

Roj: **STS 5235/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5235**Id Cendoj: **28079120012009100841**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/07/2009**Nº de Recurso: **194/2009**Nº de Resolución: **868/2009**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **LUIS ROMAN PUERTA LUIS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SE 4006/2008,**  
**STS 5235/2009**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil nueve

En el recurso de casación por infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por la Acusación Particular Eulalio contra sentencia de fecha diecisiete de noviembre de 2.008, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, en causa seguida a Jaime por delito de homicidio en grado de tentativa, 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Luis-Roman Puerta Luis, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando la Acusación Particular representada por la Procuradora Sra. Arnés Bueno y como recurrido el acusado representado por la Procuradora Sra. Moyano Cabrera.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Morón de la Frontera, instruyó Sumario con el nº 3/2005, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección de Séptima, que con fecha diecisiete de noviembre de 2.008, dictó sentencia que contiene el siguiente **HECHOPROBADO**: "Único.- Sobre las 23:30 horas el día 13 de noviembre de 2005, Eulalio acompañado de Ruperto, entraron en el bar "MOE", sito en la localidad de Montellano perteneciente al partido judicial de Morón de la Frontera (Sevilla) donde se encontraba el acusado, Jaime, mayor de edad y sin antecedentes penales, dirigiéndose Eulalio hacia el acusado y tras preguntarle por un incidente que al parecer éste último había tenido con el hijo de aquél, el procesado le manifestó: "que eso no era nada para lo que le iba a pasar a él" y al preguntarle Eulalio que era lo que le iba a pasar, Jaime, que había permanecido todo el tiempo con las manos en los bolsillos, sacó una navaja de unos 12 o 13 centímetros de longitud y asestó una puñalada a Eulalio en la región torácica anterior (región costal izquierda), causándole una herida de un centímetro de profundidad, dirigiéndole otro navajazo a la misma zona que Eulalio esquivó al echarse a un lado y que alcanzó a la cara externa del brazo izquierdo (región infradeltoidea) causando a éste una herida en la referida zona de seis centímetros de longitud y cinco centímetros de profundidad. Tras recibir Eulalio la segunda puñalada golpeó al acusado, dejándolo caer al suelo y estando Eulalio sobre el mismo, Jaime le dio una tercera puñalada en el periné que le causó una herida de cuatro centímetros de profundidad.

Las referidas lesiones, que según dictamen forense de ser más profundas hubiesen podido afectar a órganos vitales dada la localización de las heridas causadas especialmente en región torácica anterior izquierda y zona perineal, tardaron en curar 70 días todos los cuales estuvo el lesionado incapacitado para sus ocupaciones habituales, precisando para su curación tratamiento médico consistente en puntos de sutura, profilaxis antibiótica y antitetánica, anti inflamatorios, no habiendo hecho rehabilitación y habiéndole quedado como



secuelas, una cicatriz lineal de 1 cm. en la región torácica anterior, cicatriz dolorosa de unos 5 cm. en el brazo izquierdo y cicatriz también dolorosa de 1'5 cm. en el periné. Igualmente a consecuencia de los hechos, el perjudicado ha sufrido depresión severa reactiva a stress agudo.

El acusado consignó para su entrega al perjudicado la cantidad de 5.500 euros por las lesiones y secuelas sufridas e intereses, cantidad que ya le ha sido abonada".

2.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva: **FALLAMOS:** "Condenamos a Jaime , como autor penalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño con el carácter de muy cualificada a la pena de 1 año y 4 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas del juicio incluidas las de la acusación particular.

Por vía de responsabilidad civil indemnizará a Eulalio en la cantidad de 5.500 euros que éste ya ha percibido.

Declaramos de abono el tiempo que el penado haya permanecido privado de libertad por esta causa, siempre que no les haya sido abonado en otra.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la Ley, haciéndoles saber que no es firme y contra la misma cabe recurso de casación a preparar ante este mismo Tribunal y para ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo en el plazo de 5 días a contar desde la última notificación".

3.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma por la representación de la Acusación Particular recurso de casación por infracción de ley que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 de la L.E.Crim., al calificarse con carácter muy cualificado la atenuante del art. 21.5 del C.P. de reparación de daño causado al haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado, por indebida aplicación de la misma. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del nº 2º del art. 849 de la L.E.Crim., por error en la valoración de la prueba.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto expresó su conformidad con la resolución del recurso sin celebración de vista, apoyando el primero de los motivos e impugnando el segundo, por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el dieciséis de julio pasado.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª) condenó a Jaime , como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa, concurriendo la atenuante de reparación muy cualificada, a la pena de un año y cuatro meses de prisión, por haber propinado a Eulalio tres puñaladas con una navaja de 12 ó 13 centímetros de hoja (una en la región torácica anterior, otra en la cara externa del brazo izquierdo al tratar la víctima de esquivar la agresión y una tercera en el periné).

La representación de Eulalio , en su condición de acusación particular, ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, formulando dos motivos de casación.

SEGUNDO. El motivo primero del recurso, por el cauce procesal del núm. 1º del art. 849 de la LECrim, denuncia infracción de ley "al calificarse con carácter muy cualificado la atenuante del art. 21.5 del Código Penal de reparación del daño causado", decisión de la que discrepa abiertamente la parte recurrente, pues la especial cualificación de una atenuante, según la jurisprudencia, solamente debe apreciarse "cuando las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse son merecedores y reveladores del merecimiento y punición de la conducta del inculpado".

La parte recurrente entiende que fundamenta su impugnación el hecho de que "con la consignación de los 5.500 euros el Sr. Jaime se limita en el presente caso a dar cumplimiento a un mandato judicial", dado que el Juzgado de Instrucción -por auto de 12 de mayo de 2006 - le requirió para abonar en el plazo de una audiencia fianza en la cantidad de veintitrés mil cuatrocientos euros, y que, por otra parte, se compadece mal la aplicación de la referida circunstancia atenuante (art. 21.5ª CP) "con su actitud en el juicio no reconociendo ni tan siquiera haber sido el autor de las lesiones y especulando, sobre si quizás pudo causárselas con un tenedor o un abridor de forma involuntaria".



El Ministerio Fiscal, al evacuar el trámite de instrucción del recurso, apoyó expresamente este motivo manifestando que "para la apreciación de la atenuante como muy cualificada se requiere siempre un plus en todos y cada uno de los elementos que la componen, que indudablemente no se da en el caso de autos porque no existe una mayor intensidad en la acción reparadora ni concurre ninguna circunstancia personal en el condenado que tenga necesariamente como consecuencia la citada cualificación".

Constituye circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, el hecho "de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral".

Razones de política criminal han llevado al legislador a incluir entre las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal del culpable la de haber procedido el mismo a reparar o disminuir los efectos del delito. Se trata, sin duda de una circunstancia de carácter fundamentalmente objetivo (la ley no exige la concurrencia de ningún ánimo especial) y, para su posible estimación, el legislador admite un generoso ámbito temporal, sin que, por lo demás, se requiera una reparación total (siempre, claro está, que la reparación esté en consonancia con la capacidad reparadora del sujeto y represente el mayor esfuerzo a su alcance, es decir, que el culpable haga todo lo que razonablemente pueda para reparar o disminuir el daño causado), sin que, finalmente, dicha reparación deba ser únicamente de orden económico. En cualquier caso, para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.), y del contexto global en que la acción se lleve a cabo.

En el presente caso, nada se dice ni consta sobre la situación económica del acusado, ni acerca de las razones que le hayan impulsado a consignar la cantidad de dinero que se dice en el *factum*, que casualmente ha coincidido con la fijada en la sentencia condenatoria, cuando se da la circunstancia de que el Juez de Instrucción, al dictar el auto de procesamiento, acordó requerirle para que prestase una fianza de veintitres mil cuatrocientos euros (f. 134 de los autos), y de que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, solicitó que se le condenase, en concepto de responsabilidad civil, a pagar al perjudicado una indemnización de treinta y cinco mil euros (4.500 euros por las lesiones causadas a Eulalio, 500 euros por las secuelas producidas y 30.000 euros por la incapacidad permanente total que le ocasionaron las lesiones sufridas) [v. Antecedente de Hecho segundo]. Finalmente, desde el punto de vista temporal, es también relevante que la consignación se llevó a efecto el 31 de octubre de 2008, solamente cinco días antes del comienzo de la vista oral del juicio.

Las anteriores circunstancias no permiten considerar especialmente cualificada la atenuante de reparación, por no concurrir en el presente caso, de modo patente, las circunstancias que, según lo anteriormente expuesto, pudieran justificar tal calificación. Procede, en consecuencia, la estimación de este motivo.

TERCERO. El segundo motivo, al amparo del art. 849.2º de la LECrim, denuncia error de hecho en la valoración de la prueba, "ya que el Juzgador no entiende acreditada la relación de causalidad entre la incapacidad sufrida por el Sr. Eulalio y las lesiones causadas al mismo por el Sr. Jaime, pese a haber un Informe Forense emitido por don Laureano y doña Marí Juana (folios 194 y 195 de las actuaciones) y una resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que la relacionan directamente".

Dice también la parte recurrente, en el desarrollo del motivo, que es evidente que "se trata de una materia especialmente compleja, donde la defensa del Sr. Jaime, sin pericial contradictoria alguna, entra abiertamente a discrepar en el acto del juicio del informe forense"; poniendo de relieve a este respecto que, "en este caso, como bien explicó el Sr. Médico Forense, se ratificaba en su informe y establecía sin ninguna duda la relación de causalidad; por cuanto entendía que las limitaciones de mi mandante que carecía de cualquier tipo de problema anterior según su historia clínica, en el brazo derivaban de la puñalada recibida, más aún que éste tenía el brazo atrofiado. Y, en cualquier caso, aun cuando él entendía que no era artrosis, establecía esa relación de causalidad con contundencia, explicando que la posible discrepancia con la resolución de la Seguridad Social la atribuía al hecho de que con frecuencia los baremos no contemplan todas las lesiones y secuelas, y se acude por la Seguridad Social y Forenses a lo que nos denominó como términos analógicos, algo común en la práctica forense".

El motivo no puede prosperar porque, como vamos a ver, los documentos citados por la parte recurrente no son literosuficientes y, en el fondo, la tesis mantenida por la parte recurrente se adentra necesariamente en la valoración de la prueba pericial.

Como hemos dicho, la parte recurrente cita dos documentos como fundamento de este motivo: 1) el Informe Forense emitido por don Laureano y doña Marí Juana; y, 2) una Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social.



De entrada, hay que destacar que el informe forense, en cuanto prueba de carácter personal, en principio, no puede ser considerado verdadero documento a efectos casacionales, y que la resolución del INSS -obrante a los folios 180 y ss. de las actuaciones- se limita a aprobar, con fecha 08 - 08 - 2007, "la prestación cuyos datos, efectos e importes se señalan en esta notificación", añadiendo que "se acompaña informe de bases de cotización utilizadas para el cálculo de la base reguladora de su pensión de incapacidad permanente en el grado de TOTAL PARA LA PROFESIÓN HABITUAL" (f. 180); consignándose en el "dictamen propuesta", previo a la anterior resolución, que el Sr. Eulalio es de profesión "camionero", con régimen "agrario ajena", "Contingencia. Accidente no laboral". "Fecha de baja incapacidad laboral: 14-11-2005". "Determinado el cuadro clínico residual: Cicatrices zona costal y zona proximal MSI, en buen estado. Artrosis ac izq con déficit de movilidad hombro. Dolor Postraumático MSI E/E". "Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Articulares hombro MS no dominante", viniendo a concluir: "Y, analizadas las secuelas descritas y las tareas realizables por el titular, este Equipo de Valoración de Incapacidades propone a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social: La calificación del trabajador como incapacitado permanente, en grado TOTAL" (f. 183).

Por lo demás, en el Informe Médico Forense, obrante al folio 194, a la vista de la documentación aportada (Resolución del INSS e Informe de Resonancia Magnética de brazo izquierdo) se viene a concluir por los peritos informantes (los Médico-Forenses don Laureano y doña Marí Juana ) "que, (...), pensamos que se puede establecer la relación de causalidad entre las lesiones por arma blanca sufridas por Eulalio y su estado reconocido de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual". Es de significar que a la vista oral del juicio compareció el Dr. Laureano , Médico Forense, consignándose únicamente en el acta correspondiente que "jura desempeñar su cargo de perito bien y fielmente e informar de forma veraz, manifestando que ratifica los informes obrantes en las actuaciones", sin mayores concreciones.

El Tribunal de instancia, por su parte, examina en el FJ 3º de la sentencia recurrida cuanto se refiere a esta cuestión, refiriéndose al citado Informe Médico Forense (f. 194), a la Resolución del INSS -igualmente citada-, así como a la "resonancia magnética de fecha 10 de marzo de 2008" (f. 197), poniendo de manifiesto que ésta "emplea en lo relativo a la posible afectación de la musculatura del brazo izquierdo terminología poco concluyente", declarando que "expuesto lo anterior, es indudable que el Tribunal no puede basarse en suposiciones o presunciones efectuadas por el médico forense, por lo que contándose únicamente con la documental relativa al Dictamen que sirvió de base al reconocimiento de la incapacidad de Eulalio a la que anteriormente se ha hecho referencia y no haciéndose mención alguna a la cicatriz del brazo como causa determinante de la incapacidad del mismo, como ya también se ha expuesto, atribuyéndole (el) Dictamen la limitación de la movilidad del hombro a una artrosis, hemos de concluir que no se ha acreditado la relación de causalidad entre las lesiones sufridas y la incapacidad que la ha sido reconocida"

Llegados a este punto, debemos destacar: 1º) que la Resolución del INSS carece de una explicación fundada sobre las causas determinantes de la incapacidad total que se reconoce al Sr. Eulalio ; 2º) que el informe de la "RM de brazo izquierdo" (f. 197) que, según se dice, sirvió de base a la anterior resolución, está redactado en términos técnicos y bastante genéricos ("aparente discreta atrofia difusa de la musculatura del brazo izquierdo, fundamentalmente del compartimento posterior del mismo"; "no existen anomalías groseras en paquetes vasculo nerviosos de la cara anterior interna del brazo ni tampoco a la altura del canal bicipital interno y externo"); 3º) que uno de los médicos forenses informantes compareció a la vista del juicio oral y, según dice el Tribunal de instancia, "en el acto de la vista manifestó que había elaborado el citado informe obrante al folio 194, a la vista de una resonancia magnética de fecha 10 de marzo de 2008 y en consecuencia posterior a la Resolución del INSS; 4º) que los "documentos" citados por la parte recurrente como fundamento de este motivo no son literosuficientes (no prueban por sí mismos, sin referencia a otros medios probatorios y sin necesidad de más o menos complejos razonamientos lo que la parte recurrente pretende); y, 5º) que lo que, en definitiva, se pretende en este motivo no es otra cosa que llevar a cabo una valoración de dichos "documentos" desde el particular e interesado punto de vista de la parte recurrente, con olvido de que la facultad de valorar las pruebas corresponde, de modo exclusivo y excluyente, al Tribunal sentenciador (art. 117.3 CE y art. 741 LECrim).

De modo patente, el Tribunal de instancia expone en el FJ 3º, en forma razonable y, por tanto, respetable, su conclusión de que "no se ha acreditado la relación de causalidad entre las lesiones sufridas y la incapacidad que le ha sido reconocida" al Sr. Eulalio .

Por todo lo expuesto, es indudable que el motivo carece del necesario fundamento y que, por ende, no puede prosperar.

### III. FALLO



Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR por el motivo PRIMERO con desestimación del segundo al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la Acusación Particular Eulalio contra sentencia de fecha diecisiete de noviembre de 2.008, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, en causa seguida a Jaime por delito de homicidio en grado de tentativa; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Luis-Roman Puerta Luis

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil nueve

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Morón de la Frontera y seguida ante la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, con el nº 3/2005, por delito de homicidio en grado de tentativa contra Jaime, con D.N.I. NUM000, natural de Sevilla, nacido el 10 de febrero de 1958, hijo de Miguel y Francisca, sin antecedentes penales; y en cuya causa se dictó sentencia con fecha diecisiete de noviembre de 2008 que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Luis-Roman Puerta Luis, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

ÚNICO. Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados de la sentencia de instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se aceptan en lo preciso y en cuanto no se opongan a esta resolución los Fundamentos Jurídicos de la sentencia recurrida.

SEGUNDO. Por las razones expuestas en el FJ 3º de la sentencia decisoria de este recurso, que se dan por reproducidas aquí, la atenuante de reparación del art. 21.5ª CP se aprecia sin la especial cualificación con que venía reconocida en la sentencia de instancia.

TERCERO. En orden a la determinación de la pena que debe imponerse al condenado, como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa, concurriendo la atenuante simple de reparación, respetando la decisión del Tribunal de instancia de rebajar en dos grados la pena señalada para el delito de homicidio consumado por razón del grado de ejecución del delito (art. 62 CP), estimamos procedente imponerle la pena de prisión de tres años y seis meses, por cuanto la pena inferior en dos grados a la señalada para el delito de homicidio es la prisión de dos años y seis meses a cinco años. Por ello, al apreciarse en la conducta del acusado una atenuante simple, la pena deberá imponerse en su mitad inferior, es decir una pena de prisión comprendida entre los dos años y seis meses y los tres años y nueve meses (art. 66.1ª CP). Finalmente, dentro de este marco penológico, estimamos procedente imponer al acusado la pena antes citada en atención a la gravedad del hecho enjuiciado (el autor propinó a la víctima tres puñaladas con una navaja de doce o trece centímetros de hoja, dos de ellas dirigidas a la región torácica y la tercera al periné), aparte de que, si hipotéticamente prescindieramos del "*animus necandi*" o considerásemos que el acusado habría evitado activamente la consumación del homicidio (art. 16.2 CP), el hecho habría de penarse, en todo caso, como constitutivo de un delito de lesiones de los artículos 147 y 148 del CP, que podría ser castigado con una pena de prisión de dos a cinco años, por lo que la pena de prisión de tres años y seis meses sería justamente la mitad de dicha pena.

### III. FALLO

Que condenamos a Jaime, como criminalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, concurriendo la atenuante simple de reparación, a la pena de PRISIÓN DE TRES AÑOS Y SEIS MESES, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, en sustitución de la pena que le fue impuesta en la sentencia recurrida (prisión de un año y cuatro meses).



Al propio tiempo, se confirman los restantes pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia dictada en esta causa por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, el 17 de noviembre de 2008, en cuanto no se opongan a lo resuelto en ésta.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Luis-Roman Puerta Luis

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ