



Roj: **STS 2911/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2911**

Id Cendoj: **28079120012020100474**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2020**

Nº de Recurso: **10744/2019**

Nº de Resolución: **423/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AR 1372/2019,**
STS 2911/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 423/2020

Fecha de sentencia: 23/07/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10744/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/07/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.ARAGON SALA CIV/PE

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

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10744/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 423/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 23 de julio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10744/2019 interpuesto por **Abilio**, representado por el procurador D. Miguel Ángel Cueva Ruesca, bajo la dirección letrada de D^a. Lourdes Barón Jaqués, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con fecha 26 de septiembre de 2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como **parte recurrida Alexis**, representado por la procuradora D^a. Aurora Gómez-Villaboa Mandri, bajo la dirección letrada de D. Abel Isaac de Bedoya Piquer; **Artemio**, representado por la procuradora D^a. Laura Menor Pastor, bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Macarrón Pascual; y **Noelia**, representada por la procuradora D^a. Neddy Bereche Ladines, bajo la dirección letrada de D. José Luis Bautista Cordero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Zaragoza instruyó Procedimiento Sumario Ordinario nº 1/2018 contra Alexis; contra Artemio; y contra Noelia por un delito de homicidio en grado de tentativa y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza que en el Procedimiento Sumario Ordinario nº 3/2018 dictó sentencia con fecha 17 de abril de 2019, que recurrida en apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que en el rollo de Sala nº 60/2019, dictó sentencia con fecha 26 de septiembre de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados:**

<<PRIMERO.- El día 14 de octubre de 2017 hacia las 2 horas se suscitó en un local habilitado para discoteca sito en el barrio Miralbueno de esta Ciudad un altercado en el que tomaron parte, entre otras personas, Abilio, Alexis (Alias Mantecas) y Artemio (Alias Triqui).

Dicho altercado dio lugar a la apertura de diligencias penales que se instruyeron y se enjuiciarán en otro Órgano Jurisdiccional de esta Ciudad.

SEGUNDO.- Concluido el mencionado altercado y pasadas ya varias horas del mismo Abilio se dirigió en autobús hacia el barrio donde vive sito en la zona centro de la Ciudad siendo acompañado por Noelia y Adelina.

En un momento determinado del trayecto en autobús urbano de la línea 33 Noelia mantuvo un contacto telefónico con Artemio y al poco tiempo de establecer con Artemio dicho contacto, éste juntamente con Alexis subieron al autobús donde viajaba Noelia em compañía de Abilio reanudándose de nuevo la discusión que habían mantenido en el barrio de Miralbueno siendo amenazado Abilio en el trayecto del autobús por Alexis y Artemio los cuales le conminaban para que se apease del mismo.

TERCERO.- Al llegar a la Calle Conde Aranda Abilio se bajo del autobús siendo seguido por Alexis y Artemio y al instante de apearse del vehículo de transporte público, y sin que conste que por parte de Abilio mediase ninguna acción agresiva, Alexis le roció la cara con un spray irritante y, a continuación, sacando y desenfundando un machete de grandes dimensiones que portaba, comenzó a dar a Abilio machetazos en diversas partes del cuerpo con intención de atentar contra su vida acercándose entonces, mientras Alexis agredía de esta forma a Abilio, Artemio el cual colaboró con Alexis agrediendo también a Abilio hasta que momentos después se persono en el lugar de los hechos una dotación de la Policía Local, que había sido avisada, compuesta por los Agentes nº NUM000 y NUM001 los cuales, al ver lo que ocurría, bajaron inmediatamente del vehículo policial viéndose obligado el Agente NUM000 a golpear con la defensa a Alexis en el brazo para que soltase el machete y dejase de apuñalar con el mismo a Abilio el cual se encontraba tirado en el suelo y en medio de um charco de sangre.

Por su parte Artemio, al detectar la presencia policial, salió huyendo del lugar siendo interceptado por el otro Agente a los pocos metros del lugar con la camiseta que portaba con manchas de sangre.

CUARTO.- No se ha acreditado la participación de la acusada Noelia en ninguno de los hechos narrados.

QUINTO.- A consecuencia de la agresión sufrida Abilio resultó con lesiones consistentes en:

Fractura de Cubito distal. Sección de todo el aparato flexor. Sección completa del nervio mediano y sección a dos niveles del nervio cubital. Sección de arteria cubital. Sección de extensores. Heridas en cara y cuero cabelludo. Herida en rodilla derecha que penetra hasta la articulación. Heridas cutáneas en tórax izquierdo.

Las lesiones precisaron ingreso hospitalario, intervención quirúrgica y tratamiento psicoterápico y farmacológico y se diagnosticó como brazo catastrófico.

El tiempo de curación ha sido de 490 días de los cuales 32 fueron de hospitalización y 458 impeditivos para su actividad.

Le han quedado las siguientes secuelas:

EXTREMIDAD SUPERIOR. Mano dedos limitación funcional de las articulaciones interfalángicas.

SISTEMA NERVIOSO PERIFERICO. Miembros superiores- Parexias- Nervio mediano, nervio cubital y nervio radial.

EXTREMIDAD SUPERIOR Antebrazo y muñeca- Material de osteosíntesis.

CABEZA Cráneo encefálico y encéfalo- Síndromes psiquiátricos - Trastornos neuróticos- Post estrés traumático.

Dichas lesiones han sido baremadas en 40 puntos conforme al R.D. 8/04.

Así mismo tiene 14 cicatrices que se consideran perjuicio estético baremado en 15 puntos.

Como consecuencia de dichas lesiones a Abilio le ha sido reconocida la incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. >>

SEGUNDO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS.

1. Estimar en parte el recurso formulado por Artemio contra la sentencia de fecha 17 de abril de 2019 dictada por la secc. 3ª de la AP de Zaragoza en el SO 3/2018, que revocamos en el sentido de dejar sin efecto la condena de dicho acusado como responsable en concepto de cómplice de un delito de delito homicidio en grado de tentativa.
2. Condenar a dicho acusado, como autor responsable de un delito de lesiones consumado previsto y penado en al art. 147.1 CP a la pena de un año de prisión, con las accesorias que ya vienen impuestas en la sentencia de primer grado.
3. Desestimar el recurso formulado por el acusado Alexis .
4. Desestimar el recurso formulado por la acusación particular.
5. Declarar de oficio las costas de los recursos interpuestos. >>

TERCERO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictó auto de aclaración con fecha 31 de octubre de 2019, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

<<1. Dar lugar a la aclaración solicitada en el sentido de aclarar que se mantiene la medida de alejamiento impuesta a Artemio en el pronunciamiento nº 2 del fallo de la sentencia apelada con una duración de tres años y seis meses. >>

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

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

Motivos aducidos en nombre del recurrente Abilio

Primero.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.1º y 3º de la LECrim.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º de la LECrim, debido a error en la valoración de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Tercero.- A) Por infracción de ley, al amparo del nº 1º del art. 849 LECrim, por inaplicación, tanto por la Audiencia Provincial, como por el Tribunal Superior de Justicia, de los arts. 139.1, 1º, 3ª y 4ª y 2 del CP, en relación con el art. 16 CP.

B) Alternativamente, por inaplicación del art. 138.1 y 16, ambos del CP, respecto de los penados Artemio y Noelia .



Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del número primero del art. 849 LECrim, por haber aplicado de forma indebida el Tribunal Superior de Justicia de Aragón el artículo 147.1. del Código Penal, habiendo inaplicado los artículos 148.1º y 2º del Código Penal, en relación con el artículo 147.1. del Código Penal y el 149.1. del Código Penal.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim, por haber aplicado de forma indebida los arts. 27 y 28 CP.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim, por haber aplicado de forma indebida los arts. 62 y 66.6ª CP, en cuanto a las penas impuestas a Alexis y a Artemio .

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 109 y ss. CP y la jurisprudencia derivada de los mismos.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 16 de julio de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Abilio (acusación particular)

PRIMERO.- El motivo primero por quebrantamiento de forma del art. 851.1 y 3 LECrim, se articula en dos submotivos:

A) Por quebrantamiento de forma del art. 851.1 porque la sentencia no expresa claramente los hechos probados y existe contradicción entre los hechos y los fundamentos de derecho.

Argumenta:

1º) En relación con los acusados Alexis y Artemio , la sentencia no expresa claramente en los hechos la intervención que tenían ambos cuando Alexis roció la cara a la víctima con un spray irritante, que fue la de evitar o mermar sus posibilidades de defensa.

2º) También obvia en los hechos probados que Alexis llegó a asestarle hasta catorce puñaladas a la víctima, aspecto que sí señala el fundamento de derecho Primero de la sentencia de instancia ("se lanzó a él asestándole hasta catorce puñaladas en diversas partes del cuerpo") por lo que debería incluirse en el relato de hechos de cara a evitar contradicción.

3º) Los hechos probados de la sentencia no expresan claramente que Artemio compartía la intención de Alexis de acabar con la vida de la víctima, siendo que ello se deduce claramente de los fundamentos de derecho de la sentencia de la Audiencia Provincial por lo que habría manifiesta contradicción entre los hechos y los fundamentos de derecho.

El motivo se desestima.

En cuanto a la falta de claridad en los hechos probados la jurisprudencia, por ejemplo STS 945/2004, de 23-7; 94/2007, de 14-2; tiene declarado que es un requisito imprescindible de las sentencias penales la existencia de un relato de hechos probados que permita en comprensión no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso y, además, pro la sociedad en su conjunto, en cuando pueda tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los tribunales. Con los hechos declarados probados en la sentencia haría relacionarse los fundamentos jurídicos de la misma, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen en todo congruente.

Reiterada doctrina jurisprudencial ha entendido que la sentencia debe anularse cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprendible o difícilmente inteligible , bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impiden saber lo que el tribunal declare probado efectivamente, o bien por contener la sentencia un relativo de hechos constando de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el tribunal los está declarando probado o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (STS 1610/2001, de 17-9; 559/2002, de 27-3).



Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (STS 1006/2000, de 5-6; 471/2001, de 22-3; 717/2003 de 21-5; 474/2004, de 13-4; 1253/2005; de 26-10; 1538/2005, de 28-12; 877/2004, de 22-10; 24/2010, de 1-2) hacer viable a este motivo son los siguientes.

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de imprecisión bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensibles el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultante probatorio sin expresión por el juzgador de lo que considerar probado.

Este requisito comporta, a su vez, la exigencia de que el vicio provisional de la falta de claridad debe ubicarse en el hecho probado, debe ser interna y no podría oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y sobre ser gramatical, sin que para su alegación frente a una falta de comprensión lógica a argumental, cuya impugnación debiera articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) la incomprensión, la ambigüedad, etc...del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) además la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declare probado.

Ahora bien, como hemos dicho en STS 24/2010, de 1-2, "la falta de claridad no se integra por las nuevas omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que, como la contradicción, es vicio puramente interno de éste, que solo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer qué es lo que el tribunal consideró o no probado, siempre que la incomprensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos".

Por ello, se insiste en que no concurre el quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el tribunal puede no considerar probados o simplemente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origina incomprensión del sentido del texto.

La solución a las omisiones en los hechos probados -decíamos en STS 30-9-2005- no viene por el cauce utilizado por el recurrente -falta de claridad del art. 851.1 LECrim- sino por la vía del art. 849.2 LECrim. La omisión de datos que debieron ser incluidos en el relato, seguía el recurrente, en modo alguno constituye el defecto procesal contemplado en el precepto invocado, sino a lo más que podría dar lugar es que se procediera a completar la sentencia mediante el procedimiento legalmente establecido al efecto, que desde luego no es la vía utilizada por el recurrente. Las omisiones tan solo caben motivo de casación por quebrantamiento de forma por falta de claridad en los hechos probados cuando ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido, pero no como aquí que no producen oscuridad alguna para la comprensión de lo narrado en la sentencia, o como dicen las SSTS 375/ 2004, de 23-3 y 1265/2004, de 2-11, cosa distinta es que el recurrente pretenda ensanchar el factum con complementos descriptivos o narrativos, que considera esenciales por repercutir en el fallo y que resultaron probados, a medio de documentos, que no fueron debidamente valorados por el tribunal, lo que situaría el motivo en el campo del error facti que contempla el art. 849.2 LECrim".

SEGUNDO.- Y respecto a la contradicción, constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala (STS 253/2007, de 26-3, 121/2008, de 26-2) tiene afirmado que la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que por ser antitéticos resultan incompatibles entre si, de tal suerte que la afirmación de una resta eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 299/2004 de 4.3).

Así doctrina jurisprudencial reiterada (SSTs. 1661/2000 de 23.11, 776/2001 de 8.5, 2349/2001 de 12.12, 717/2003 de 21.5, y 299/2004 de 4.3), señala que para que pueda prosperar este motivo de casación son necesarios los siguientes requisitos: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual; b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato; c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los



hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos; d) que sea completa, es decir que afecta a los hechos y a sus circunstancias; e) la contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma; f) que sea esencial en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En el caso presente, en el apartado tercero del relato de hechos probados se recoge como Alexis , tras rociar la cara de recurrente con un spray irritante, "a continuación sacando y desenfundando un machete de grandes dimensiones que portaba, comenzó a dar a Abilio machetazos en diversas partes del cuerpo con intención de atentar contra su vida", que no se recoja el número de puñaladas no tiene la relevancia pretendida dado que sí se detallan en la fundamentación jurídica, posibilidad esta admitida por la jurisprudencia (SSTS 987/98, de 20-7; 1453/98, de 17-11; 1899/2002, de 15-11; 990/2004, de 15-4) que entiende que los hechos probados que aparecen en el apartado correspondiente pueden ser completados con las afirmaciones fácticas que aparezcan en la fundamentación.

TERCERO.- Y respecto a la incongruencia omisiva por no resolverse todos los puntos que han sido objeto de acusación, lo que el recurrente plantea es su discrepancia tanto de la valoración de la prueba como del razonamiento llevado a cabo por la Audiencia Provincial y el Tribunal Superior de Justicia en cuanto a los hechos protagonizados por la coacusada Noelia , al no haberse valorado la prueba indiciaria consistente en dos comunicaciones telefónicas que mantuvo con el acusado Artemio y el informe policial ratificado en el juicio oral por el Policía Nacional nº NUM002 .

Cuestiones de valoración probatoria que nada tienen que ver con el vicio in iudicando de incongruencia omisiva, máxime cuando las sentencias dictadas en la instancia y apelación sí se pronunciaron sobre la cuestión que se dice omitida.

Así la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 17-4-2019, fundamento de derecho sexto: "También las acusaciones, tanto pública como privada, consideran a Noelia autora de los hechos enjuiciados.

Así mismo esta Sala discrepa también de las acusaciones en este aspecto y entiende que la acusada Noelia no es penalmente responsable, ni como autora ni como cómplice de los hechos que aquí se enjuician.

En efecto tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular fundamentan su reproche hacia Noelia en el hecho de que el día en que acaecieron los hechos mantuvo con Artemio un contacto telefónico. El primero (a tenor del informe policial que obra en autos y que fue ratificado en el acto del juicio oral por los Agentes que lo elaboraron) fue en la noche y duró un minuto y medio aproximadamente y después otro estando ya en el autobús urbano en el que viajaba junto con Abilio sin que se haya podido determinar el contenido de ninguna de las dos comunicaciones.

Deducen las acusaciones que esta llamada la efectuó Noelia para avisar a Artemio y a Alexis de que de Abilio iba en el autobús de línea urbana 33 y que debido a esta llamada los acusados se desplazaron al dicho autobús en busca de Abilio .

Aparte de que esta deducción sería una mera conjetura contra reo, proscrita en Derecho Penal, aun partiendo, desde la pura hipótesis, de que el objeto de la llamada fuese poner en conocimiento de Artemio la ubicación de Abilio debería haberse probado por algún medio que la acusada Noelia sabía y consentía el desarrollo de los acontecimientos que iban a suceder posteriormente así como del resultado y que los aceptaba.

Pero ocurre, sin embargo, que nada de esto se ha probado pues Noelia en ningún momento participó en la agresión, ni directa ni indirectamente, siendo así que por una simple llamada telefónica no es posible ahora su condena por el delito de homicidio del que se le acusa ya que el Principio de Presunción de Inocencia, que le ampara, esta ímpoluto y no ha sido enervado por ningún medio de prueba.

Por todo ello procede la libre absolución de Noelia ."

Y, por su parte, la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 26-9-2019, fundamento de derecho cuarto: "Por lo que se refiere a la impugnación del pronunciamiento de absolución de la acusada Noelia , el recurrente sostiene que la audiencia ha incurrido en errónea valoración de la prueba, y que el relato de hechos probados debería incluir la que durante el contacto telefónico que Noelia mantuvo con Artemio en el trayecto del autobús urbano de la línea 33 le comunicó la localización de Abilio .

La sala justifica su decisión respecto de la citada acusada del siguiente modo:



<< Deducen las acusaciones que esta llamada la efectuó Noelia para avisar a Artemio y a Alexis de que de Abilio iba en el autobús de línea urbana 33 y que debido a esta llamada los acusados se desplazaron al dicho autobús en busca de Abilio .

Aparte de que esta deducción sería una mera conjetura contra reo, proscrita en Derecho Penal, aun partiendo, desde la pura hipótesis, de que el objeto de la llamada fuese poner en conocimiento de Artemio la ubicación de Abilio debería haberse probado por algún medio que la acusada Noelia sabía y consentía el desarrollo de los acontecimientos que iban a suceder posteriormente, así como del resultado y que los aceptaba.

Pero ocurre, sin embargo, que nada de esto se ha probado pues Noelia en ningún momento participó en la agresión, ni directa ni indirectamente, siendo así que por una simple llamada telefónica no es posible ahora su condena por el delito de homicidio del que se le acusa ya que el Principio de Presunción de Inocencia, que le ampara, esta impoluto y no ha sido enervado por ningún medio de prueba.>>.

Sostiene frente a ello el recurrente de que sí ha sido probada la participación de Noelia , y que consistió en el aviso que dio a los otros dos acusados para indicarles que la víctima iba en el mismo autobús que ella, lo que deduce de la declaración del policía nacional n NUM002 , instructor de las diligencias ampliatorias, quien declaró que la acusada marca la posición de la víctima, así como de la realidad de la llamada acreditada por la información dada al respecto por la compañía de telefonía, así como la circunstancia de que poco después de dicha llamada los acusados subieran al autobús, pese a que el domicilio de Alexis se hallaba a pocos metros de donde lo hicieron.

Pues bien, ciertamente la versión sostenida por el recurrente no carece de fundamento, pero tampoco carece de él la explicación dada por la sala, que afirma falta de prueba tanto del contenido de la llamada, como de que la misma fuera precisamente para que se produjera la agresión que aconteció después de ella, cuando es lo cierto que como ha quedado razonado más arriba, la apreciación del motivo de error en la valoración de la prueba exige que un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador de instancia de tal magnitud - razonamiento absurdo, ilógico, irracional o arbitrario-, que haga necesaria, empleando criterios objetivos y no interpretaciones discutibles y subjetivas, una modificación de los hechos declarados probados en la sentencia, sin que sea de acoger el criterio valorativo del tribunal por el propugnado por el recurrente basado en uno diferente del recurrente."

Consecuentemente, el motivo se desestima.

CUARTO.- El motivo segundo por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim, error en la valoración de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Designa como documentos:

1.- Folios 367 a 369 y 372 de los autos, ratificados en el acto del juicio por la Policía Nacional sobre la extracción de los datos de telefonía móvil respecto de la acusada Noelia .

2.- Informe de alta forense de lesiones de 23-3-2018, que no consta foliado, suscrito por D^a. Celsa y D. Carlos Francisco que, entre otros aspectos, relata la limitación funcional de la extremidad superior izquierda de la víctima, que no consignó de forma concreta en el apartado de hechos probados de la sentencia de instancia.

El motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad, según reiterada jurisprudencia, la concurrencia de los siguientes elementos:

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 sin tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3. Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al tribunal, art. 741 LECrim.

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.



Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del factum que no es un fin en si mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

En el caso que nos ocupa la existencia de las llamadas no es cuestionada en la sentencia recurrida, pero desconociéndose su contenido, su valor como documento deviene inaceptable.

Y en cuanto al alegado informe médico forense sobre las lesiones y secuelas del recurrente, la jurisprudencia le otorga aquella condición:

a) Cuando existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable.

En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del tribunal. En el primer caso porque asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo, porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos ante un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico, esto es, si evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo.

Fuera de estos casos las pericias son un medio de prueba de carácter personal, aunque con características propias que deben ser valoradas en función de las conclusiones expuestas por sus redactores y suficientemente contrastadas en el momento del juicio oral.

En efecto este carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediatez.

En el caso actual el informe de alta forense en cuanto a la limitación funcional que padece el recurrente en su brazo izquierdo señala "las graves secuelas que padece y padecerá, limitan funcionalmente la extremidad superior izquierda especialmente en la muñeca y mano" y en este sentido la sentencia que hace referencia al brazo "catastrófico" en el relato fáctico, describe las lesiones que a consecuencia de la agresión sufrió el hoy recurrente en el fundamento de derecho quinto:

"Fractura de Cubito distal. Sección de todo el aparato flexor. Sección completa del nervio mediano y sección a dos niveles del nervio cubital. Sección de arteria cubital. Sección de extensores. Heridas en cara y cuero cabelludo. Herida en rodilla derecha que penetra hasta la articulación. Heridas cutáneas en tórax izquierdo.

Las lesiones precisaron ingreso hospitalario, intervención quirúrgica y tratamiento psicoterápico y farmacológico y se diagnosticó como brazo catastrófico.

El tiempo de curación ha sido de 490 días de los cuales 32 fueron de hospitalización y 458 impeditivos para su actividad.

Le han quedado las siguientes secuelas:

EXTREMIDAD SUPERIOR. Mano dedos limitación funcional de las articulaciones interfalángicas.

SISTEMA NERVIOSO PERIFERICO. Miembros superiores- Parexias Nervio mediano, nervio cubital y nervio radial.

EXTREMIDAD SUPERIOR Antebrazo y muñeca- Material de osteosíntesis.

CABEZA Cráneo encefálico y encéfalo- Síndromes psiquiátricos Trastornos neuróticos- Post estrés traumático.

Dichas lesiones han sido baremadas en 40 puntos conforme al R.D 8/04.

Así mismo tiene 14 cicatrices que se consideran perjuicio estético baremado en 15 puntos.



Como consecuencia de dichas lesiones a Abilio le ha sido reconocida la incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual."

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

QUINTO.- El motivo tercero A) por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación, tanto por la Audiencia Provincial como por el Tribunal Superior de Justicia de los arts. 139.1, 1º, 3º y 4º y 2 CP en relación con el art. 16 del mismo cuerpo legal.

B) Alternativamente, por inaplicación del art. 138.1 y 16 ambos del CP respecto de los penados Artemio y Noelia .

Considera respecto del apartado A) que todos los acusados, incluida Noelia , que fue absuelta, debieron ser condenados por delito de **asesinato**, en grado de tentativa, principalmente por concurrir las circunstancias de alevosía, en su modalidad de desvalimiento, ensañamiento y por haberse cometido el delito para evitar que se descubriera un delito de robo con violencia o intimidación anterior.

B) Alternativamente deberían haber sido condenados como reos de un delito de homicidio en grado de tentativa.

En relación al apartado a) el motivo debe ser desestimado.

En cuanto a la alevosía, hemos dicho en SSTs 703/2013, de 8 de octubre; 838/2014, de 12 de diciembre; 114/2015, de 12 de marzo; 719/2016, de 27 de septiembre; 167/2017, de 14 de marzo; 240/2017, de 5 de abril; 299/2018, de 19 de junio, que el Tribunal Supremo viene aplicándola a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de **asesinato**, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000).

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

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



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

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

a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

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

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS. 19.10.2001, es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

2º En cuanto a la alevosía sobrevenida se produce cuando no se halla presente en el comienzo de la acción, pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aunque sea de distinta forma o modo, durante el que surge el aprovechamiento de la indefensión del agredido, propiciada por la intervención de terceros o también por el propio agente (SSTS. 1115/2004 de 11.11, 550/2008 de 18.9, 640/2008 de 8.10, 790/2008 de 18.11). Existe cuando aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada.(SSTS. 53/2009 de 22.10, 147/2007 de 19.2, 640/2008 de 8.10, 243/2004 de 24.2).

3º Ahora bien cuando el ataque a la persona se produce desarrollándose en varios actos ejecutados sin solución de continuidad, si en el inicio de la agresión no es posible apreciar la alevosía a causa de la ausencia de sus elementos característicos, tampoco podrá estimarse su concurrencia valorando el eventual desvalimiento o situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima en los momentos finales de la acción, pues ésta sería una consecuencia natural de los primeros actos de agresión. Por lo tanto, solo será posible apreciar la alevosía cuando la acción se haya interrumpido, para reanudarla posteriormente aprovechando la situación creada (STS. 1089/2007 de 19.12).

En igual sentido la STS. 357/2002 de 4.3, en un caso en que el acusado cogió a su esposa por el cuello presionando hasta que quedó desvanecida y como observó que seguía con vida la remató estrangulándola, no se apreció la alevosía sobrevenida, porque es preciso que se inicie una acción delictiva sin carácter alevoso y se continúe después otra distinta contra el mismo sujeto pasivo, lo que no ocurrió en el caso examinado, en el que hubo una única acción.

1. Es cierto que no faltan sentencias de esta Sala que entienden hay alevosía, en la modalidad de sobrevenida, en la acción de seguir golpeando a la víctima ya en el suelo e inconsciente y por tanto totalmente desvalida (SSTS. 1346/2005 de 21.10, 1271/99 de 20.9).

Esta doctrina ha sido matizada en la STS. 104/2014 de 14.2 que recuerda que "Para apreciar la alevosía que convierte en **asesinato** el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción. Aunque a algunas modalidades específicas parece connatural la alevosía -el veneno v.gr.- ni siquiera en esos casos son inimaginables supuestos en que no hay alevosía: -violento forcejeo en el que se



acaba por reducir a la víctima para hacerle ingerir por la fuerza el veneno-. En concordancia con esta premisa general no puede afirmarse apriorísticamente que un estrangulamiento sea siempre alevoso. De hecho, en la jurisprudencia encontramos casos de asfixia por estrangulamiento catalogados como alevosos frente a otros en que se calificó como homicidio (SSTS 1068/2010, 2 de diciembre y 20 de diciembre de 2006, 1279/2006 ó STS 76172007, de 26 de septiembre, 162/2009, de 12 de febrero por recoger un par de precedentes en cada dirección).

La alevosía -la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones; hay que fijarse en el episodio en su conjunto y no solo en los avatares, que preceden inmediatamente al fallecimiento. Si fuese de otra forma sería harto infrecuente un homicidio consumado que no pudiese ser calificado de **asesinato**. Si se ha alcanzado el objetivo buscado es que finalmente se han superado los eventuales mecanismos de defensa; en definitiva, que se han anulado. El fallecimiento será la prueba de que se han laminado las posibilidades defensivas. Si pudieron existir, han sido abolidas. Hay que valorar la alevosía en un juicio ex ante: situarnos al inicio de todo el episodio. El último "navajazo", que después de una larga serie de ellos y un reñido enfrentamiento, se propina cuando la víctima ha sido despojada del arma que también portaba, y yace en el suelo malherida y ya sin la menor capacidad de reacción, no convierte en alevosa esa agresión que comenzó frente a frente y con ambos contendientes armados. El ataque que se inicia sin alevosía no se torna alevoso como consecuencia de los lances o circunstancias que pueden ir sobreviniendo, salvo cuando se produce una solución de continuidad, una cesura entre el inicial episodio y un nuevo acometimiento (alevosía sobrevenida); o un inesperado e inesperable cambio cualitativo.

En un estrangulamiento que ha alcanzado su objetivo letal siempre obviamente hay un momento en que la víctima está totalmente indefensa y desvalida. Pero eso no es definitivo. El factor decisorio es cómo se ha llegado a esa situación. Si se hace de forma sorpresiva e inopinada, cuando la víctima no puede esperar ese ataque; o a traición, abordándola por la espalda; o cuando la víctima se encuentra (se supone inicialmente, es decir sin que haya mediado ningún tipo de ataque o agresión) durmiendo o inconsciente (desvalimiento), habrá un **asesinato**. Cuando el estrangulamiento es el último acto ejecutivo de una agresión que comenzó de frente, con forcejeos, y, venciendo la resistencia opuesta por la víctima, se consigue doblegar sus esfuerzos por zafarse y postrarla sujetándole la garganta para asfixiarla, no hay alevosía. Esta ha de predicarse -con las salvedades hechas- de todo el episodio y no del instante final".

En el caso presente la sentencia recurrida -esto es, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia en el fundamento de derecho quinto analiza la posible concurrencia de la alevosía en la modalidad que postula el recurrente -por desvalimiento de la víctima- y razona que la víctima no se hallaba impedida de toda defensa eficaz, pues pudo protegerse del ataque y además fue capaz de reaccionar contra su agresor, pues también éste presenta lesiones derivadas de dicha defensa, que se reflejan en el informe forense de 16-10-2017 y que requirieron 15 días para su curación.

- Contusión orbitaria izquierda con infección conjuntival.
- Herida incisa en dorso de mano izquierda solo afecta al tejido subcutáneo.
- Heridas superficiales en dedos de ambas manos.
- Contusión en rodilla sin derrame articular.

Y además, razona que tampoco existe rastro probatorio alguno sobre el necesario elemento subjetivo consistente en el conocimiento y determinación por parte del autor del significado del spray como medio, modo o forma tendente a asegurar el resultado impidiendo la defensa del atacado y suprimiendo los riesgos que de ella pudieran derivarse para el agresor (STS 248/2019).

Razonamiento conforme con la doctrina jurisprudencial antes expuesta y que implica la no concurrencia de la alevosía como cualificadora del **asesinato**.

SEXTO.- Respecto al ensañamiento, como hemos dicho en SSTS 919/2010, de 14 octubre; 856/2014 de 26 diciembre y 293/2018, de 18 de junio, es un concepto jurídico precisado en la Ley que no coincide necesariamente con una concepción coloquial o, incluso gramatical, de la propia expresión, de modo que los Tribunales hemos de sujetarnos a los términos en los que el Legislador lo ha definido, para determinar si, en el caso concreto sometido a enjuiciamiento, concurre o no la referida circunstancia de agravación, bien entendido que el derecho penal español está sujeto al principio de legalidad, de forma que nadie puede ser condenado sino por una conducta tipificada por Ley, previa y cierta, norma jurídica que no podrá ser objeto de interpretación extensiva o aplicación analógica, en contra del reo (STS. 775/2005 de 12.4).



El art. 139 CP. se refiere al ensañamiento como agravante específica del **asesinato** con la expresión "aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido", y por su parte, el art. 22. 5ª, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica "aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito". En ambos casos se hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el **asesinato** la muerte de la víctima causa, de forma deliberada otros males que exceden a los necesariamente unidos a la acción típica, por lo tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado buscando la provocación de un sufrimiento añadido a la víctima, "la maldad brutal sin finalidad", en clásica definición de la doctrina penalista, males innecesarios causados por el simple placer de hacer daño, lo que supone una mayor gravedad del injusto típico.

Se requiere, pues, -precisan las SSTs. 357/2005 de 20.4; 713/2008 de 13.11 dos elementos: uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS 1553/2003 de 19.11, 775/2005 de 12.4 (LA LEY 13113/2005)). Y esto último puede inferirse racionalmente de los propios elementos objetivos que han concurrido en el caso, en cuanto el sujeto no suele exteriorizar su ánimo de incrementar deliberada e innecesariamente el sufrimiento y dolor de su víctima (STS 147/2007 de 19.2).

Elemento subjetivo, considerado en la STS. 1042/2005 de 29.9 , como "un interno propósito de satisfacer instintos de perversidad, provocando, con una conciencia y voluntad decidida, males innecesarios y más dolor al sujeto pasivo", de modo que no se apreciará la agravante si no se da "la complacencia en la agresión" -por brutal o salvaje que haya sido la agresión- en la forma realizada con la finalidad de aumentar deliberadamente el dolor del ofendido" (STS 896/2006 de 14.9), y cuyo elemento "no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno", (STS 357/2005 de 20.4), con cita STS 2.526/2001 de 21.2002, que entendió que no implicaba la apreciación del ensañamiento vulneración del derecho a la presunción de inocencia en un caso en que la víctima había recibido además de las puñaladas de índole mortal, otras meramente lesivas, innecesarias para la producción de la muerte, a lo que el Jurado atribuyó el único propósito de aumentar el sufrimiento.

Es cierto que también a veces esta Sala habla de la necesidad de un ánimo frío, reflexivo y sereno en el autor, como una proposición concreta de ese doble elemento subjetivo (deliberación e inhumanidad), diciéndose en la STS. 26.9.88, seguida por la de 17.3.89 que "el ensañamiento ha de ser necesariamente frío, refinado y reflexivo, no encontrándose en la cólera que hiere o golpea ciegamente y sin cesar", de modo que no ha sido apreciada (la específica del **asesinato**) "cuando las numerosas puñaladas que recibió la víctima no son producto de un ánimo subjetivo perverso y calculado para elevar el sufrimiento de la víctima agredida, sino la expresión de su propósito homicida que ejecuta de forma violenta e incontinente", afirmándose que "resulta secundaria la consideración exclusivamente numérica de las puñaladas inferidas a la víctima" (SSTs. 2469/2001 de 26.12). No obstante la más moderna jurisprudencia no exige esa frialdad de ánimo, SS. 276/2001 de 27.2 y 2404/2001 de 12.12, 996/2005 de 13.7, pues el desvalor de la acción y del resultado que constituye el fundamento de este elemento del delito de **asesinato**, cuando va acompañado del otro requisito subjetivo, no puede quedar subordinado al temperamento o modo de ser específico del autor del delito, que es el que determina un comportamiento más o menos frío o reflexivo o más o menos apasionado o acalorado. La mayor antijuricidad del hecho y la mayor reprochabilidad del autor, que habrían de derivar en ese aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido, nada tienen que ver con esa frialdad de ánimo o ese acaloramiento que la realización del hecho puede producir en el autor del delito. Hay quien controla más y quien controla menos sus sentimientos. Y hay quien los mantiene disimulados en su interior. Y de esto no puede hacerse depender la existencia o no de ensañamiento (STS. 775/2005 de 12.4): entendiendo, en definitiva, "el término" deliberadamente como el conocimiento reflexivo de lo que se está haciendo, y la expresión "inhumanamente" como comportamiento con el impropio de un ser humano (SSTs. 1760/2003 de 26.12, 1176/2003 de 12.9).

La STS. 1232/2006 de 5.12 tras recordar que: "La agravante de ensañamiento exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de la comisión de los hechos. Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio, de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que sea un prolegómeno agónico del desenlace final".

Bien entendido que la jurisprudencia procura que no se confunda la mera brutalidad en la acción con el ensañamiento. Así, en su sentencia de 22-12-2001 esta Sala deslinda claramente ambos conceptos, al afrontar el estudio del tipo agravado de lesiones del art. 148.2 CP y reconocer que la brutalidad en la acción no implica o



equivale necesariamente a ensañamiento, añadiendo que, en el caso de lesiones, estos supuestos de especial virulencia deben subsumirse en el nº 1 del art. 148 que permite agravar las penas atendiendo al resultado causado o riesgo producido, no solo cuando en la agresión se hubiesen utilizado armas, instrumentos u objetos peligrosos para la vida o salud física o psíquica, del lesionado, sino igualmente cuando se hubiesen empleado métodos o formas que también lo conlleven y como igualmente señala, de forma específica, en su sentencia de 2-10-2001, la utilización de métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud es una hipótesis que, a diferencia del ensañamiento del nº 2, fundamentado en la mayor desvaloración de la perversidad del agente, obedece al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana del método o forma de agresión, englobando así los supuestos anteriores de la acusada brutalidad cuando en ella no prima la perversidad subjetiva de la búsqueda de un mayor dolor o sufrimiento, sino el incremento objetivo del riesgo que para la vida o la salud representa la forma o método de la agresión.

Así, por ejemplo, patear la cabeza de la víctima constituye un brutal modo de agresión, que origina por sí mismo, un altísimo riesgo objetivo de causar lesiones de enorme gravedad para la vida del agredido, pero no necesariamente supone la existencia de ensañamiento".

Por ello en STS 527/2012, de 20-6, hemos señalado que de acuerdo con reiterada doctrina, su naturaleza no se identifica con la simple repetición de golpes -que no es sino signo inequívoco de la existencia del ánimo de matar- sino con lo que un comentarista clásico, en gráfica expresión, llamó la maldad de lujo, esto es, la maldad brutal, sin finalidad por el simple placer de hacer daño.

Pero se trata de una maldad reflexiva, que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira el momento de acabar con la vida de cualquier persona (STS 600/2010, de 16-6). En definitiva, una modalidad de tortura realizada por un particular y, por tanto, atípica, para causar la muerte y que produce sufrimientos físicos e incluso mentales, ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, sometiendo a una persona a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico, es hacer sentir a la víctima que se la está matando.

Siendo así, la sentencia recurrida rechaza su aplicación "porque no ha sido acreditado que en el ánimo de los agentes estuviera el de aumentar gratuita e innecesariamente el dolor del ofendido y el recurrente sostiene que el ataque le produjo graves sufrimientos derivados de la intensidad y violencia del ataque y del arma utilizada y pese a que el mismo ya estaba en el suelo sin posibilidad alguna de defensa, el acusado seguía apuñalando con el machete, lo que a su parecer por sí solo justificaría el ensañamiento".

Pues bien -continúa la sentencia de apelación- "ninguna mención hace el recurso a la prueba del elemento subjetivo que exige el ensañamiento, que la audiencia entiende que no concurre; por lo que no sería de apreciar su concurrencia; y tampoco consideramos que ninguno de los males fuera innecesario si se asume la intención del acusado de quitar la vida al agredido, pues si bien es cierto que conforme al dictamen forense la sección de la arteria cubital era potencialmente mortal, no afectaba a una zona vital, pues no lo es el brazo, y fue fácilmente conjurada mediante un simple torniquete aplicado por uno de los agentes que asistió primeramente a Abilio".

Razonamiento igualmente conforme con la jurisprudencia antes expuesta y que implica la desestimación de la pretensión del recurrente.

SÉPTIMO.- En cuanto a la petición alternativa por inaplicación del art. 138.1 y 16 CP respecto de los acusados Artemio y Noelia y que se condene a ambos como autores de un delito de homicidio en grado de tentativa.

Así, en relación a Artemio teniendo en cuenta la doctrina del dominio funcional del hecho se encontraba unido en la acción delictiva con Alexis y ambos realizaron actos lesivos contra la víctima con la intención de acabar con su vida, aunque solo uno de ellos portase el arma, asumiendo ambos los resultados de su acción.

Se ha dicho en SSTs 776/2011, de 20-7; 927/2013, de 11-12; 158/2014, de 12-3; 114/2015, de 30-6; 487/2015, de 20-7; 519/2015, de 23-9; 415/2016, de 17-5, que la diferencia entre la coautoría y la cooperación o la participación radica en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría (STS 590/2004, de 6-5) y se concreta que "existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *condictio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho).

Por ello, aparentemente, los cooperadores necesarios tendrían lo mismo que los coautores, el dominio del hecho, dado que se podría pensar, si alguien hace una aportación al hecho sin la cual este no se hubiera podido cometer, retirando su aportación, impediría que el hecho se llevara a cabo. Si esto fuera así, su dominio (funcional) del hecho parecería claro, pero, al mismo tiempo, la distinción entre coautores y cooperadores necesarios sería prácticamente imposible y dogmáticamente innecesaria.



Sin embargo, en el sistema de derecho vigente, la distinción es dogmáticamente necesaria. Como se ha señalado en la doctrina, el dominio del hecho depende no solo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en el que la aportación se produce. Por esta razón, el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el ámbito de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho, pues en la fase ejecutiva, la comisión del delito ya está fuera de sus manos. Consecuentemente si la aportación necesaria se ha producido en la etapa de preparación, el agente que realiza una aportación necesaria será un partícipe necesario, pero no coautor.

De esta manera se explica que la distinción entre cooperador necesario y cómplice no debe ser apoyada en la noción de dominio del hecho. Lo que distingue al cooperador necesario del cómplice, no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia (la relevancia) de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores.

En otras palabras: el dominio del hecho no se determina solo mediante causalidad. Por lo tanto, la cuestión de si el delito se hubiera podido cometer o no sin la aportación debe ser considerada dentro del plan del autor que recibe la cooperación. Si en el plan la cooperación resulta necesaria, será de aplicación el art. 28.2 b). Si no lo es, será aplicable el art. 29. No se trata, en consecuencia, de la aplicación del criterio causal de la teoría de la "condictio sine qua non", sino de la necesidad de la aportación para la realización del plan concreto (SSTS 563/2015, de 24-9; 645/2015, de 30-10).

OCTAVO.- En el caso que nos ocupa la sentencia recurrida analiza en el fundamento jurídico tercero, de forma conjunta el recurso interpuesto por el acusado Artemio , condenado como cómplice en el delito de homicidio en grado de tentativa cometido por Alexis , que sostenía que no concurría en él el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y su voluntad de contribuir a su consecución con hechos, y el interpuesto por el hoy recurrente que, al igual que en el presente recurso sostenía que existió una acción concertada entre los acusados para matarlo con división de papeles predeterminada, y concluye que tal afirmación carece de todo soporte en el relato de hechos probados, que no ha sido impugnado por la acusación en este aspecto, en el que se indica que tras la discusión previa habida en la discoteca, Artemio y Alexis amenazaron a Abilio en el autobús al que se subieron y le conminaron para que se apease del mismo, y que una vez fuera ya del vehículo Alexis inició la agresión primero con un spray y luego con el machete que portaba, pero solo se dice que Artemio que colaboró con Alexis agrediendo también a Abilio .

No consta por tanto en los hechos declarados probados afirmación o dato alguno que permita entender que Artemio conocía la intención de matar que abrigaba el otro acusado cuando inició la agresión a Abilio , ni antes de ella, tan solo consta que agredió a éste sin especificar la forma concreta en que lo hizo, sin arma alguna, a lo que cabe añadir que de la declaración de los agentes que acudieron al lugar de los hechos se depende con claridad que tras la inicial agresión Artemio abandonó el lugar de modo y manera que tan solo fue Alexis quien continuaba la agresión golpeando con el machete hasta la llegada de aquéllos.

Pues bien, tanto la coautoría como la complicidad exigen un elemento subjetivo que consiste en la existencia de un concierto previo o surgido al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o en todo caso muy brevemente anterior a ésta; y un elemento objetivo consistente en una aportación al hecho, cuya distinta entidad, esencial o no, distingue la coautoría de la complicidad (STS 529/2005 de 27 de abril, 265/2018 y 547/2018 de 13 Nov. 2018).

La carencia de tal elemento subjetivo impide tener a Artemio como partícipe, aún en concepto de cómplice, del delito de homicidio, pues el dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible, para cuya apreciación es necesario el conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, según expresa la jurisprudencia arriba referenciada.

Por otro lado, tampoco resulta de los hechos probados con la necesaria claridad la realización por parte del recurrente de actos coadyuvantes al propósito de causar la muerte de Abilio .

No obstante, al haber quedado probado que Artemio agredió a Abilio , y que consta que a consecuencia de la agresión sufrida el lesionado precisó tratamiento médico o quirúrgico posterior a la primera asistencia médica, procede condenarle como autor de un delito de lesiones del art. 147.1 CP, al modo en que ocurrió en el caso decidido por la STS 547/2018, de 13-11.

Razonamiento que debe asumirse en esta sede casacional. En efecto, desde el punto de vista subjetivo en la conducta del partícipe se exigen dos elementos, su doble dolo, según ha explicado con plasticidad en la doctrina y en pronunciamientos de esta Sala, aunque su significado no se corresponde con una exigencia de intensidad. Significa una doble proyección de la tipicidad subjetiva del partícipe. Es preciso que el sujeto



conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos, de un modo consciente, a la realización de aquel (SSTS 64/2014, de 11-2; 442/2014, de 2-6).

En definitiva, cuando se trata de participación, el dolo -que puede ser eventual- deberá manifestarse en el conocimiento, de un lado, de la probable intención del autor principal y, además, de otro lado, en el de las probables consecuencias de su aportación respecto a la ejecución por el autor principal de un hecho mínimamente determinado. En esta identificación del hecho del autor, directamente relacionada con la aportación del cooperador, lo que permite considerar que se trata de peligro concreto. Por lo tanto, el partícipe debe conocer que existe el peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal y que su aportación significa un incremento de tal riesgo. La importancia de su aportación reflejada en el nivel de incremento del riesgo, determinará la imputación como cooperadora necesaria o en un nivel inferior, como cómplice (STS 503/2008, de 17-7).

Siendo así y dado que el Tribunal Superior de Justicia no entiende probado que Artemio conociera la intención de matar que tenía el otro acusado cuando inició la agresión a Abilio y tan solo consta que su agresión fue sin arma alguna (y que tras esa inicial agresión Artemio abandonó el lugar, siendo Alexis tan solo quien continuaba con la agresión con el machete hasta la llegada de la policía), sin que resulte de los hechos probados los actos concretos de agresión que realizó que pudieran entenderse coadyuvantes al propósito de causar la muerte de Abilio; y si a esto se añade que tras esa inicial agresión Artemio abandonó el lugar siendo el otro acusado quien continuó solo con la agresión con el machete hasta la intervención policial, la conclusión de la sentencia de instancia sobre la no constancia de aquel elemento subjetivo, impide la calificación de su conducta como de complicidad.

NOVENO.- Respecto a la participación de la acusada Noelia, desestimados que han sido los motivos precedentes e incólume respecto a ésta el relato fáctico, la vía casacional del art. 849.1 LECrim, como se dice en la STS 589/2010, de 24-6, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECrim.

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

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

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

Siendo así, nada se recoge en el relato de hechos probados que avale la tesis del recurrente. Por el contrario en el apartado cuarto expresamente se señala "No se ha acreditado la participación de la acusada Noelia en ninguno de los hechos narrados".

DÉCIMO.- El motivo cuarto por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por haber aplicado de forma indebida el TSJ de Aragón el art. 147.1 CP habiendo inaplicado los arts. 148.1 y 2 CP en relación con el art. 147.1 y el art. 149.1 CP.



Argumenta respecto del penado Artemio que si se considerase que no existió en el mismo animus necandi y que los hechos respecto a él son constitutivos de un delito de lesiones consumado, deberían enmarcarse, primeramente en el art. 149.1 CP o alternativamente, en el art. 148.1 y 2 CP, al estar acreditado el uso de un machete de grandes dimensiones por el otro procesado, cuyo uso fue aceptado por Artemio y en todo caso habría que valorar la existencia de alevosía y ensañamiento del art. 148.2 CP por los fundamentos expresados en el motivo tercero.

Ciertamente la consideración de un brazo como miembro principal debe ser aceptada, pues ello depende de la función desarrollada por el mismo, que si bien no es esencial para la vida, es desde luego relevante para la misma, la salud o el normal desenvolvimiento del individuo.

A este respecto debemos señalar que aun cuando se trate de un miembro dual, cada brazo tiene su propia e independiente funcionalidad (STS 321/2004, de 11-3) siendo indiferente a efectos legales, que el impedimento lo sea de forma orgánica o funcional.

E igualmente la inutilidad ha de entenderse como la imposibilidad o grave dificultad, de valerse del órgano o miembro de que se trate, quedando así equiparada la pérdida material del órgano o miembro a la pérdida de su funcionalidad, bien entendido que solo es relevante la inutilidad cuando es muy elevada. Así las SSTS 402/2002, de 8-3; 898/2002, de 22-5, precisan que la inutilidad parcial ha sido asimilada a la pérdida, por la jurisprudencia de la Sala, en los supuestos en que aquella es muy elevada, o sea, siempre que sea de tal relevancia que impida o dificulte notoriamente su ejercicio o cumplimiento de la función propia del órgano o miembro.

Ahora bien, en el caso presente, de una parte, en los hechos probados se recoge que las lesiones consistieron en:

"Fractura de Cubito distal. Sección de todo el aparato flexor. Sección completa del nervio mediano y sección a dos niveles del nervio cubital. Sección de arteria cubital. Sección de extensores. Heridas en cara y cuero cabelludo. Herida en rodilla derecha que penetra hasta la articulación. Heridas cutáneas en tórax izquierdo.

Las lesiones precisaron ingreso hospitalario, intervención quirúrgica y tratamiento psicoterápico y farmacológico y se diagnosticó como brazo catastrófico.

El tiempo de curación ha sido de 490 días de los cuales 32 fueron de hospitalización y 458 impeditivos para su actividad.

Le han quedado las siguientes secuelas:

EXTREMIDAD SUPERIOR. Mano dedos limitación funcional de las articulaciones interfalángicas.

SISTEMA NERVIOSO PERIFERICO. Miembros superiores- Parexias Nervio mediano, nervio cubital y nervio radial.

EXTREMIDAD SUPERIOR Antebrazo y muñeca- Material de osteosíntesis.

CABEZA Cráneo encefálico y encéfalo- Síndromes psiquiátricos Trastornos neuróticos- Post estrés traumático.

Dichas lesiones han sido baremadas en 40 puntos conforme al R.D 8/04.

Así mismo tiene 14 cicatrices que se consideran perjuicio estético baremado en 15 puntos.

Como consecuencia de dichas lesiones a Abilio le ha sido reconocida la incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual.

El motivo debe ser desestimado pues no se ha podido concretar de qué forma agredió este acusado al recurrente, hay que suponer que no fue él quien causó las lesiones en el brazo, y tampoco consta que conociese que el autor material portase el machete y lo fuese a utilizar.

Y en cuanto al uso del arma es preciso que el coacusado desarmado conozca en el momento de la acción o de su cooperación que el arma es empleada por el otro coejecutor.

Ha de constar con claridad explicitado en la sentencia que el coautor conocía que el otro coejecutor iba a utilizar el arma, si no consta con claridad, no se le transmite esta agravación.

UNDÉCIMO.- El motivo quinto por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por haber aplicado indebidamente los arts. 27 y 28 CP.

Argumenta que existió una acción concertada de todos los acusados para matar al recurrente, con división de papeles, debiendo condenarse a Artemio como autor y a Noelia como cooperadora necesaria al haber colaborado mediante la aportación necesaria e indispensable de la ubicación de la víctima.



El motivo se desestima. El recurrente plantea cuestiones ya analizadas en motivos precedentes y no respeta los hechos probados.

DUODÉCIMO.- El motivo sexto por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim al haber aplicado de forma indebida los arts. 62 y 66.6 CP en cuanto a las penas impuestas a Alexis y a Artemio .

Considera que no se ha valorado en la determinación de la pena el alto grado de ejecución alcanzado en el delito, ni el peligro para la vida del recurrente, ni la inusitada violencia ejercida contra el mismo por parte de los acusados.

El motivo debe ser desestimado.

El actual art. 62 CP dispone que "a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo el peligro inherente y al grado de ejecución alcanzado".

Por ello el nuevo Código Penal ha concentrado en un solo precepto las formas imperfectas de ejecución del delito, considerando que sólo existen dos modalidades: el delito consumado y la tentativa, sin hacer más especificaciones sobre los grados de ésta, como se hacía en el anterior Código Penal. No obstante la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo entre lo que se denomina tentativa acabada, que equivale al anterior delito frustrado y la tentativa inacabada, que es la tradicionalmente recogida en los textos anteriores (STS 269/2005, de 28-2).

Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada -nos dice la STS. 817/2007 de 15.10- se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada; y otra teoría, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada. La inacabada, sin embargo, admite aún el desistimiento voluntario del autor, con los efectos dispuestos en el art. 16.2 del Código penal.

En realidad, lo correcto es seguir una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito.

Realmente, la interpretación de la realización de todos los actos a que se refiere el art. 16.1 del Código Penal no puede ser entendida en sentido literal, pues es claro que en la tentativa siempre habrá fallado algo, de modo que no se puede mantener que, en sentido físico, se han desplegado todos los actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se ha efectuado. En los delitos de resultado, éste es exigido por el ordenamiento jurídico para que se produzca la consumación. De modo que ese "todos", debe entenderse en sentido jurídico, esto es, el despliegue de la actividad criminal por el autor, de modo que la frustración es un mero accidente con el que no contaba el sujeto activo del delito.

Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código Penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la nueva redacción del art. 62 del Código Penal. En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta "el grado de ejecución alcanzado", que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al "peligro inherente al intento", que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva.

Doctrina que se reitera en STS 1180/2010 de 22-12 al recordar que "el art. 62 establece dos criterios para determinar la concreta penalidad de las conductas ejecutadas en fase de tentativa: "el peligro inherente al intento" y el "grado de ejecución alcanzado". La diferencia con respecto al CP 1973 estriba en que mientras en la regulación anterior la tentativa podía rebajarse en uno o dos grados, al arbitrio del tribunal, respecto de la pena correspondiente al delito al delito consumado (art. 52.1) y en la frustración, por el contrario sólo podía rebajarse en un grado (art. 51), en el actual art. 62 se permite una mayor flexibilidad de decisión a los jueces, en la medida en que, en principio, pueden imponer la pena inferior en uno o dos grados a cualquier forma de tentativa, independientemente de si es una tentativa acabada o inacabada.



La doctrina ha destacado que en realidad el fundamento del criterio punitivo del grado de ejecución alcanzado (tentativa acabada o tentativa inacabada) radica en el peligro generado por la conducta, por lo que se está ante el mismo fundamento que el del otro criterio, el peligro inherente al intento, descansando ambos en el principio de ofensividad. Pues todo indica que el texto legal parte de la premisa de que cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también.

En el caso presente la cuestión planteada en relación a Alexis fue objeto del previo recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, razonando que calificada la tentativa de acabada en la instancia la pena que correspondía no ha sido impuesta en el mínimo imponible, 5 años, sino la de 6 años, sin que el recurrente haya señalado las razones por las que, teniendo en cuenta los criterios que hay que atender en la individualización penal, la Sala ha incumplido el mandato del art. 66.6 CP, más allá de la personal discrepancia con la pena impuesta.

Motivación suficiente y que conlleva la desestimación del motivo.

Análogo pronunciamiento debe recaer en cuanto a la pena impuesta en apelación por el Tribunal Superior de Justicia a Artemio como autor de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 147.1 CP.

En efecto tal precepto prevé una pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses. La sentencia recurrida impone la pena de prisión de un año, esto es, dentro de la mitad inferior -tres meses a 19 meses y 15 días- y por lo tanto alejada del mínimo imponible sin que se haya producido infracción alguna de lo previsto en el art. 66.6ª CP.

DÉCIMO TERCERO.- El motivo séptimo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 109 y ss CP y la jurisprudencia derivada de los mismos.

Considera que el tribunal ha infringido la obligación de determinar, no solo las bases para el cálculo de la indemnización, sino también qué cifras concede por cada concepto indemnizable, señalando únicamente el total de la misma.

La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige como elemento estructural de la misma una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenido, relación de causalidad que debe ser probada. Rige el principio de justicia rogada y no el principio acusatorio, por ello, para medir la congruencia de la sentencia con la pretensión hay que acudir a los criterios del proceso civil y o a las especialidades del proceso penal. En particular, la imposibilidad de fijar una indemnización más alta que la solicitada no es una derivación del principio acusatorio -como se argumenta a veces por inercia- sino del principio dispositivo y el de rogación, se dice que la acción penal es pública, indisponible en cuanto regida por el principio de legalidad, la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal, art. 109 CP, mantiene sus principios rectores de disposición y de rogación. Doctrina consolidada del TS de la que son exponentes las sentencias de 3-5 y 11-12-2001 y 26- 10-2002, pudiendo leerse en esta "el tratamiento de la cuestión suscitada debe hacerse desde la perspectiva de los principios que informan la responsabilidad civil como acción que se ejercita en el caso conjuntamente con la penal por las acusaciones, pero en modo alguno pierde su autonomía, como se desprende de los arts. 109 y ss. Los principios dispositivo y de rogación exigen la expresa declaración de voluntad dirigida al tribunal sobre lo que se pide en relación con la petición en sí misma y con su contenido.

Respecto al quantum indemnizatorio, hemos dicho que la indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito penal doloso, como el caso que nos ocupa, que realice el tribunal de instancia, fijando el alcance material del quantum de las responsabilidades civiles, por tratarse de un criterio valorativo soberano, más que objetivo o reglado, atendiendo a las circunstancias personales, necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, daño emergente y lucro cesante, no puede ser sometida, por regla general, a la censura de la casación, por ser una cuestión totalmente autónoma y de discrecional facultad del órgano sentenciador, como ha venido a señalar la jurisprudencia de esta Sala que únicamente permite el control en el supuesto que se ponga en discusión las bases o diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva o lo que es igual, el supuesto de precisar si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza (STS 467/2018, de 15-10).

En este sentido la STS 107/2017, de 21-2, insiste en que respecto de la cuantía de la indemnización con carácter general corresponde su fijación al tribunal de instancia, de manera que no es, por lo general, revisable en casación, pues al no establecer el CP criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva. Sí sería posible rectificar la determinación de la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia de instancia en los siguientes supuestos:

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.
- 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.

DÉCIMO CUARTO.- En el caso que nos ocupa, como ya hemos señalado más arriba, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial -confirmada en este extremo por la del Tribunal Superior de Justicia, en el apartado quinto tras detallar las lesiones que sufrió el recurrente y su tiempo de duración distinguiendo entre días de hospitalización e impeditivos para su actividad, y las secuelas resultantes, concluye que "dichas lesiones han sido baremadas en 40 puntos, conforme al RD 8/04 y las cicatrices que se consideran perjuicio estético baremado en 15 puntos, así que como consecuencia de dichas lesiones a Abilio le ha sido reconocida la incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual.

Asimismo en el fundamento de derecho undécimo razona "en cuanto a la responsabilidad civil dimanante del delito cometido ... y su cuantificación esta Sala, tomando como criterio meramente orientativo el baremo establecido en el R.D. 8/04 actualizado pues, al tratarse de un delito doloso, los tribunales no están vinculados por tal baremo por lo que no se aplicará en el presente caso y tan solo como criterio orientador como ya hemos manifestado".

Y a continuación fija la cantidad que deberá ser indemnizada "por los días de curación (incluyendo los de hospitalización e impeditivos), gastos acreditados por tratamiento de carboxiterapia de cicatriz facial, secuelas funcionales y estéticas, lucro cesante por incapacidad permanente y perjuicios morales", en 227.000 € más los intereses legales desde la fecha de la sentencia.

Pues bien, el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29-10, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, estableció en su anexo el "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación" y fijó una serie de tablas para la determinación de las cuantías indemnizatorias, siguiendo el sistema de baremos introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/95, de 8-11, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Esta Sala se ha cuidado de precisar que la fijación de los baremos en el caso de responsabilidades civiles derivadas de hechos que deberían estar cubiertos por la garantía de un seguro, responde, no a 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 reseñas matemáticas que hay que contemplar para que el sistema pueda subsistir sin riesgos inasumibles para los Fondos de cobertura; que la fluctuación al alza o a la baja no responda a criterios equitativos sino a factores como el alza o la baja de la siniestralidad e incluso a ponderaciones mercantiles de cuotas de mercado; que la indemnización baremada no es sino la permisible para el sistema; y que 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 ya que los criterios de determinación son radicalmente diferentes (SSTS 8-1-2007; 25-3-2010).

Por ello, se ha reconocido que el Baremo ha sido tomado en la práctica judicial de manera orientativa cuando se trata de fijar indemnizaciones civiles en el orden estrictamente penal, teniendo en cuenta para ello las puntuaciones de las lesiones y de las secuelas padecidas que determinen los informes médico-forenses, pero que no siendo aplicable el baremo en los casos de delitos dolosos, las cantidades que resulten de las tablas podrán considerarse orientativas y, en todo caso, en cuadro de mínimos.

Por otro lado, ya hemos dicho, que esta Sala no se encuentra habilitada para controlar el quantum indemnizatorio acordado por el tribunal de instancia sino de lo referente a la revisión de las bases sobre las que se asienta la cantidad fija (STS 23-11-2009). El incremento está justificado por razones de estricta justicia pues las lesiones dolosas tienen un plus de aflicción que las causadas por imprudencia. En casos dolosos la jurisdicción penal no tiene limitado normativamente el quantum indemnizatorio, dado que lo que se indemniza son las consecuencias perjudiciales debidas a una acción criminal dolosa, que sin duda comporta un claro



plus de perversidad y la consiguiente acentuación del daño moral en quien lo padece (SSTS 195/2017, de 24-3; 181/2017, de 22-3).

Siendo así la cantidad total fijada por los tribunales en la instancia no consta en qué modo ha podido vulnerar la doctrina jurisprudencial expuesta.

DÉCIMO QUINTO.- Desestimándose el recurso, de conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

FALLO

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

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Abilio** , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con fecha 26 de septiembre de 2019.

2º Imponer las costas al recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina