



Roj: **STS 217/2006 - ECLI:ES:TS:2006:217**

Id Cendoj: **28079120012006100025**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2006**

Nº de Recurso: **649/2005**

Nº de Resolución: **18/2006**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1366/2005,**
STS 217/2006

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Enero de dos mil seis.

En el recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación de Jesús , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera, que le condenó por delito de intento de homicidio, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Gómez-Villaboa Mandri.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 19 de Sevilla, instruyó sumario 1/04 contra Jesús , por un delito de homicidio intentado, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, que con fecha 19 de abril de dos mil cinco dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "El 15 de marzo de 2003, sobre las nueve de la noche, D. Jesús , que había mantenido relaciones con D^a Elvira , acudió al domicilio de ésta, en el apartamento NUM000 del edificio Apartaclu, en la Avenida de la Innovación, de Sevilla, acompañado de dos amigos. Una vez que consiguió entrar, para lo que había aducido que iba a devolverle una videoconsola, se dirigió con un cuchillo en la mano a un varón identificado como testigo núm. 1, que se encontraba en el domicilio, y sin discusión previa le lanzó puñaladas dirigidas al pecho, una de las cuales le alcanzó en el hombro izquierdo.

2.- El testigo consiguió salir, pese a que uno de los acompañantes del procesado trataba de impedirlo, y descolgándose por la barandilla de la escalera de la 4^a a la 3^a planta, lo que también trató de impedir el acompañante, que le quitaba las manos y le decía "¡tírese!", llegó hasta el cuarto del conserje, en el que se encerró. Hasta allí llegó el procesado con su amigo, el primero blandiendo el cuchillo e intentando entrar en el cuarto, lo que impedía también el conserje, hasta que ambos fueron al advertir que se acumulaba gente y que el testigo núm. 1 estaba llamando a la policía, que acudió poco después, cuando ya se habían ido, y recogió el cuchillo en el lugar donde los testigos indicaron que lo había tirado el procesado.

3.- Como consecuencia de los hechos, el testigo núm. 1 sufrió una herida incisa por arma blanca en el hombro izquierdo, que curó a los 15 días, con tres puntos de sutura. Le ha quedado una cicatriz de dos centímetros, con perjuicio estético ligero.

4.- D. Jesús inició contacto con Proyecto Hombre, incorporándose a los grupos de terapia intrapenitenciarios, el 10 de mayo de 2004 y acudía con regularidad a las reuniones semanales.



5.- El 22 de marzo de 2005 la representación del procesado ingresó en la Cuenta Provisional de Consignaciones de este Tribunal 750 euros, correspondientes "a las responsabilidades civiles solicitadas por el Ministerio Fiscal a los efectos de la (...) causa de modificación e la responsabilidad criminal" del artículo 21,5ª del Código Penal".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Condenamos a D. Jesús , como autor de un delito intentado de homicidio, a la pena de cinco años de prisión, e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena, a que indemnice a quien se ha identificado como testigo número 1 en setecientos cincuenta euros, y al pago de las costas del juicio.

Declaramos de abono para el cumplimiento de esta pena la privación de libertad sufrida por esta causa, siempre que no le haya sido abonada en otra.

Aprobamos el auto de insolvencia dictado por el juez instructor, sin perjuicio de la consignación efectuada.

El cuchillo intervenido será destruido".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Jesús , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Por quebarntamiento de forma del art. 850.1º LECrim ., por denegación de diligencia de prueba, habiendo sido propuestas en tiempo y forma por las partes y se consideren pertinentes.

SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional del art. 5.4 de la L.O.P.J . por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental del derecho de defensa y, por ende, a la presunción de inocencia que consagra nuestra CE, en su art. 24, nº 2 en correlación también al 1 y al art. 53 nº 1 del propio Texto Constitucional.

TERCERO.- Por infracción de Ley con base en el art. 849.1 LECRim ., por estimar que se ha producido una aplicación indebida del art. 138 del C.P . e inaplicación de los arts. 147 y 148.1 del C.P ., pues de los hechos probados de la sentencia no se concluye la realización de los elementos típicos del art. 147 y 148.1 del CP , al no concurrir el ánimo de matar o animus necandi.

CUARTO.- Por infracción de Ley con base en el art. 849.1 de la LECrim ., por estimar que se ha producido una inaplicación del art. 21.3 del C.P ., en concreto actuar bajo arrebato, circunstancia atenuante en relación con el art. 66.4 CP .

QUINTO.- Por infracción de Ley con base en el art. 849.1 de la LECRim ., por estimar que se ha producido una inaplicación del art. 21.1 en relación con el art. 20.4 y 68 del C.P ., en concreto de la eximente incompleta de legítima defensa o, subsidiariamente, de la misma circunstancia atenuante como muy cualificada (art. 66).

SEXTO.- Por infracción de Ley con base en el art. 849.1 de la LECRim ., por estimar que se ha producido una inaplicación del art. 21.5 del C.P . por haber procedido el culpable a reparar el daño a la víctima, en relación también con el art. 66.4 C.P .

SÉPTIMO.- Por infracción de Ley con base en el art. 849.1 de la LECRim ., por estimar que se ha producido una aplicación indebida del art. 617 del C.P ., pues en su caso concurren los presupuestos de una falta de lesiones.

OCTAVO.- Por infracción de Ley con base en el art. 849. 1 LECrim ., por estimar que se ha producido una inaplicación del art. 21.1 C.P., en relación con el art. 20.2 y 68 del C.P .

NOVENO.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849 LECrim ., en su nº 2 por cuanto en la Sentencia que se recurre existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

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

Sexto.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 13 de Enero de 2006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia cuya impugnación casacional conocemos en este recurso condena al recurrente como autor de un delito intentado de homicidio a la pena de cinco años de prisión, contra la que formaliza una impugnación que articula en nueve motivos.



En el primero denuncia el quebrantamiento de forma del art. 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al denegarse la suspensión del juicio oral ante la incomparecencia del testigo principal de los hechos, el perjudicado y dos testigos cuya prueba interesó.

La desestimación es procedente. Consta en el procedimiento que los testigos fueron propuestos para la testifical en el juicio y consta, igualmente, la imposibilidad de lograr su comparecencia en el juicio oral al encontrarse en paradero desconocido.

Las dos testigos cuya comparecencia se instó en el enjuiciamiento no han declarado en ninguna fase del proceso dado su paradero desconocido, al parecer motivado por los propios hechos y el temor que una de ellas padecía por la reacción violenta con el procesado en este procedimiento, pues ambos habían mantenido una relación sentimental y a raíz de la ruptura sentía miedo a su persona. Ni siquiera pudo ser interrogada sobre los hechos en la instrucción. Con relación al perjudicado, que en el procedimiento se acordó la protección de su persona como testigo, declaró en el proceso de investigación como testigo protegido, no lográndose su comparecencia al juicio oral, razón que motivó la suspensión del juicio oral. En la reanudación, tampoco se logró su comparecencia, acordándose la lectura de las declaraciones, en aplicación del art. 730 de la Ley Procesal, contra la que el recurrente manifestó su protesta.

De la anterior constancia comprobamos que la incomparecencia del testigo perjudicado, y protegido durante la investigación sumarial, no fue oportunamente protestada, pues la que obra en la causa fue atendida dando lugar a la suspensión sin que a la nueva incomparecencia se opusiera la protesta ante la continuación del juicio oral, por lo que el motivo por quebrantamiento de forma, carece de base atendible.

Respecto a las otras dos testigos ni siquiera pudieron ser citadas al no obrar en la causa el domicilio en el que pudiera ser interesada su presencia en el juicio oral.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- Con el mismo ordinal denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia y al derecho de defensa alegando que la lesión se produce al valorar el tribunal de instancia, como única prueba de cargo, el testimonio leído en el juicio oral de la declaración sumarial del perjudicado, que había declarado como testigo protegido en la instrucción sin intervención del acusado.

El motivo se desestima. El tribunal de instancia afirma su convicción sobre los hechos sobre una actividad probatoria que expresa en la fundamentación de la sentencia: de una parte, la declaración del perjudicado leída en el juicio oral, en aplicación del art. 730 de la Ley Procesal; de otra, a través de la restante actividad probatoria, de carácter indiciario.

Con relación a la primera prueba valorada, la queja del recurrente se centra en la inexistencia de contradicción en la práctica de la prueba, pues ese testimonio sumarial se obtuvo sin intervención del acusado y de su representación letrada. La desestimación procede en cuanto ninguna vulneración al derecho de defensa se produce cuando la declaración del testigo se realizó sin que estuviera personada la defensa del acusado. Cuestión distinta es la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Con respecto a éste el recurrente alega la imposibilidad de valorar una testifical practicada sin contradicción y en esa alegación no le falta razón al recurrente. Sin embargo, el análisis de la causa y de la motivación de la sentencia permite comprobar que el tribunal dispuso de la precisa actividad probatoria sobre los hechos, distinta de las declaraciones del perjudicado, que permiten asentar sobre esa prueba el relato fáctico. Así, el propio recurrente en el juicio oral reconoció su presencia en la vivienda de la que había sido su compañera anterior y vió al acusado, reaccionando "como haría todo hombre"; admite la existencia de la agresión, si bien declara que era para repeler la del perjudicado con un cuchillo; también declaró una de las personas que le acompañaron a la vivienda y el portero del inmueble, que le conocía como anterior morador de la vivienda. Que el acusado llevaba un cuchillo lo atestigua el portero del inmueble que así lo declara, quien también declara que amenazaba al perjudicado blandiendo el cuchillo al interponerse entre ambos. La realidad de las lesiones, resulta, con independencia de la testifical del perjudicado, de la pericial realizada y practicada en el juicio oral. De la prueba personal practicada en el juicio oral resultan los hechos declarados probados, que el perjudicado se encontraba en la vivienda en la que había convivido el acusado con su novia, que se produjo la agresión, y que el perjudicado pudo huir refugiándose en el cuarto del conserje de la vivienda, lugar al que fue perseguido por el procesado, y sus amigos, blandiendo el primero un cuchillo en tono amenazante. Por último, obra prueba suficiente sobre la realidad de las lesiones, su etiología, por arma blanca, y su cercanía a los hechos anteriormente acreditados. Deducir de lo anterior que el perjudicado fue lesionado con el arma que portaba el acusado es razonable desde la acreditación de los hechos y probada, asimismo la existencia de un móvil que el propio recurrente expresa en su declaración.

Constatada la existencia de una actividad probatoria, el motivo se desestima.



TERCERO.- En el tercero de los motivos denuncia el error de derecho producido en la sentencia al aplicar indebidamente el tipo penal del homicidio e inaplicar, correlativamente, el de las lesiones. Discute, en definitiva, la concurrencia del "animus necandi", elemento típico que diferencia el delito de homicidio intentado de las lesiones.

El tribunal de instancia razona adecuadamente la concurrencia del referido ánimo de matar sobre la base del arma empleada, los móviles del acusado y la conducta posterior que se declara probada. Como el recurrente expresa en la impugnación, el ánimo de matar es un elemento subjetivo que, a falta de un reconocimiento directo por el autor de la agresión, debe ser deducido de hechos externos que permitan la declaración, o no, de su concurrencia mediante un razonamiento lógico. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha proporcionado criterios que nunca pueden integrar un "numerus clausus" en el sentido de necesaria concurrencia, sino criterios habitualmente utilizados para su declaración de concurrencia. Lo relevante, en estos supuestos, es que el tribunal de instancia refiera los elementos que le permiten la declaración de su existencia y la comprobación, por este Tribunal de la racionalidad de la inferencia.

El tribunal de instancia afirma la existencia del ánimo de matar, en primer lugar, del instrumento empleado, un cuchillo que el propio recurrente afirma cogió de la casa y que el portero de inmueble dijo que era de cortar carne. El recurrente alega que su reacción fue de celos al ver a una persona en la vivienda de su antigua compañera, "como reacciona cualquier hombre", lo que indica que fue agresiva. La lesión se produce en el hombro, lo que se explica desde las declaraciones de la víctima, tanto en el procedimiento como a los funcionarios policiales que investigaron los hechos, se produjo al esquivar una cuchillada dirigida al pecho. Tras los hechos, el perjudicado logra huir de la vivienda, descolgándose por la escalera por donde fue perseguido en actitud amenazante, blandiendo el cuchillo, hasta que la presencia de vecinos y del portero motivó la huida del procesado.

La inferencia del tribunal sobre el ánimo que guió la conducta del acusado es claro desde los anteriores indicios analizados: el medio empleado, la localización de las lesiones en el sentido que se explica y la conducta posterior del acusado persiguiendo al perjudicado para continuar en la agresión, sin que ningún error resulte de cuanto expone el recurrente, la envergadura del procesado y sus amigos y que si hubieran querido matarle lo hubieran hecho, pues el juicio y la subsunción se realiza sobre el hecho declarado probado, no sobre meras hipótesis no probadas.

CUARTO.- En el cuarto de los motivos denuncia el error de derecho padecido en la sentencia por la inaplicación del art 21.3 del Código penal, la atenuante de arrebató. Es jurisprudencia de esta Sala, por todas STS de 19 de diciembre de 2002, que son dos los elementos configuran esta atenuante: causa y efecto: 1º. Ha de existir una causa o estímulo, que ha de ser importante de modo que permita explicar (no justificar) la reacción delictiva que se produjo. Ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción (STS. 27.2.92). Ha de proceder del comportamiento precedente de tal víctima (STS. 20.12.96). El motivo desencadenante no ha de ser repudiable desde el punto de vista socio-cultural (STS. 14.3.94). 2º. Tal causa o estímulo ha de producir un efecto consistente en una alteración en el estado de ánimo del sujeto, de modo que quede disminuida su imputabilidad, no tanto que llegue a integrar un trastorno mental transitorio constitutivo de una eximente completa o incompleta, ni tan poco que no exceda de una mera reacción colérica o de acaloramiento o leve aturdimiento que suele acompañar a algunas figuras delictivas y ha de considerarse irrelevante (STS. 2.4.90). Arrebató se dice cuando la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo, mientras que la obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo. En todo caso el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante (S. 14.4.929. El tercer término, el estado pasional de entidad semejante, añadido en 1983 probablemente para poder acoger el contenido de aquellas otras atenuantes de similar contenido que por aquella importante modificación legal quedaron derogadas (provocación o amenaza, vindicación próxima), extiende el ámbito de esta atenuante por voluntad del legislador, pero quizá de modo superfluo ante la amplitud de los otros elementos alternativos.

Además, la reacción amparada en la atenuación debe ir dirigida a la asegurar la convivencia social, pues no ha de olvidarse la función del derecho penal, la ordenación de la convivencia, por lo que los presupuestos de la atenuación deben ser lícitos y acordes con las normas de convivencia. De ahí que no pueda aceptarse como digna de protección por el ordenamiento, mediante una circunstancia que refleja una menor culpabilidad, una conducta que no hace sino perpetuar una desigualdad de género, manteniendo una especie de derecho de propiedad sobre la mujer con la que se ha convivido. Es a ello a lo que se refiere el recurrente al expresar que su reacción fue la normal de un hombre al ver a su ex novia con otra persona, lo que desencadenó la agresión con una menor culpabilidad, extremo que el recurrente expone como fundamento de la atenuación y por las razones antedichas no puede ser estimado.

El argumento del recurrente no es atendible y ningún error cabe declarar en la desestimación de la atenuación de estado pasional.



QUINTO.- En este motivo denuncia el error de derecho padecido en la sentencia al inaplicar el art. 21.1 del Código penal en relación con la eximente de legítima defensa del art. 20.4 del Código penal . Entiende el recurrente que en los hechos es de aplicación la eximente incompleta de legítima defensa para lo que se apoya, no en los hechos probados, como la vía impugnativa exige, sino en las declaraciones del acusado en el enjuiciamiento sobre la afrenta que recibió del perjudicado.

La desestimación procede desde el respeto al hecho declarado probado del que debe partirse en esta vía de impugnación. El tribunal de instancia rechaza la exención incompleta solicitada en la calificación de la defensa argumentando sobre la falta de acreditación del presupuesto fáctico de la eximente, esto es, la agresión ilegítima por parte del perjudicado, antes al contrario, afirma que la irrupción del acusado en la vivienda fue agresiva para con el perjudicado, lo que se apoya en las declaraciones del primero al explicar la reacción al ver al perjudicado en la casa de su antigua compañera.

La falta de respeto al hecho declarado probado hace que el motivo deba ser desestimado.

SEXTO.- En este motivo denuncia el error de derecho por la inaplicación de la circunstancia de atenuación de reparación del daño del art. 21.5 del Código penal .

En la argumentación de la impugnación destaca lo que el relato fáctico declara, que el acusado consignó en la cuenta del Juzgado la cantidad reclamada, en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, en la calificación del Ministerio fiscal.

La circunstancia de atenuación fue rechazada por el tribunal de instancia argumentando, con cita de nuestra jurisprudencia, que si bien ha desaparecido de la atenuación las exigencias de carácter subjetivo de arrepentimiento y pesar por el hecho delictivo cometido, lo que implicaba un reconocimiento del hecho acusado, la atenuación no es enteramente objetiva y requiere que la actuación reparadora, como es la consignación de la responsabilidad civil, implique un reconocimiento de la conducta delictiva para reparar el daño causado.

Tiene razón el recurrente en cuanto expresa que la atenuante que solicitó en el enjuiciamiento no requiere las anteriores exigencias de pesar o contrición sobre el hecho realizado que el acusado, asumiendo su culpa en los hechos, se propone reparar, de alguna manera en sus efectos mediante el abono de la responsabilidad civil. Sin embargo, La atenuación tampoco tiene el carácter objetivo que se desprende del recurso, bastando la consignación de las cantidades reclamadas desde la acusación para cumplir el requisito de la atenuación, pues eso no sería sino el cumplimiento de una reclamación planteada, sino que requiere que esa entrega sea realizada con una tendencia a la reparación o a la disminución de los efectos del delito, que el tipo de la atenuante recoge con la expresión "haber procedido" a la reparación, lo que no debe implicar una exigencia de reconocimiento del hecho imputado aunque sí una voluntad de reparación de los efectos del hecho no asumidos con la culpabilidad penal que se exige desde la acusación, y sí como consecuencia de su acción. En otras palabras, la consignación de una cantidad que es reclamada desde la acusación, no rellena, por sí sola, el presupuesto de la atenuación, al tratarse del mero cumplimiento de obligaciones reclamadas, sino que precisa de una voluntad reparadora asumiendo que la acción realizada, sin asumir la responsabilidad delictiva, ha generado una responsabilidad civil que el reclamado pretende resarcir abonando su importe.

SÉPTIMO.- Denuncia en este motivo el error de derecho por la inaplicación del art. 617 del Código penal , la falta de lesiones. El motivo es subsidiario del planteado en el tercero de los motivos de la impugnación.

Declarada la existencia del ánimo de matar, la calificación propuesta en este motivo es improcedente, por lo que el motivo se desestima.

OCTAVO.- Interesa en este motivo la declaración de error de derecho por la inaplicación del art. 21.1 del Código penal por la drogadicción del acusado.

El motivo se opone sin el preciso apoyo fáctico que permita la declaración del error que se pretende. Ningún apartado del hecho probado refiere no sólo la adicción, ni una ingesta alcohólica, tampoco la concurrencia de unos efectos en las capacidades volitivas o intelectivas del sujeto a consecuencia de la adicción o la ingesta de sustancias estupefacientes que le impidieran conocer la ilicitud del hecho o una actuación conforme a esa comprensión. Antes al contrario, la prueba practicada abunda sobre la normalidad en el estado del acusado al tiempo de la realización de la acción y los informes y certificados aportados por el recurrente son muy posteriores al hecho, limitándose a concretar una conducta de deshabitación sin reflejo de las circunstancias concurrente al tiempo de la acción enjuiciada.

NOVENO.- Denuncia en este motivo el error de hecho en la apreciación de la prueba para lo que designa las diligencias policiales en las que el perjudicado identifica al acusado como autor de los hechos, destacando el



error sobre la argumentación de la jurisprudencia sobre la insuficiencia de dichos reconocimientos fotográficos para conformar una sentencia condenatoria.

El motivo se desestima. En primer lugar porque los documentos en los que apoya su pretensión revisora del hecho probado no pueden integrar el documento acreditativo de un error. Se trata de meras diligencias de investigación policial. Además, recogen unas declaraciones de un perjudicado y, como tales, susceptibles de valoración. Por último, la identificación del acusado como presente en el lugar de los hechos resulta acreditada por otros medios de acreditación, como la declaración del conserje, las propias del acusado y de la persona que le acompañaba en los hechos, que no permiten la declaración de error que el recurrente propone.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación del acusado Jesús , contra la sentencia dictada el día 19 de abril de dos mil cinco por la Audiencia Provincial de Sevilla , en la causa seguida contra el mismo, por un delito de homicidio intentado. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Siro Francisco García Pérez Andrés Martínez Arrieta Diego Ramos Gancedo

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andrés Martínez Arrieta , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.