se levantara del suelo, donde se había sentado".



El motivo se desestima.

SEXTO.- 3.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse inaplicado indebidamente los artículos 22.2 y 23 CP.

La recurrente argumenta que debían haberse apreciado las agravantes de abuso de superioridad (que incluso se argumenta en la sentencia) y de parentesco.

Sin embargo, nos encontramos ante el mismo problema ya suscitado en el análisis del motivo precedente, ya que no es posible la modificación del hecho probado en perjuicio del reo alterando lo que el Tribunal declaró probado, y no pudiendo utilizar el antes citado relato de hechos probados para incluir o adicionar ambas agravantes.

Pero es que, además, recordemos que al condenado se le han aplicado las circunstancias que operan como subtipos agravados específicos de que (1.º) en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado, y que (4º) la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Recordemos, en todo caso, que el art. 67 CP señala que: "*Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse*".

Se podría llegar a infringir el principio de inherencia con una doble proyección agravatoria si se admitiera la postura de la recurrente, porque el empleo de las armas para perpetrar el delito ya se ha tenido en cuenta como fundamento de la aplicación del art. 148.1 CP, y la situación de la relación inter partes y la mayor agravación de esa convivencia también. Imponer estas agravantes atacaría el principio de inherencia.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 4.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 109 CP.

La recurrente se queja de que no se haya aplicado al cálculo de la indemnización por las secuelas el sistema establecido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, conforme a la modificación establecida por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. También se queja de la cantidad señalada por daños morales.

Señala el Tribunal que "aun cuando "es claro que en materia de delitos dolosos, el Baremo (hoy Ley 35/2015, que ha derogado el sistema de valoración del RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre) es meramente orientativo (STS 782/2017 de 30 de noviembre y 234/2017 de 4 de abril), se estima adecuado seguir las siquiera a título orientativo, partiendo de las mismas la acusación particular al menos en cuanto a la incapacidad temporal y a las secuelas.

De acuerdo con el informe médico forense obrante en las actuaciones (folios 317 y 318 de las actuaciones) para la curación de las lesiones sufridas Paulina precisó de 30 días, 8 de los cuales fueron de carácter impeditivo en ámbito hospitalario, 4 días lo fueron impeditivos en el ámbito extrahospitalario y 18 fueron no impeditivos; considerando ajustada la cantidad de 1375 euros solicitada por ambas acusaciones.

Por lo que respecta a las secuelas restantes, esto es algia cervical, dorsal y lumbar postraumática sin compromiso radicular, limitación de la movilidad de la articulación metacarpofalángica del 1º dedo, dolor en la mano y parestesia de partes acras, se atiende para la concreción de la indemnización a la calificación que de cada una de ellas consta en el informe médico forense: Muy leve, muy leve, leve y muy leve respectivamente; se considera prudencial fijar la indemnización en la suma de 6000 euros.

Y en relación al resto de secuelas, consideradas como perjuicio estético; han restado veintidós cicatrices que se encuentran tanto en el cuello como en los miembros superiores como en el tronco, la nalga derecha y la cadera derecha; habiendo señalado las peritos en el plenario que alguna de ellas son visibles como la de la zona del pecho, del cuello y la mano; siendo además alguna de ellas calificada como queloide.

Valorando las zonas del cuerpo en las que se presentan las cicatrices, la visibilidad de alguna de edad y la referida característica así como su longitud, esto es su entidad, así como la edad de la víctima precisa para la determinación de la indemnización de acuerdo con el baremo, se considera adecuada la valoración de perjuicio estético medio que efectúa la acusación particular así como la puntuación otorgada (en la horquilla prevista de entre 14 a 21 puntos otorga 15 puntos), de modo que se fija la indemnización por el perjuicio estético causado en la suma interesada de 10971,45 euros, sin que ésta pueda ser superada de acuerdo con el principio de ración.



Solicita la acusación particular indemnización por el grave daño moral causado. El daño moral, refiere la STS 348/2017 de 17 de mayo "por su propia naturaleza no son traducibles económicamente, debiendo acudir a criterios o bases flexibles y un tanto indeterminadas que tienen su asiento en el prudente arbitrio judicial, y un referente en la descripción del hecho probado, así como en las consecuencias o resultado causal de ese hecho en la psique del afectado. El Tribunal, en el ejercicio del prudente arbitrio, ha de tener en cuenta el relato fáctico, resultado de la valoración general de todas las pruebas...". En este caso, se valora el bien jurídico afectado, la forma en la que se produjo el ataque, las lesiones sufridas y el conjunto de secuelas resultante, fijándose prudencialmente la cuantificación del daño moral en la suma de 4000 euros".

Se reclama una cuantía indemnizatoria superior entendiendo que el baremo de tráfico fija otras distintas. No obstante, es preciso indicar que al ser orientativo el baremo, la apreciación del Tribunal, que vio a la lesionada cuando declaró y tuvo en cuenta la calificación de las secuelas realizada por el médico forense, no infringe la ley penal. Pero lo más importante es que si se analiza el informe forense al folio 318 de las actuaciones, en efecto, tal y como relata el Tribunal la calificación de las secuelas en cuanto a los puntos describe un arco de entre 1 y 5, y visto el baremo de tráfico aplicable al presente caso la determinación de los 6.000 euros que fija el Tribunal está en los parámetros correctos, ya que la calificación de secuelas es de muy leve, y aunque el recurrente opta por acudir a la máxima de puntos propuestos por el médico forense al folio nº 318, lo cierto y verdad es que el Tribunal no modifica lo que le hubiera correspondido con arreglo al baremo, ya que está dentro del marco que permite el aplicable. Además, el Tribunal hace referencia a la levedad del resultado de la lesión existente como fija el propio forense, con lo que la modificación en sede casacional del quantum indemnizatorio no es posible si el Tribunal se ajusta al marco legal y lo motiva, como ocurre en este caso. Y lo hace en el arco de puntuación que le permite el baremo aplicable al presente caso, en la horquilla que le da el forense, dentro de la cual está la vía de la fijación de los 6.000 euros por las secuelas, frente al máximo de los 18 puntos que postula el recurrente y de lo que extrae la reclamación de los 15.000 euros.

En consecuencia, el Tribunal ha motivado su cuantificación por la prueba practicada y es conocida la dificultad de modificar en apelación o casación el quantum de la responsabilidad civil si existe una ponderación suficiente del Tribunal en esa fijación.

Se han tomado como criterios determinantes el del informe forense que ha sido interpretado conforme se ha expuesto anteriormente, dentro del marco del baremo, y no por debajo del aplicable, por lo que la motivación de la fijación de la responsabilidad civil es suficiente al contener la debida explicación motivada, sin que exista un pretendido automatismo de acudir taxativamente a la cuantía fijada en el baremo de la circulación.

Esta Sala ha expuesto en sentencia reciente del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 741/2018 de 7 Feb. 2019, Rec. 3055/2017 que:

"Conviene por ello antes que nada un acercamiento preliminar para recordar la consolidada doctrina de esta Sala sobre los márgenes para revisar en casación esas cuantías y, en particular, sobre la operatividad del denominado baremo en este ámbito, cuando nos enfrentamos, como ahora, a hechos no incluidos en ese sistema legal de valoración. Y, además, de carácter doloso.

Entre muchas otras, elegimos como primera referencia la STS 382/2017, de 25 de mayo, que a su vez se hace eco de la STS 314/2012, de 20 de abril:

"La aplicación de los criterios cuantitativos del Baremo legal, inicialmente relativo a las consecuencias de la siniestralidad automovilística, si bien en la actualidad se encuentra ya ampliamente recomendada a otros muchos y muy distintos ámbitos como el civil (vid. por ej. STS, Sala 1ª, de 9 de Febrero de 2011), administrativo (STS, Sala 3ª, de 20 de Septiembre de 2011), laboral (STS, Sala 4ª, de 17 de Julio de 2007) y, por supuesto, el penal (STS, Sala 2ª, de 10 de Abril de 2000, entre muchas otras), con base en señaladas razones como las de igualdad de trato, seguridad jurídica, predictibilidad de los pronunciamientos judiciales, entre otras, no deja de serlo con efectos meramente orientativos, matizándose, concretamente en materia de delitos dolosos, la conveniencia de cierto incremento respecto de los importes inicialmente establecidos, con base en el mayor dolor (daño moral) que el padecimiento de esta clase de conductas, intencionadas, pueden originar en el ánimo de quien las sufre, frente a las meramente imprudentes.

Además de ello, también conviene tener presente cómo la doctrina de esta Sala ha reiterado, hasta la saciedad (vid. STS de 22 de Julio de 2002, entre tantas), que la concreta cuantificación de la indemnización corresponde, en todo caso, al Tribunal de instancia, permitiéndose tan sólo, en esta sede casacional, la discusión acerca de las bases fácticas sobre las que esa cuantificación se establece y, todo lo más, la corrección de los importes otorgados tan sólo en el caso de una desproporción o desmesura tan grosera que se haga acreedora a esa rectificación sin lugar a duda" (énfasis añadido).

Dirá por su parte, la STS 262/2016, de 4 de abril (citada por uno de los recurrentes):



"En efecto esta Sala, como recuerda la reciente STS nº 712/2014 de 21 de octubre y la allí citada nº 799/2013 de 5 de noviembre, ha señalado reiteradamente (STS 33/2010, de 3 de febrero, 772/2012, de 22 de octubre y 128/2013, de 26 de febrero, entre otras muchas) que la cuantificación específica de la indemnización señalada por el Tribunal sentenciador no es, por lo general, revisable en casación, pues, al no establecer el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva.

Del análisis de nuestra doctrina jurisprudencial se puede deducir que solo en supuestos específicos puede efectuarse en casación la revisión de la cuantía indemnizatoria, supuestos entre los que cabe señalar:

- 1º) Cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras;
- 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes;
- 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización;
- 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos;
- 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada;
- 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y
- 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente (STS 16 de mayo de 2012, Sala quinta, en relación con este último supuesto)".

La cuantificación baremada de las indemnizaciones dimanantes de hechos que deberían estar cubiertos por la garantía de un seguro obedece no a estrictos criterios objetivos o de justicia, sino a cálculos matemáticos obtenidos a partir de un estudio de posibilidades entre la cobertura técnica en función del mercado, las ramas de explotación y las reservas matemáticas que hay que contemplar para que el sistema pueda subsistir sin riesgos inasumibles para los fondos de cobertura.

Por ello la fluctuación al alza o a la baja no responde a criterios equitativos sino a factores como el alza o la baja de la siniestralidad e incluso a ponderaciones mercantiles de cuotas de mercado. La indemnización baremada es la permisible para el sistema.

En el caso de los delitos dolosos se rompería cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad si se trasvasara sin más el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro en tanto que los criterios de determinación son radicalmente diferentes (SSTS 47/2007, de 8 de enero; 126/2013, de 20 de febrero; y 222/2017, de 29 de marzo).

El "Baremo", no obstante, ha sido tomado en la práctica judicial como parámetro orientativo cuando se trata de fijar indemnizaciones civiles en el orden penal, aunque no nos movamos en el ámbito de la circulación viaria. Se atiende a las puntuaciones de las lesiones y de las secuelas padecidas que determinan los informes médico-forenses. No siendo legalmente exigible la aplicación del baremo en los casos de delitos dolosos, las cantidades que resultan de la aplicación de las Tablas tienen valor orientativo y, constituyen en todo caso, un cuadro de mínimos (SSTS 126/2013, de 20 de febrero, 480/2013, de 21 de mayo, 799/2013, de 5 de noviembre o 580/2017, de 19 de julio o 528/2018, de 5 de noviembre). Pero se hace lógico en esos casos, según se conviene, un incremento derivado justamente de la presencia de dolo.

El apartado primero del Anexo del RDL 8/2004, en efecto, excluye los daños dolosos del sistema de baremo: "El presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso".

Pese a esa taxativa previsión, el efecto expansivo del Baremo, previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos del mundo del automóvil ha sido admitido como referencia orientativa no vinculante, sin perjuicio de valorar las circunstancias concurrentes en cada caso y con respeto al principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil (SSTS 596/2013, de 2 de julio; 480/2013, de 22 de mayo y 799/2013, de 5 de noviembre)".

Sin embargo, la no aplicación exacta y detallada del quantum que reclama la parte según interpreta el baremo no es argumento para modificar en apelación o casación el quantum si no hay un craso y claro incumplimiento de los parámetros antes citados.



Y, así, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 728/2015 de 17 Nov. 2015, Rec. 10467/2015 se recoge que:

"Como bien recuerda el Tribunal de instancia se trata de un delito doloso en el que el baremo opera exclusivamente como criterio orientativo. Y tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 916/2009, de 22 de septiembre que el culpable de un hecho delictivo debe indemnizar a la víctima en los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta delictiva, incluyendo los llamados daños morales.

Para fijar la cuantía deben tenerse en cuenta la naturaleza y la entidad de aquellos, sin que sea un criterio determinante la situación patrimonial del responsable civil, pues la entidad del daño o perjuicio efectivamente causado depende de los efectos de la conducta y no de la fortuna del autor.

De otro lado, en anteriores sentencias hemos señalado que, en principio y con carácter general, no existe ninguna razón para que los daños causados dolosamente sean indemnizados en menor cuantía que los causados por imprudencia causada en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, de manera que el baremo para la indemnización de daños personales en esta clase de supuestos es orientativo para los delitos dolosos, aunque el Tribunal pueda modificar la indemnización resultante de su aplicación en función de las circunstancias, siempre de forma motivada".

Sin embargo, la queja de la recurrente está solo en secuelas y en daño moral, porque en días de curación y en perjuicio estético sufrido existe acuerdo, y en daño moral se reclamaban 12.000 euros y se concedieron 10.000 euros.

Alega la parte recurrente que "Respecto a las secuelas, el informe médico-forense valora un máximo de 18 puntos las secuelas, siendo la sentencia que recoge como indemnización 6.000 euros sin que justifique la evaluación cuantitativa que ha realizado, para fijar tal cantidad".

Sin embargo, tampoco se aportan referencias acerca de una modificación del quantum en secuelas con respecto a la suma fijada en sentencia y el objeto de la pretensión: 15.000 euros reclamados frente a 6.000 euros concedidos.

Tampoco en la apreciación de los daños morales (para cuya cuantificación la recurrente no aporta referencias). Se reclamaban 12.000 euros frente a los 10.000 euros concedidos. Pero tampoco se explica en qué medida y con que razonamiento se pueden y/o deben elevar en esos 2.000 euros la diferencia en esta sede casacional.

La referencia al daño moral exige precisar, también, la doctrina al respecto de la Sala, que se explica de forma detallada en la reciente sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 458/2019 de 9 Oct. 2019, Rec. 10194/2019, donde ya expusimos de forma extensa y detallada sobre el daño moral que:

"En una primera aproximación la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia y, por tanto, inatacable en casación. Se podrán discutir las bases pero no el monto concreto, que no solo no está sujeto a reglas aritméticas; sino que resulta de precisión exacta imposible cuando hablamos de daños morales (STS 957/2007, de 28 de noviembre).

Cuando la cuantificación se ajusta a estándares habituales y parámetros que, sin ser exactos, se mueven en torno a pautas comúnmente compartidas y reconocibles, no será preciso un razonamiento, imposible, que justifique por qué se dan "x" euros y no una cantidad ligeramente superior, o ligeramente inferior. Solo cuando la cantidad fijada está huérfana de la más mínima fundamentación, y, además, se aparta de estándares habituales o comprensibles, de manera que se presente como el fruto de un puro voluntarismo o capricho será posible la revisión tal y como recuerda la STS 957/2007.

La cuantificación en estos casos es impermeable a criterios reglados o aritméticos incompatibles por definición con la naturaleza de ese daño, "no patrimonial" frente al que solo cabe una "compensación" económica.

Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho.

Mientras que la finalidad de la restauración del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable. La indemnización tiene como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos e imprecisos. La motivación no puede ser exigible en iguales términos, aunque tampoco puede ser del tipo "alguna-cantidad- habrá-que poner" como se ha dicho por algún tratadista de forma gráfica.

Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (vid. SSTC 42/2006 o 20/2003, de 10 de febrero). *Pas de motivation sans texte* se dice en el país vecino cuando las normas remiten al prudente arbitrio a la discrecionalidad o a la equidad. No puede afirmarse lo mismo en nuestro ordenamiento (así se desprende de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que acaban de



citarse). Pero en caso de indemnización por daño moral una valoración genérica e incluso implícita puede ser suficiente.

Ese estándar mínimo que no puede estirarse más, salvo con el uso de una retórica o unas fórmulas huecas, pues no van a conducir a cifras concretas, está colmado por la sentencia (STS 684/2013, de 16 de julio). Era seguramente deseable alguna mayor retórica motivadora. Pero basta la remisión a las lesiones y daños sufridos que se efectúa combinada con la lectura del párrafo final del hecho probado para considerar suficientemente justificada la cuantificación ". "

Con ello, se apunta que lo discutible en apelación o casación no es la cuantía puramente considerada, sino el razonamiento deductivo por el que el Tribunal llegó a esa cuantía, aspecto que sí es impugnabile, no si la cuantía es elevada y se postula la reducción en el recurso deducido. Subir la cuantía del daño moral en la cifra expuesta o la secuela no está basado en un parámetro objetivo que permita acreditar un claro error en la determinación del quantum.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones del acusado **D. Modesto** y por la de la Acusación Particular Dña. Paulina , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta, de fecha 1 de febrero de 2018, en causa seguida contra dicho acusado, por delito de lesiones agravadas. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos, y a la pérdida del depósito constituido por la Acusación Particular. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina