



Roj: **STS 4500/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4500**

Id Cendoj: **28079120012017100831**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2017**

Nº de Recurso: **1539/2017**

Nº de Resolución: **824/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 402/2017,**
STS 4500/2017

RECURSO CASACION núm.: 1539/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 824/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 14 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1539/2017, interpuesto por Dª Maribel representada por el procurador D. Juan Antonio Murillo Muntaner bajo la dirección letrada de D. Fernando Mateas Castañer contra la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal de Baleares de fecha 24 de mayo de 2017 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y D. Ceferino representado por el Procurador D. Juan Luis Senso Gómez bajo la dirección letrada de D. Ángel Bravo del Valle.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 10 de Palma de Mallorca instruyó procedimiento Tribunal del Jurado 1/2016, por delito de homicidio contra Ceferino , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca cuya Sección Primera dictó sentencia en el Rollo Tribunal del Jurado 2/2016 de fecha 22 de septiembre de 2016 que fue apelada, remitiéndose las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Baleares, dictándose por la Sala de lo Penal en el Rollo de Apelación al Jurado 5/2016 sentencia con fecha 24 de mayo de 2017 en la que consta los siguientes antecedentes de hecho:



«Primero.

I.- La presente causa se incoó en virtud de Diligencias que el Juzgado de Instrucción nº 10 de Palma de Mallorca, declaró de competencia del Tribunal del Jurado.

II.- Celebrado el Juicio Oral, en trámite de calificaciones definitivas, el Ministerio Fiscal, calificó los hechos como "constitutivos de un delito de homicidio previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal , concurriendo la circunstancia atenuante analógica de reparación del daño de los artículos 21.7 en relación con el artículo 21.5 del mismo texto, al haber consignado el día 12-09-2016 la cantidad de 12.000 euros a favor de los herederos del fallecido; y solicitando la pena de once años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas. Conforme al artículo 57, solicitaba que se impusiera al acusado la prohibición de aproximarse a menos de 300 metros de los domicilios, centros de trabajo y lugares conocidos de esparcimiento de Dña. Amalia , Dña. Antonia y Dña. Maribel , así como de comunicarse con ellas por cualquier medio directo o indirecto por un periodo de catorce años. En concepto de responsabilidad civil, solicitaba que se condenase al acusado a indemnizar a los herederos de D. Torcuato , en la cantidad de 50.000,00 euros".

III- La Acusación Particular modificó sus calificaciones en el sentido de formular acusación "por un delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal considerando autor al acusado, para el que solicitaba, concurriendo la circunstancia agravante de abuso de superioridad del art. 22.2 del mismo texto, la pena de quince años de prisión, con las accesorias, y la prohibición de aproximarse y comunicarse por cualquier medio con Maribel o con Antonia ; todo ello con imposición de costas, incluidas las costas de la acusación particular. En concepto de responsabilidad civil, solicitaba que se condenase al acusado a indemnizar a los herederos de D. Torcuato , en la cantidad de 150.000, 00 euros.

IV.-La Defensa del acusado al exponer en igual trámite sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como: " constitutivos de un delito de homicidio imprudente, del que consideraba autor al acusado, para quien solicitaba, concurriendo las circunstancias atenuantes de confesión, reparación del daño, embriaguez, miedo insuperable y legítima defensa, la pena de tres meses de prisión. Se mostraba conforme en indemnizar a la familia de D. Torcuato , en la cantidad de 50.000,00 euros".

V.- Concluido el acto del juicio, el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, presidido por el Magistrado-Presidente D. Jaime Tartalo Hernández, en fecha 22 de septiembre de 2016 , dictó la correspondiente Sentencia. En ella se declaran hechos probados, de conformidad con el veredicto emitido por el Jurado los siguientes: "Primero.- El día 25 de diciembre de 2015, sobre las 06:00 horas el acusado D. Ceferino , nacido el NUM000 -1979, de nacionalidad colombiana y con residencia regular en España, se encontraba en compañía de unos amigos y familiares en la discoteca "Qué más da", sita en la calle Joan Miró de Palma, celebrando la Nochebuena cuando se produjo un altercado con un grupo de personas que estaban también en el interior de la citada discoteca y que habían molestado a la hija de la pareja del acusado. Como consecuencia de ello, los empleados de seguridad de la citada discoteca procedieron a expulsar del interior del mismo a las personas que habían iniciado el incidente, encontrándose entre esas personas D. Torcuato , mayor de edad, junto con su hermana Dña. Antonia y su novia Dña. Amalia . Segundo.- A raíz de ello, el acusado Ceferino se dirigió a la zona desde la cual se lanzaban los objetos y en donde se encontraban Dña. Amalia , Dña. Antonia y D. Torcuato , entablándose una nueva discusión entre éstos y el acusado. En un momento determinado durante esa discusión, y mientras Dña. Antonia trataba de reconducir la situación con el acusado, su hermano D. Torcuato cogió una botella de cristal y sujetándola por el cuello, la golpeó varias veces contra los escalones con la intención de romperla sin llegar a hacerlo. Al ver el comportamiento de D. Torcuato , el acusado D. Ceferino cogió por el cuello otra botella de cristal y la estrelló contra el suelo hasta romperla, y apartando a la gente que había delante de él, se dirigió hacia donde se encontraba D. Torcuato con intención de agredirle pero sin que conste intención de matarle, provocando con ello que la botella impactase en el cuello de D. Torcuato , circunstancia facilitada por un movimiento inesperado de la víctima. Como consecuencia de ello, D. Torcuato sufrió una herida cortante que seccionó su vena yugular y la arteria carótida común derecha, lesiones que le causaron la muerte casi inmediata por shock hemorrágico. Tercero. - El acusado actuó de la forma que lo hizo, acometiendo a D. Torcuato , para defenderse de un mal inminente que él, erróneamente, consideraba que le amenazaba al ver cómo D. Torcuato trataba de romper un botella de cristal al tiempo que profería amenazas de muerte contra su persona. Por ese motivo, con el fin de proteger su integridad y su propia vida frente a ese mal que él veía como inminente fruto de esa errónea percepción, que era fácilmente comprobable, el acusado rompió la botella y se dirigió contra D. Torcuato clavándole la botella en el cuello. Cuarto.- Sobre las 00:20 horas del día 28 de diciembre de 2015, es decir, tres días después de los hechos, el acusado D. Ceferino , teniendo conocimiento del fallecimiento de D. Torcuato y del hecho de que a él se le relacionaba con esa muerte, pero ignorando que estaba siendo buscado por la Policía, se personó voluntariamente en la Comisaría de Manacor manifestando haber participado en la reyerta que tuvo lugar en la zona de Gomila la madrugada



del día 25 de diciembre, y aunque inicialmente manifestó no recordar con claridad lo sucedido, posteriormente, una vez trasladado a las dependencias policiales en Palma, reconoció a los agentes del Grupo de Homicidios haber matado a una persona, y mostró una actitud colaboradora en el esclarecimiento de los hechos. Quinto.- El acusado Ceferino ha consignado con anterioridad al inicio del acto de juicio, la cantidad de 12.000,00 euros con el fin de compensar económicamente de forma parcial a la familia de D. Torcuato , aunque no en una suma significativa en relación a la indemnización total reclamada. Sexto.- D. Torcuato convivía en el mismo domicilio con su madre Dña. Maribel y con su hermana Dña. Antonia , siendo el único hijo varón. SEPTIMO.- Con fecha 30-12-2016 el Juzgado de Instrucción nº 10 de Palma dictó Auto prohibiendo al acusado comunicarse de forma directa o indirecta con Dña. Amalia , Dña. Antonia y demás familiares de la víctima."

La parte dispositiva de la sentencia recaída en el Rollo nº 2/2016 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, establece:

"En virtud del veredicto de Culpabilidad emitido por el Tribunal del Jurado: Que debo condenar y condeno a D. Ceferino , cuyas circunstancias personales ya constan, como autor responsable de un delito de homicidio imprudente previsto y penado en el art. 142 del Código Penal , concurriendo las circunstancias atenuantes de confesión del art. 21.4, de legítima defensa putativa y de reparación del daño del art. 21.5 del mismo texto, a la pena de dos años y cinco meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se le impone la prohibición de aproximarse a Dña. Maribel y a Dña. Antonia , ya sea a su persona, domicilio, lugar de trabajo, esparcimiento o cualquier otro lugar que éste frecuente a una distancia inferior a 200 metros, por un periodo de siete años y cinco meses.

Durante este mismo periodo, no se podrá comunicar con ellas, de forma directa o indirecta, ya sea por cualquier medio verbal, escrito, telefónico, mensaje de texto, correo electrónico, o por cualquier otra posibilidad informática o telemáticamente posible en la actualidad.

El acusado deberá abonar las costas causadas, incluyendo las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá de indemnizar a Dña. Maribel y a Dña. Antonia , en la cantidad de 125.000,00 euros, parte de la cual se hará efectiva con cargo a la suma consignada. La cantidad pendiente devengará los intereses legales previstos en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta resolución hasta el pago.

Para el cumplimiento de la pena se tendrá en cuenta el tiempo durante el cual el acusado ha estado privado de libertad durante la tramitación de la causa, en concreto desde el día 28 de diciembre de 2015, manteniéndose su situación privativa de libertad.

Para el cumplimiento de la pena de prohibición de comunicación impuesta, se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido desde que se dictó la medida cautelar en fecha 30-12-2015. Hasta que sea formalmente requerido, se mantiene la vigencia de dicha medida de protección dictada en esa fecha por el Juzgado de Instrucción nº 10 de Palma, respecto de Maribel y de Antonia .

Se deja sin efecto dicha medida respecto de Amalia ."

VI.- Por parte del Procurador D. Antonio Murillo Muntaner obrando en nombre y representación de D^a. Maribel , se presentó escrito interponiendo recurso de apelación contra la mentada sentencia, fundamentándolo en los motivos siguientes: Primero. Por Quebrantamiento de normas y garantías procesales, establecido en el artículo 846 bis c) a), en relación al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) en su faceta de obtener una resolución motivada (art. 120.3 C.E.). Segundo.-Por infracción de precepto legal, por aplicación indebida del artículo 142 e inaplicación del artículo 138 del Código Penal .

Segundo.- Con fecha 7 de Diciembre de 2016, esta Sala dictó sentencia en el presente rollo, en la que aparece el siguiente fallo: "1.- Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Antonio Murillo Muntaner en nombre y representación de D^a. Maribel contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2016 dictada por el Magistrado-Presidente en procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, tramitado bajo el número 2/2016 por delito de homicidio/asesinato, contra D. Ceferino y, en su lugar se acuerda: declarar la nulidad del veredicto emitido el 15 de septiembre de 2016 y de la sentencia antes aludida de 22 de septiembre de 2016, a fin de que con un nuevo Tribunal de Jurado, con diferentes miembros y diferente Magistrado-Presidente, se celebre nuevamente juicio oral sobre el caso objeto de enjuiciamiento."

Tercero.- Notificada la mencionada sentencia, el Procurador del condenado Ceferino presentó en tiempo y forma escrito anunciando su propósito de presentar recurso de casación contra la sentencia de apelación, basándose en los siguientes motivos: "Primero.- Ex Art. 847.1 a) 1º de la L.E.Crim . por infracción de ley, al incurrir la sentencia dictada en segunda instancia en vulneración del art. 248.3 de la L.O.P.J y del art. 61.1.d)



de la Ley del Jurado , por indebida aplicación de los mismos, al entender insuficientemente motivados tanto el veredicto emitido, como la sentencia dictada en primera instancia.

Segundo.- Ex Art. 852 de la L.E.Crim . por infracción de precepto constitucional al haberse vulnerado el art. 24.1 de la Constitución Española en relación con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y con el derecho contenido en el art. 125 de la Constitución , derivado ello de la indebida aplicación de los artículos 248.3 de la L.O.P.J . y 61.1. d) de la Ley del Jurado ."

Cuarto.- Por auto de fecha 21 de Diciembre de 2016 se tuvo por preparado recurso de casación contra la sentencia nº 5/2016 de fecha 7 de Diciembre de 2016, dictada por esta Sala en la presente causa y previo expedir la certificación ordenada en el artículo 859 de la LEC , y al amparo de lo dispuesto en el artículo 858 de la misma ley , testimonio de la sentencia, así como del auto teniendo por preparado el recurso de casación y del escrito de interposición del mencionado recurso, se emplazó a las partes para que comparecieran ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo dentro del término improrrogable de veinte días para usar de su derecho .

Quinto.- En fecha 16 de mayo de 2017 se recibieron las actuaciones remitidas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, junto con la certificación de la sentencia nº 294/207 de fecha 26 de abril del año en curso dictada por el alto Tribunal en el recurso de casación interpuesto por Ceferino , cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

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

Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Ceferino y, consecuentemente, declarar la nulidad del pronunciamiento que contiene la Sentencia - de 7 de diciembre de 2016-, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en su recurso de apelación nº 5/2016 , interpuesto contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2016 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca , en su procedimiento ante el Tribunal del Jurado 2/2016.

Devuélvase la causa al Tribunal Superior de Justicia para que, desde el respeto absoluto a unos hechos probados que reflejan en los términos que se han descrito- la intencionalidad de la agresión y el fatal fallecimiento del agredido, resuelva el segundo de los motivos por el que se interpuso en su día el recurso de apelación contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca ".

Sexto.- Mediante Diligencia de Ordenación de 16 de mayo de 2016 se acordó: "Recibidas las presentes actuaciones seguidas en este Órgano judicial como recurso de apelación al jurado 0000005 /2016, procedentes de la Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su día elevadas para la resolución del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ceferino contra la Sentencia nº 5/2016 dictada en grado de Apelación, por este Tribunal en fecha siete de diciembre de dos mil dieciséis , junto con certificación de la Sentencia número 294/2017 de fecha 26 de Abril de 2017, dictada por la Sala Segunda del citado Tribunal, en su Rollo de Casación número 10023/2017 . Acúsese recibo de su recepción.

Habiéndose estimado por el citado Tribunal el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ceferino y, consecuentemente, anulado la dictada por este órgano judicial en su fecha, procédase, de conformidad con lo acordado en la misma, al no haber contra ella recurso alguno, a su devolución a la Sala en los términos que constan en la sentencia del Tribunal Supremo. Practíquense, en su caso, las anotaciones oportunas".»

SEGUNDO.- La Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares dictó el siguiente pronunciamiento: «Fallamos

1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Antonio Murillo Muntaner en nombre y representación de Dª Maribel contra la Sentencia de 22 de septiembre de 2016 dictada por el Magistrado-Presidente en procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, tramitado bajo el número 2/2016 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1ª.

2º.- Confirmar la sentencia combatida en todos sus extremos y fundamentos.

3º.- No ha lugar a expresa condena en costas.

Comuníquese esta Resolución a la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial a los efectos que pudieran proceder respecto de la situación personal del acusado.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo (art. 847 L.E.Crim), que deberá ser preparado, de conformidad con el art. 856 del mismo texto, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de esta sentencia».



TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Maribel 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.

CUARTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- A través del cauce establecido en el nº 1 del artículo 849 de la ley adjetiva criminal, al ser erróneos los juicios de valor que efectúa la sala de instancia en los fundamentos que sustentan la resolución recurrida, con la consiguiente aplicación indebida del artículo 142 e inaplicación del artículo 138 del Código Penal . SEGUNDO.- A través del cauce establecido en el nº 1 del artículo 849 de la ley adjetiva criminal, al ser erróneos los juicios de valor que efectúa la sala de instancia en los fundamentos que sustentan la resolución recurrida, con la consiguiente aplicación indebida del artículo de la atenuante de reparación del daño incardinada en el nº 5 de artículo 21 del Código Penal .

QUINTO.- Instruidas las partes Ceferino presentó escrito a través de su Procurador Sr. Senso Gómez impugnando el recurso, el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 22 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. El **Tribunal del Jurado** de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca condenó, en sentencia dictada el 22 de septiembre de 2016 , a Ceferino , como autor responsable de un delito de homicidio imprudente previsto en el art. 142 del Código Penal , concurriendo las circunstancias atenuantes de confesión del art. 21.4, de legítima defensa putativa y de reparación del daño del art. 21.5ª del mismo texto, a la pena de dos años y cinco meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar a Maribel y a Antonia en la cantidad de 125.000 euros, parte de la cual se hará efectiva con cargo a la suma consignada. La cantidad pendiente devengará los intereses legales previstos en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta resolución hasta el pago.

Recurrida la sentencia en apelación ante el **Tribunal Superior de Justicia de Baleares** por la representación de Maribel , el Tribunal dictó sentencia el 7 de diciembre de 2016 con el siguiente pronunciamiento:

«1.- Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Antonio Murillo Muntaner en nombre y representación de D^a Maribel contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2016 dictada por el Magistrado-Presidente en procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, tramitado bajo el número 2/2016 por delito de homicidio/asesinato, contra D. Ceferino y, en su lugar se acuerda: declarar la nulidad del veredicto emitido el 15 de septiembre de 2016 y de la sentencia antes aludida de 22 de septiembre de 2016, a fin de que con un nuevo Tribunal de Jurado, con diferentes miembros y diferente Magistrado-Presidente, se celebre nuevamente juicio oral sobre el caso objeto de enjuiciamiento».

Recurrida la precitada sentencia en casación por la representación de Ceferino , esta **Sala Segunda del Tribunal Supremo** dictó sentencia el 26 de abril de 2017 en la que figura el siguiente fallo: «Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Ceferino y, consecuentemente, declarar la nulidad del pronunciamiento que contiene la Sentencia -de 7 de diciembre de 2016- dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en su recurso de apelación nº 5/2016 , interpuesto contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2016 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca , en su procedimiento ante el Tribunal del Jurado 2/2016».

«Deuélvase la causa al Tribunal Superior de Justicia para que, desde el respeto absoluto a unos hechos probados que reflejan -en los términos que se han descrito- la intencionalidad de la agresión y el fatal fallecimiento del agredido, resuelva el segundo de los motivos por el que se interpuso en su día el recurso de apelación contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca ».

La Sala de lo Penal del **Tribunal Superior de Justicia de Baleares** dictó el 24 de mayo de 2017 sentencia con el siguiente pronunciamiento: «1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Antonio Murillo Muntaner en nombre y representación de D^a Maribel contra la Sentencia de 22 de septiembre de 2016 dictada por el Magistrado-Presidente en procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, tramitado bajo el número 2/2016 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1ª.



2°.- Confirmar la sentencia combatida en todos sus extremos y fundamentos.

3°.- No ha lugar a expresa condena en costas».

Esta última sentencia ha sido ahora recurrida en casación por la representación de Maribel , oponiéndose al recurso la defensa del acusado y el Ministerio Fiscal.

PRIMERO . 1. En el **motivo primero** del recurso denuncia la acusación particular, con sustento procesal en el art. 849.1° LECrim ., la existencia de error en los juicios de valor que efectúa la Sala de instancia en los fundamentos que sustentan la resolución recurrida, con la consiguiente aplicación indebida del artículo 142 e inaplicación del artículo 138 del C. Penal .

Aduce la parte recurrente que la sentencia impugnada condena al acusado en concepto de autor de un delito de homicidio imprudente al considerar la inexistencia de ánimo de matar en la conducta desplegada que acabó con la vida de Torcuato .

Prosigue alegando la parte que la Sala del Tribunal Superior de Justicia llegó a la conclusión de que el acusado incurrió en una conducta imprudente a través de una inferencia que constituye un juicio de valor que excede de lo meramente fáctico y que, como ha declarado este mismo Tribunal, entre otras muchas, en la sentencia de 25/1/1993 , puede ser revisado en casación por la vía tradicional del art. 849 1°, alegando la infracción de la norma penal correspondiente. Según el recurso, «la inferencia alcanzada por el Tribunal del Jurado, sustentada en presunciones vulgares (sospechas), que no jurídicas, que si bien es plausible desde ese prisma, en modo alguno se ha visto corroborada por dato objetivo que lo corrobore, pues el ánimo homicida atribuible al acusado fluye de forma palmaria al analizar el acervo probatorio aportado y practicado con las debidas garantías en el acto del juicio oral».

Afirma también la acusación particular que «el control de la racionalidad de la inferencia no conlleva la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador, sino únicamente comprobar que dicha inferencia responde a las reglas de la lógica y del criterio humano y respeta la prohibición de la arbitrariedad. Se trata exclusivamente de excluir aquellos supuestos en los que la inferencia es excesivamente abierta, débil o indeterminada, o en los que en el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencias de necesarias premisas intermedias o bien que del mismo se derive un amplio abanico de conclusiones alternativas, o se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales».

A continuación se subraya en el recurso que es pacífica la jurisprudencia (por todas STS de 14/2/2005) en el sentido de que el elemento subjetivo que exige el delito de homicidio no requiere necesariamente un dolo directo o de primer grado de causar la muerte de una persona, es decir, el propósito o intención concreta de matar. El elemento subjetivo del delito de homicidio no se corresponde exclusivamente con el dolo directo o de primer grado constituido por la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, sino que alcanza también al dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido. La actuación del acusado refleja que, aunque se excluyera a los meros efectos dialécticos la concurrencia del específico y determinado propósito del agente de quitar la vida al agredido, la mecánica comisiva y las circunstancias en que se desarrolló la acción, evidencian la concurrencia del elemento subjetivo del tipo en su modalidad de dolo eventual.

Se cita también la STS de fecha 30 de enero del año 2.010 , precisando que en ella se establece que sobre el dolo homicida y sus distintas modalidades, la doctrina de esta Sala, según se recoge en las sentencias 210/2007, de 15-3 , 172/2008, de 30-4 , y 716/2009, de 2-7 , se sintetiza en los siguientes términos:

«El elemento subjetivo del delito de homicidio no solo es el animus necandi o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el dolo homicida, el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS. 8.3.2004). Como se argumenta en la STS de 16.6.2004 el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta



segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto, para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado (STS de 1 de diciembre de 2004 , entre otras muchas). Así pues, y como concluye la sentencia de 3.7.2006 , bajo la expresión ánimo de matar se comprenden generalmente en la jurisprudencia tanto el dolo directo como el eventual».

Y al trasladar al caso concreto los parámetros precedentes, arguye la acusación particular que el acusado actuó, al menos, con dolo eventual de muerte. En primer lugar, porque utilizó un instrumento especialmente mortífero en cuanto que apto para causar la muerte. Los intervinientes se refieren a él como un pico de botella, tratándose, en realidad, de una botella grande de aguardiente que, asida por el gollete y rota, se dirige por el ofensor hacia el cuerpo de la víctima, en concreto a su cuello.

En segundo lugar, igualmente evidencia el propósito homicida del acusado, el lugar a donde dirigió los golpes, a saber, parte derecha del cuello (en su 1/3 medio), afectando al músculo esternocleidomastoideo, que lo seccionó, a la yugular interna, a la externa y la lingual que igualmente seccionó, lesiones que causaron irremediablemente su fallecimiento.

Siendo susceptible la lesión en cualquiera de las referidas a estructuras vitales de producir la muerte, lo que es del común conocimiento de las personas.

La zona del cuerpo a donde dirigió el cristal el acusado, el cuello, en el que se ubican órganos vitales cuya afectación puede derivar en la pérdida de la vida humana, es considerada como una de las partes corporales que constituyen el objetivo revelador del ánimo letal; de modo que una agresión en esa zona con un instrumento idóneo para matar permite inferir racionalmente la existencia del *animus necandi* (SSTS 508/2005, 21-4 ; 584/2005, 14-4).

Y acaba concluyendo la recurrente que la acción homicida, por tanto, es imputable a título de dolo, pues aunque el acusado diga que su voluntad era simplemente la de herir, es claro que teniendo en cuenta el instrumento, el modo y el lugar corporal relacionados con la agresión, el resultado mortal fue eventualmente esperado, asumido y aceptado por su autor, salvo que queramos abrir portillos a la impunidad.

2. Una vez expuestos los razonamientos nucleares del primer motivo del recurso, es ahora el momento de examinar sus posibilidades de prosperar a tenor de los fundamentos que lo sustentan.

Pues bien, lo primero que conviene advertir es que la doctrina jurisprudencial que recoge la parte recurrente al inicio de su recurso bajo el nombre de " **juicios de valor** " para referirse a los elementos subjetivos de los tipos penales, citando al respecto la sentencia de esta Sala de 25 de enero de 1993 , es una doctrina que se encuentra superada por precedentes jurisprudenciales posteriores.

En efecto, este Tribunal tiene establecido en sentencias posteriores a la que se cita en el recurso (SSTS 436/2011, de 13-5 ; y 948/2016 , entre otras), que los elementos subjetivos de los tipos penales que se acreditan mediante juicios de inferencia pueden considerarse como **hechos psíquicos** insertables en la narración fáctica de la sentencia, aunque en la práctica también se acude en ocasiones a la opción tradicional de recoger en el " *factum* " sólo los datos objetivos externos que permiten colegir el hecho psíquico a través de un juicio de inferencia. Así, en las sentencias 120/2008, de 27-2 , 778/2007, de 9-10 , y 202/2008, de 5-5 , se afirma que los elementos subjetivos deben deducirse de datos externos y objetivos que constan en el relato fáctico y su ubicación más correcta está entre los fundamentos jurídicos. En otras resoluciones se utiliza en cambio la vía -más correcta tanto jurídica como metodológicamente- de insertar en la narración fáctica las expresiones que describen los elementos subjetivos del tipo penal, puesto que se consideran proposiciones asertivas mediante las que se describen hechos psíquicos (SSTS 1657/2001, de 26-9 ; 35/2006, de 23-1 ; 5/2008, de 21-1 ; 209/2008, de 28-4 ; y 86/2009, de 30-1).

Como recuerda la sentencia de este Tribunal 1657/2001, de 26 de septiembre , la consagración del criterio jurisprudencial de asignar a los hechos psíquicos la condición de *juicios de valor* y de insertarlos por tanto en el ámbito de los fundamentos jurídicos -en el marco de un recurso de casación informado por la drástica interdicción de acceso al examen de la cuestión probatoria (salvo en el supuesto del art. 849.2º LECrim .)- tenía como finalidad abrir esta instancia a la consideración de supuestos en los que se hubiera advertido un error de apreciación al determinar la intención del agente, con la consiguiente injusticia de la condena. Para ello, y con objeto de no quebrar el principio de neta separación de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris* que está



en la base del recurso de casación, se optó por tratar el elemento intencional de la conducta como dato moral o jurídico, a concretar mediante una inferencia deductiva, a partir de los auténticos hechos.

Sobre los conocidos jurisprudencialmente como juicios de valor se argumenta en la sentencia 748/2009, de 29 de junio, que tal doctrina jurisprudencial ha sido cuestionada, en primer lugar, en lo que concierne a su propia denominación, por cuanto al hablar del juicio de valor se genera cierta equivocidad en orden a su propia naturaleza, al dar a entender que atañe a criterios valorativos o prescriptivos, como si se tratara de proposiciones carentes de todo referente empírico a las que se les pudiera atribuir un ilimitado grado de subjetividad. Con lo cual se ocultaría el auténtico carácter asertivo o epistemológico de los razonamientos inductivos con que se opera en la práctica procesal para declarar como probados los hechos internos o hechos psíquicos. De ahí que comience a prevalecer en la jurisprudencia la denominación de juicios de inferencia, denominación que quizá tenga un alcance excesivamente amplio, dado que para constatar probatoriamente los elementos psíquicos de los tipos penales se acude realmente a un modelo concreto de inferencias: las inductivas.

De otra parte, prosigue diciendo la sentencia 748/2009, también ha sido cuestionada la doctrina de los juicios de valor desde la perspectiva procesal la aplicación del cauce del art. 849.1º LECrim. para impugnar la constatación probatoria de los elementos subjetivos o internos de los tipos penales, puesto que se estaría acudiendo a un motivo de infracción de ley para dirimir lo que es realmente una cuestión fáctica. Se le daría así el carácter de norma jurídica a lo que es realmente una máxima o regla de experiencia, cuya conculcación se equipararía a la infracción de una ley. Sin embargo, esa interpretación heterodoxa del art. 849.1º cumple la función procesal de ampliar el perímetro de control del recurso de casación con el fin de que opere en cierto modo como un sustitutivo de la segunda instancia, dados los problemas que suscitaba en nuestro ordenamiento procesal la ausencia de recurso de apelación en los procedimientos en que se dirimen precisamente los delitos más graves.

Con todo, no parece razonable que por la circunstancia de que la constatación de los hechos psíquicos o internos se obtenga a través de juicios de inferencia se dejen de considerar como hechos y se cataloguen como juicios de valor solo plasmables en los fundamentos de derecho, pues según ese criterio también los hechos externos y tangibles que se obtengan mediante juicios de inferencia tendrían que recogerse en los fundamentos jurídicos de la sentencia.

Ni tampoco parece razonable que por carecer los hechos psíquicos de corporeidad y no ser por tanto empíricamente observables o perceptibles por los sentidos dejen de considerarse como hechos.

Actualmente, al tener acceso a la casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia se han debilitado las razones que fundamentaron en su momento la adulteración de las categorías hecho/derecho - siempre teñidas de tonos grises y delimitadas por zonas de penumbra- con el fin de que accediera a la casación la apreciación errónea de los elementos subjetivos de los tipos penales. Pues su verificación probatoria en una sentencia puede ser ahora cuestionada a través de la vulneración del referido derecho fundamental mediante los recursos de casación y también merced al amparo ante el Tribunal Constitucional. Con lo cual se viene a reconocer en la práctica la naturaleza de los elementos psíquicos o internos como auténticos hechos aunque carezcan de corporeidad física o de materialidad.

Y así se corrobora, por ejemplo, al analizar la STC 171/2000, de 26 de junio, pues en ella se anula la condena dictada por la jurisdicción ordinaria al considerar que no concurría prueba acreditativa de que el acusado "conociera" que se realizaba tráfico de drogas en el local. También en la STC 137/2002, de 3 de junio, se anula la condena penal por no haberse acreditado mediante prueba indiciaria que el acusado "conociera" el contenido de un paquete enviado por correo que contenía sustancia estupefaciente. En la STC 257/2005, de 24 de octubre, se anuló la condena impuesta a una acusada como cooperadora necesaria de un delito de apropiación indebida al estimar el Tribunal de amparo que la inferencia relativa al elemento subjetivo de la cooperación necesaria era demasiado abierta. Y otro tanto puede decirse de la STC 137/2007, de 4 de junio, en un caso relativo a un delito contra la propiedad intelectual, en el que se anuló la condena por no considerar probado mediante prueba de indicios que el recurrente "conociera" la conducta plagaria cometida por su colaborador.

Además, en la STC 87/2001, de 2 de abril, se establece que "el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho" (STC 51/1985, de 10 de abril), de manera que la presunción de inocencia "es una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba" [STC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 2 b); 120/1998, de 15 de junio] y no sobre su calificación jurídica (STC 273/1993, de 27 de septiembre). No obstante, en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera



al sustrato fáctico de todos los "elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad" (SSTC 127/1990, de 5 de julio ; 93/1994, de 21 de marzo).

Por consiguiente, sí puede cuestionarse el sustrato psíquico de los elementos subjetivos de los delitos a través de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, anulándose la condena penal cuando no se alcanza un grado de certeza que vaya más allá de toda duda razonable. Ello tiene notable relevancia para dirimir la cuestión que se debate, pues no debe olvidarse que la presunción de inocencia, tal como se acaba de destacar en la última sentencia anotada (STC 87/2001), hay que referirla a hechos y a posibles certezas probatorias, y no a elementos prescriptivos o normativos de los tipos penales.

Y en la misma línea conviene recordar las preguntas que se le formulan a los ciudadanos jurados en los juicios ante el Tribunal del Jurado sobre los hechos psíquicos o internos integrantes de los elementos subjetivos de los delitos de homicidio y asesinato.

En definitiva, si la certeza de los hechos psíquicos puede ser cuestionada a través del recurso de amparo por posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, y ésta, según el propio Tribunal Constitucional, recae sobre hechos y no sobre normas o elementos de derecho, parece razonable y coherente que los hechos internos o psíquicos se transcriban en el " *factum*" de la sentencia como sustrato de los elementos subjetivos de los tipos penales.

En cualquier caso, y dejando a un lado el dilema sobre la naturaleza fáctica o jurídica de los elementos internos de la conducta delictiva, lo cierto es que esta Sala viene siguiendo un criterio notablemente flexible y poco formalista a la hora de admitir a trámite los recursos de casación relativos a la constatación de los elementos subjetivos del delito. Pues la impugnación en casación de la certeza del ánimo con que actuó el acusado se está admitiendo a trámite tanto cuando se plantea por la vía del art. 849.1º LECrim . como por la vía del art. 5.4 de LOPJ o del art. 852 de LECr ., esto es, por infracción de ley o por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así nos lo recuerda la sentencia 246/2011, de 14 de abril .

No obstante lo anterior, sí debe quedar claro, a los efectos de lo que estamos dirimiendo en el presente recurso, la verificación probatoria del ánimo de matar, que no es lo mismo que se considere como un elemento sustancialmente fáctico que como un elemento normativo del delito. Y decimos esto porque, hallándonos ante una sentencia absolutoria de un homicidio doloso, y apareciendo integrado el cuadro probatorio por un acervo muy importante de pruebas personales, no cabría modificar el signo absolutorio del fallo referente a un homicidio doloso sin que se hubieran cumplimentado las exigencias procesales referentes a los principios de inmediación, contradicción y oralidad en los términos exigibles por numerosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional de este país y de esta propia Sala de Casación. Esta jurisprudencia operó de forma incuestionable en nuestro sistema procesal a partir de la STC 167/2002 y las que en un número considerable se dictaron posteriormente.

3. En efecto, vista la convicción probatoria del Tribunal del Jurado sobre la inexistencia del elemento subjetivo del delito, la pretensión inculpativa de la acusación particular nos sitúa en el ámbito de la cuestión procesal relativa a la posibilidad de condenar *ex novo* o agravar en segunda instancia la condena de un acusado sin celebrar una vista oral para oírle o incluso para practicar prueba. Esa posibilidad ha sido jurisprudencialmente descartada por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías (principios de inmediación y contradicción) y el derecho de defensa.

Así lo tiene establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 167/2002 , 170/2002 , 197/2002 , 41/2003 , 68/2003 , 118/2003 , 189/2003 , 50/2004 , 75/2004 , 192/2004 , 200/2004 , 14/2005 , 43/2005 , 78/2005 , 105/2005 , 181/2005 , 309/2006 , 360/2006 , 15/2007 , 48/2008 , 64/2008 , 115/2008 , 177/2008 , 3/2009 , 120/2009 , 184/2009 , 2/2010 , 127/2010 , 45/2011 , 46/2011 , 142/2011 y 201/2012 , entre otras muchas), jurisprudencia que a su vez acoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos plasmada en diferentes sentencias. Entre las más citadas: sentencia de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero contra España* ; de 20 de marzo de 2012, caso *Serrano Contreras contra España* ; y la de 27 de noviembre de 2012, caso *Vilanova Goterris y Llop García contra España* .

Y también la jurisprudencia de esta Sala de Casación ha acogido los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así se comprueba que en las SSTS 998/2011, de 29 de septiembre , 1052/2011, de 5 de octubre , 1106/2011, de 20 de octubre , 1215/2011, de 15 de noviembre , 1223/2011, de 18 de noviembre , 698/2011, de 22 de junio , 1423/2011, de 29 de diciembre , 164/2012, de 3 marzo , 325/2012, de 3 de mayo , y 757/2012, de 11 de octubre , entre otras, se ha considerado que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está



prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza y el alcance del recurso.

No cabe, pues, que esta Sala de casación entre ahora a examinar la verificación probatoria de los elementos objetivos y subjetivos del delito que la recurrente le atribuye al acusado, ya que para ello habría que cumplimentar las garantías procesales que impone la jurisprudencia citada *supra*. Y ello no resulta factible en esta instancia, visto lo acordado en el Pleno no jurisdiccional celebrado el pasado 19 de diciembre. En él se decidió que " *La citación del acusado recurrido a una vista oral para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley*".

Más recientemente, la STC 172/2016, de 17 de octubre, ha vuelto a incidir en la relevancia de la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad cuando se trata de modificar en una segunda instancia la convicción absoluta de un tribunal por falta de acreditación del elemento subjetivo del delito cuando la sentencia cuestionada está fundamentada en pruebas personales.

En esa sentencia del Tribunal Constitucional se recuerda y subraya de nuevo, citando a su vez la sentencia 88/2013 del mismo Tribunal, que «también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano *a quo* llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado (STC 126/2012, de 18 de junio). Este segundo criterio, reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, y 205/2013, de 5 de diciembre, traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia del acusado (S TEDH de 10 de marzo de 2008, caso Igual Coll c. España ; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España ; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España ; 20 marzo 2012, caso Francisco Contreras c. España ; 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris c. España ; 8 de octubre de 2013, caso Nieto Macero c. España ; 8 de octubre de 2013, caso Román Zurdo c. España ; 12 de noviembre de 2013, caso Sainz Casla c. España ; 8 de marzo de 2016, caso Porcel Terrizas y otros c España; o 29 de marzo de 2016, caso Gómez Olmeda c. España)».

Esta doctrina se ha reiterado en las sentencias del TC 205/2013, de 5 de diciembre ; 105/2014, de 23 de junio ; 191/2014, de 17 de noviembre ; y 105/2016, de 6 de junio ,

Y resalta también de forma específica la STC 172/2016 que el TEDH ha dejado claro que todo el juicio de inferencia sobre el elemento subjetivo del delito, el ánimo de delinquir, es cuestión de hecho que cuando está articulado a partir de los datos extraídos de pruebas personales, exige la celebración de vista cuando se trata de revocar una sentencia absoluta o, en su caso, empeorar la condena. Esta jurisprudencia resulta de aplicación incluso si el control se hace en casación y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aduce que no puede celebrar vista, lo que ha traído consigo que precisamente resoluciones del Tribunal Supremo, y de este Tribunal Constitucional que las confirmaban, hayan sido declaradas contrarias al art. 6.1 CEDH, por ejemplo, en las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España ; 20 marzo 2012, caso Francisco Contreras c. España ; o 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris c. España .

4. Así las cosas, y centrados ya en el **caso concreto** examinado, conviene dejar claro que, aunque la parte haya encauzado el motivo de casación por la vía del art. 849.1º de la LECr., es imprescindible recordar y advertir que la instrumentación de ese cauce procesal no puede modificar la naturaleza sustancialmente fáctica y probatoria que presenta su motivo de impugnación y los límites procesales que ello entraña. De modo que no cabe entrar a examinar el sustrato psíquico del elemento subjetivo del delito a través de la denostada doctrina conocida como "juicios de valor", trasmutando lo que tiene claras connotaciones fácticas en un elemento normativo. Ni tampoco resulta factible, desde otra perspectiva, acudir a lo que se conoce doctrinalmente como una presunción de inocencia invertida para examinar la verificación probatoria de la base psíquica del dolo homicida, dado que en el caso enjuiciado el núcleo de la prueba es de carácter personal, circunstancia que impide revalorarla sin cumplimentar los principios del proceso penal anteriormente citados.

Como es sabido, sólo resultaría factible modificar el resultado probatorio apreciado en la sentencia del Tribunal del Jurado en el caso de que estuviéramos ante una valoración arbitraria, patentemente errónea o esencialmente irrazonable, acudiendo entonces a una infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE). Y ello ni siquiera ha sido suscitado en el escrito de recurso, y además se trata de una cuestión que ya ha quedado zanjada en la sentencia dictada por esta misma Sala sobre los mismos hechos el 26 de abril de 2017 (nº 294/2017).



5. Al margen de todo lo anteriormente argumentado, este no es el único óbice procesal que concurre para acoger la tesis del homicidio doloso que postula la acusación particular en el escrito de recurso. Pues, tal como expusimos en el apartado 1 de este fundamento, la parte recurrente realiza una extensa disertación advirtiendo que no interesa una condena por delito intencionado de homicidio, es decir, por una conducta con dolo directo, sino que sostiene que en cualquier caso estaríamos ante un supuesto de **dolo eventual**. Y a tal efecto plasma una síntesis de la jurisprudencia de esta Sala sobre el concepto de dolo eventual y la mayor amplitud que alberga en comparación con el dolo directo.

Como se especifica en el fundamento preliminar de esta sentencia, esta Sala de casación ya examinó los hechos objeto de este procedimiento en la sentencia 294/2017, de 26 de abril, en la que decidió que los hechos declarados probados por el Tribunal del Jurado en su sentencia de 22 de septiembre de 2016 debían de respetarse por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en la nueva sentencia que debía dictar, debiéndose limitar la nueva resolución a examinar la infracción de ley relativa a si procedía subsumir los hechos en el art. 138 del C. Penal (homicidio doloso) o en el art. 142 del mismo texto legal (homicidio culposo).

Ante la limitación de los márgenes del objeto del recurso al haber quedado reducido a la infracción de ley por mantenerse inamovible el relato fáctico de la sentencia del Tribunal del Jurado, la parte recurrente, sopesando que esta Sala de Casación había centrado su anterior sentencia en la cuestión relativa al dolo directo que se dirimía en la sentencia del Tribunal del Jurado, optó por encauzar sus tesis inculminatorias en el tema del dolo eventual. A este respecto aduce, según ya se ha expuesto *supra*, que aunque no se diera un supuesto de dolo directo sí concurren en cambio los elementos para apreciar un supuesto de dolo eventual. A cuyos efectos expone en el recurso los elementos de esa modalidad de dolo y razona por qué considera que sí debe apreciarse en la conducta del acusado descrita en los hechos enjuiciados.

Pues bien, nada tenemos que oponer u objetar al concepto de dolo eventual que se expone en el escrito de recurso, dado que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del elevado peligro concreto que la conducta desarrollada entraña para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal (STS 713/2016m de 22-9).

Tampoco puede cuestionarse y está generalizadamente admitido que para referirnos a que una persona actuó con dolo directo de matar decimos en el lenguaje coloquial o común que una persona actuó de "forma intencionada" o "con el propósito de...". Mientras que cuando nos referimos al dolo eventual en el ámbito del homicidio vinculamos el elemento cognoscitivo del dolo de peligro concreto con la "asunción", "asentimiento" o "aceptación" del resultado homicida (expresiones claramente evidenciadoras del grado de debilidad o precariedad con que emerge en los casos de dolo eventual el elemento voluntativo).

Sin embargo, lo cierto es que al examinar las proposiciones que en el caso integran el objeto del veredicto comprobamos que no se le ha preguntado al Jurado sobre la concurrencia o no de un dolo homicida eventual. En efecto, en las proposiciones 2.a) y 2.b) se le pregunta al Jurado si el acusado actuó con la "intención" de matar a la víctima o si actuó sin esa "intención". Pero no se ha sometido a votación una proposición que recoja los elementos integrantes del dolo eventual.

Por consiguiente, al no haberle formulado proposición alguna al Jurado que contuviera los elementos integrantes del dolo eventual y sin que, en consecuencia, se haya pronunciado específicamente sobre la posibilidad de que el acusado actuara con esa clase de dolo, huelga ya todo el debate suscitado en el recurso sobre la aplicación en este caso del dolo eventual, ya que no ha sido objeto del veredicto.

La acusación particular tenía que haber interesado cuando se le presentó el objeto del veredicto que se extendiera su contenido para que incluyera alguna proposición que permitiera al Jurado pronunciarse sobre esa modalidad de dolo. Una vez que no lo hizo, ni consta en el acta que se incluyera ninguna proposición con ese objetivo, es patente que sólo cabía condenar al acusado como autor de un delito de homicidio con dolo directo, opción que sí fue propuesta pero que fue rechazada por el Jurado.

Y no sólo esto, sino que tampoco se aprecia que concurriera ninguna proposición alternativa referente a un posible concurso ideal de los delitos de lesiones dolosas y homicidio imprudente. Por lo cual, es llano que no se han formulado en el objeto del veredicto proposiciones referentes a tipos penales dolosos fuera del homicidio con dolo directo o de primer grado.

En virtud de todo lo que antecede en los cinco apartados precedentes, es llano que el primer motivo del recurso no puede acogerse.

SEGUNDO . 1. En el **segundo motivo** invoca la parte recurrente, también bajo la cobertura del artículo 849.1º LECrim, la aplicación indebida de la **atenuante de reparación del daño** incardinada en el art. 21.5ª del Código Penal.



Cuestiona pues la acusación particular que concurra en el caso la referida atenuante, ya que considera insuficiente para ello la mera consignación, el mismo día del inicio de la sesión del juicio oral, de la suma de 12.000 euros, dado que a la familia de la víctima se le concedió una indemnización de 125.000 euros.

Argumenta al respecto la recurrente que esta Sala tiene declarado de forma pacífica y reiterada que el art. 21.5ª CP considera circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral, siendo razones de política criminal orientadas a la protección de las víctimas de toda clase de delitos, las que sustentan la decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena en atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial; si bien ésta siempre ha de ser significativa en relación con el daño ocasionado por la conducta delictiva. Ello sin desconocer que también puede ser valorable la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21.5ª no lo exija.

La acusación particular, a tenor de los argumentos que utiliza en el recurso, considera que la reparación en este caso no ha sido suficientemente significativa y relevante, por lo que estaríamos ante una acción reparadora ficticia que únicamente pretende buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado, que es lo que exige realmente la jurisprudencia aplicable al caso (cita al respecto las sentencias 1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000).

2. Pues bien, lo primero que se aprecia y destaca en la exposición del presente motivo -tal como aduce el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones al recurso- es que la parte recurrente suscita una cuestión que no ha sido planteada ante el Tribunal Superior de Justicia, ya que la defensa no impugnó en su recurso de apelación la aplicación al acusado de la atenuante de reparación del daño, limitándose a formular dos motivos de recurso que nada tienen que ver con el cuestionamiento de la referida atenuante, de ahí que la sentencia de apelación no haya entrado siquiera a dirimir su aplicación al caso.

Se está, pues, ante una impugnación *per saltum*, mediante la cual la defensa de la recurrente formula *ex novo* ante esta Sala una pretensión que no había sido postulada ante el Tribunal de apelación ni resuelta en su sentencia.

A este respecto, es importante subrayar que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación; o dicho de otro modo: el marco de la disidencia en el recurso de casación queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y, por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado por el Tribunal de Superior de Justicia. El control casacional se construye sobre lo que fue objeto del recurso de apelación, no pudiéndose introducir motivos absolutamente novedosos que no se pudieron analizar y resolver en la apelación (SSTS 1249/2009, de 9-12 ; 302/2013, de 27-3 ; 658/2013, de 18-7 ; 1053/2013, de 30-9 ; y 360/2014, de 21-4 , entre otras).

Siendo así, resulta patente que no cabe entrar a dirimir directamente en casación la impugnación de la referida atenuante que fue apreciada por el Tribunal del Jurado a favor del reo y no cuestionada en su momento.

Acogiendo así la tesis argumentada por la acusación pública, se rechaza este segundo motivo de impugnación.

TERCERO . En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr).

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 de **Maribel** contra la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de fecha 24 de mayo de 2017 , que confirmó en apelación la del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, de 22 de septiembre de 2016 , dictada en la causa seguida por delito de homicidio.

2º) Se imponen a la parte recurrente las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.



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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ