

Roj: STS 409/2012 - ECLI:ES:TS:2012:409

Id Cendoj: 28079120012012100036

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10892/2011

Nº de Resolución: 16/2012

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: MANUEL MARCHENA GOMEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de Ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **Héctor**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Primera) de fecha 4 de febrero de 2011 en causa seguida contra Héctor, por un delito de maltrato familiar, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la Procuradora D^a. Adela Gilsanz Madroño y como parte recurrida en representación de Adelina la Procuradora D^a Cristina Gramage López. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Elche, instruyó sumario núm. 4/2009, contra Héctor y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Primera) rollo nº 44/2009 que, con fecha 4 de febrero de 2011, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"El procesado Héctor, mayor de edad, nacido el 13 de noviembre de 1964 en Lisboa, (Portugal), con NIE NUM000, con antecedentes penales, condenado ejecutoriamente por los siguientes delitos: por sentencia de 17 de febrero de 2.004 del Juzgado de lo penal 1 de Ponferrada por delito de lesiones a la pena de medida de internamiento en centro psiquiátrico por un máximo de 4 años y 6 meses; cancelable; por delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas por sentencia del Juzgado de Instrucción nº 5 de Orihuela de 16 de marzo de 2009 y por sentencia de fecha 1 de abril de 2009 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Elche por delito de violencia en el ámbito familiar, (amenazas) a la pena de seis meses de prisión, sustituida por seis meses de trabajos en beneficio de la comunidad y alejamiento y prohibición de comunicarse con respecto a la víctima Adelina, con la que ha mantenido una relación sentimental durante dos años y medio aproximadamente, habiendo finalizado la relación en agosto de 2007 a consecuencia de una denuncia formulada por Adelina y por la que se le impuso una orden de alejamiento, el procesado se marchó a Barcelona, regresando en enero de 2009 y reanudaron la relación hasta el 31 de marzo de 2009, fecha en la que el acusado protagonizó otro altercado con Adelina, siendo condenado por amenazas por el Juzgado de Violencia nº 1 de Elche.

En el comienzo de la relación todo transcurría con normalidad entre la pareja, pero transcurridos unos 8 meses, durante una discusión le causó destrozos en la casa, pintando las paredes y rompiendo algún mueble, llegando a propinar a Adelina una bofetada, por lo que Adelina interpuso denuncia contra Héctor, dictándose orden de alejamiento y sentencia condenatoria por el Juzgado de lo penal 2 de Elche con fecha 18 de junio de 2.008, habiendo ocurrido los hechos en Agosto de 2007; a partir de ese momento, mientras la orden de alejamiento estuvo en vigor hasta Diciembre de 2008, Héctor dejó en paz a Adelina.

Pero a primeros de Enero se puso en contacto nuevamente con ella y retomaron la relación; en esta nueva etapa, el procesado se hallaba en tratamiento psiquiátrico y tomaba pastillas antidepresivas, que empezó a mezclar con la ingesta de alcohol y cocaína, por lo que se comportaba de forma habitualmente

agresiva con ella, diciéndole "eres una puta y no vales para nada", al tiempo que le amenazaba "te vas a enterar hija de puta, te juro por mis hijas que los (sic) vas a pagar".

Las cosas fueron empeorando hasta desembocar en otros episodios violentos, acaecidos a finales de marzo de 2009, hechos por los que el procesado fue condenado ejecutoriamente por el Juzgado de violencia sobre la mujer de Elche nº 1 por sentencia de fecha 1 de abril, por delito continuado de amenazas, con imposición de la preceptiva orden de alejamiento por periodo de 16 meses.

Después de lo ocurrido durante 2 semanas Héctor no molestó a Adelina, pero el 16 de Abril, con total desprecio de la orden de alejamiento y prohibición de comunicarse con ella, la llamó, convenciendo a Adelina para que volvieran a quedar, accediendo ésta pero siempre en compañía de amigos; al día siguiente viernes 17 de abril, la llamó nuevamente y se vieron a la hora de comer en casa de Adelina en C/ DIRECCION000 NUM001, NUM002 puerta NUM003, de Elche (Alicante). Una vez en el domicilio, llamaron a Adelina para ir a trabajar a un Bar, hecho que molestó al procesado, quien le dijo "tu no vales ni para poner un café, sólo para hacer la puta"; al cabo de media hora, Héctor se marchó, al tiempo que amenazaba a Adelina al, decirle "te vas a enterar, te juro por mis hijas que te vas a enterar". Durante la tarde, Héctor llamó por teléfono en varias ocasiones a Adelina, pidiéndole que regresara a casa y que si iban a quedar esa noche y al negarse esta, el procesado se puso agresivo y le amenazó nuevamente; también le mandó un mensaje SMS que decía "bumm".

Al regresar a casa entre la una y 3 horas de la madrugada del día 18 de abril en compañía de su amiga Felicísima, se encontró al procesado en el salón, comenzando a discutir, dirigiéndose ésta a la cocina, donde cogió 2 cuchillos y le dijo: te lo juro por mi hijas que te voy a matar lentamente", amenazando también a Felicísima con matarla, por lo que Adelina adoptó una actitud de protección hacia ésta para que le permitiera abandonar el domicilio, lo que el procesado consintió, aprovechando Adelina esta circunstancia para hacer un gesto a Felicísima para que diera aviso a la policía. Cuando se marchó Felicísima, el acusado cerro la puerta de la vivienda para evitar la huida de Adelina. El procesado le decía a la víctima "te voy a matar lentamente, te voy a hacer sufrir", asestándole diversas puñaladas por todo el cuerpo (en la muñeca, otra en el costado y en el empeine del pie). Asimismo, el procesado durante este tiempo orinó por los muebles del salón y en un vaso, obligando a Adelina a ingerirlo, y al negarse ésta le propinó nuevas puñaladas; en las piernas, mientras estaba sentada; también cortó la goma del gas, llevándose la bombona al salón para rociarle gas en la cara a Adelina, diciéndole "te voy a hogar", sacando varios mecheros y poniéndolos encima de la mesa. En un momento determinado, Felicísima, que había dado aviso a la policía, llamó a Héctor, con la excusa de pedirle el cargador de su móvil, contestando éste que se lo daría mañana cuando estuviera ya su amiga muerta y descuartizada, permitiendo a Adelina que hablase por teléfono, diciéndole que hablase con ella que iban a ser sus últimas palabras.

Al cabo de un tiempo, sobre las 4.15 horas se escucharon golpes en la puerta del domicilio, y temiendo Adelina que el procesado acabara con su vida, se protegió con varios cojines las partes vitales (Torax y abdomen) y al escuchar éste los golpes se abalanzó sobre la víctima, y con ánimo de causarle la muerte, le asestó varias puñaladas en varias partes del cuerpo, sin que pudiera lograr su propósito al irrumpir una dotación policial, auxiliada de los bomberos, teniendo que realizar uno de los agentes primero un disparo intimidatorio hacia el techo, y al hacer caso omiso a las órdenes policiales de "alto policía, suelta el cuchillo, al suelo", el procesado reaccionó de forma agresiva, esgrimiendo el cuchillo hacia los agentes, y continuando acuchillando a la víctima, por lo que el policía hubo de efectuar otro disparo sobre el procesado, abalanzándose otros componentes de la dotación policial sobre él para evitar que siguiera propinando cuchilladas a la víctima, logrando reducirle pese a la fuerte resistencia activa de aquel, ya que golpeo con patadas y puñetazos a los agentes, al tiempo que les amenazaba de muerte, diciendo "que se había quedado con sus caras y que cuando saliera les iba a matar", que él iría a la cárcel pero ella al cementerio".

En el trayecto hacia el Hospital, el procesado no cesó de amenazar de muerte a los agentes que le conducían, manifestando igualmente en varias ocasiones "que tenía que matar a Adelina".

Una vez en el Hospital tras ser asistido de urgencia, sobre las 5 de la madrugada, uno de los médicos, D. Alejandro - quien nada reclama - se dirigió hacia el box de urgencias donde se hallaba el procesado a fin de realizar una valoración médica, y éste a pesar de presentarse como medico de urgencias, vestido con bata blanca y el acusado estar esposado, agredió al procesado al medico, propinándole una patada en el tórax, teniendo que intervenir la dotación policial que le custodiaba para reducirle utilizando la fuerza mínima indispensable, al continuar en una actitud agresiva, amenazando a todos los presentes.

Como consecuencia de los hechos relatados, Adelina sufrió lesiones consistentes en herida penetrante abdominal. Heridas múltiples en extremidades, que requirieron 1ª asistencia facultativa, y tratamiento consistente en cura local con sutura, tardando en curar 108 días, con incapacidad para trabajar de 30 días y 6 de asistencia hospitalaria. Quedándole secuelas consistentes en perjuicio estético y trastorno de estrés postraumático, con cuadro clínico relacionado con altas puntuaciones de ansiedad y depresión" (sic).

Segundo.- La Audiencia Provincial de Alicante (Sección Primera) dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Que CONDENAMOS al procesado Héctor como autor de los delitos que se enumeran a continuación a las siguientes penas:

a) Por el delito de Asesinato en grado de tentativa, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de 15 años de prisión y la de inhabilitación absoluta, así como la prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima por una distancia no inferior a 500 metros y durante 16 años.

b) Por el delito de malos tratos habituales a la pena de 1 Año y 9 meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 5 años, así como la prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima por una distancia no inferior a 500 metros y durante 3 Años.

c) Por el delito de quebrantamiento de condena a la pena de 7 meses de prisión.

d) Por el delito de amenazas graves en la persona de Felicísima , concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de 1 Año y 3 meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 3 años, así como la prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima por una distancia no inferior a 500 metros y durante 3 años.

e) Por el delito de atentado contra los agentes de la autoridad a la pena de 1 año de prisión.

f) Por el delito de atentado en la persona de Alejandro a la pena de 1 año de prisión y prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima por una distancia no inferior a 500 metros y durante 3 años.

Así como al pago de las costas, incluidas las de la acusación particular, y a que indemnice a Dña. Adelina en la cantidad de 25.000 # por los perjuicios y lesiones sufridas, con el interés previsto en el artículo 576 L.E.C .

Abonamos al procesado el tiempo de detención y prisión sufrida por esta causa para el cumplimiento de la pena impuesta.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el termino de cinco días a contar desde su notificación" (sic).

Tercero.- Por esa Audiencia Provincial en fecha 18 de febrero de 2011 se dictó auto cuya **PARTE DISPOSITIVA** es del tenor literal siguiente:

"LA SALA ACUERDA: Desestimar la pretensión de aclaración de la sentencia dictada en las presentes actuaciones con el número 79/11, de fecha cuatro de febrero de dos mil once , deducida por el procurador D. Alfredo Barceló Bonet en la representación que ostenta del condenado Héctor .

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas".

Cuarto.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, 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 legal del recurrente Héctor , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por infracción del art. 24.2 de la CE , por inexistencia de prueba de cargo suficiente para la existencia del delito de asesinato en grado de tentativa. **II.-** Infracción del art. 24 de la CE , al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por la falta de aplicación del art. 21.2, en relación con el 20.2 del CP . **III.-** Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del art. 62 del CP , al rebajarse la pena un solo grado y no dos.

Sexto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 12 de julio de 2011, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó el apoyo parcial del primer motivo y la inadmisión del segundo y tercero que, subsidiariamente, impugnó.

Séptimo.- Por Providencia de fecha 19 de diciembre de 2011 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 10 de enero de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia de fecha 4 de febrero de 2011, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, condenó a Héctor como autor de los siguientes delitos: a) una tentativa de asesinato, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de 15 años de prisión e inhabilitación absoluta, así como prohibición de acercarse y comunicarse con la víctima a una distancia no inferior a 500 metros y durante 16 años; b) un delito de malos tratos habituales a la pena de 1 año y 9 meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 5 años, así como la prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima a una distancia no inferior a 500 metros y durante 3 años; c) un delito de quebrantamiento de condena a la pena de 7 meses de prisión; d) un delito de amenazas graves en la persona de Felicísima, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de 1 año y 3 meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 3 años, así como la prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima a una distancia no inferior a 500 metros y durante 3 años; e) un delito de atentado contra agentes de la autoridad, a la pena de 1 año de prisión; f) un delito de atentado en la persona de Alejandro, a la pena de 1 año de prisión y prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima por una distancia no inferior a 500 metros y durante 3 años.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la representación del condenado. Se formalizan tres motivos. Los dos primeros por infracción de precepto constitucional. El tercero, por infracción de ley, error de derecho en el juicio de subsunción.

2.- El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. A juicio de la defensa, la inferencia que proclama la sentencia recurrida, referida al ánimo de matar que inspiró la acción del acusado, es contraria a las máximas de experiencia. No existió tal voluntad de acabar con la vida de Adelina. Ni la morfología del arma empleada, la zona del cuerpo en la que se asestaron las heridas, su gravedad objetiva ni, en fin, el tiempo del que dispuso el acusado para acabar con la víctima, encierran datos que respalden la conclusión proclamada por la Audiencia Provincial, acerca de la existencia de un verdadero peligro para la vida de la Adelina.

No tiene razón el recurrente.

A) Sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia -recuerda la STC 9//2011, 28 de febrero - cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2 ; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2 , y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

Es, por tanto, desde la perspectiva de la suficiencia probatoria pero, de modo especial, desde la razonabilidad del iter discursivo como hemos de abordar la queja del recurrente. Aun reconociendo la existencia de una controversia histórica en nuestra jurisprudencia acerca del verdadero significado jurídico de los hechos de carácter subjetivo y, por tanto, afirmados mediante un juicio inferencial, es evidente que la voluntad con la que un hecho se ejecuta forma parte también del hecho mismo. Lo que, por lo demás, es congruente con una concepción finalista del delito en la que la acción encierra en sí la carga de la propia voluntad, superando concepciones causalistas en las que la ruptura entre el plano objetivo y subjetivo del delito era elemento definitorio de su estructura analítica. La conducta humana no es neutra y la intención del agente no puede desgajarse de la acción para ser luego artificialmente analizada en el momento del examen de la culpabilidad. La posibilidad de un control casacional de esos juicios de inferencia -llamados con terminología más impropia juicios de valor- a través de la vía que proporcionan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, resulta incuestionable, tanto con referencia a la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como con la vía complementaria que ofrece el contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva, entendido éste en su dimensión de derecho a una resolución fundada y razonable (cfr. SSTS 4839/2007, 25 de junio y 1394/2009, 25 de enero, entre otras).

Pues bien, desde este punto de vista, el examen de la sentencia recurrida pone de manifiesto que cuando los jueces de instancia fijaron en el *factum* que el acusado "... *se abalanzó sobre la víctima y, con ánimo de causarle la muerte, le asestó varias puñaladas en varias partes del cuerpo* ", contaban con prueba bastante que, además, fue valorada de forma racional, sin que la inferencia que proclama el ánimo de matar pueda calificarse de ilógica, irracional o extravagante.

En el FJ 2º de la resolución cuestionada, la Audiencia Provincial razona en los siguientes términos: "el procesado, conforme han depuesto los testigos en el plenario, antes, durante y después de la ejecución de la agresión, amenazó en su presencia de forma persistente a Adelina con matarla y además hacerla sufrir, realizándolo <lentamente, para ello utiliza un instrumento idóneo, dos cuchillos de grandes dimensiones que toma de la cocina y le asesta diversas puñaladas por todo el cuerpo, incluida una en especial que penetra en el abdomen, con el consiguiente riesgo vital para la víctima, como afirma el forense Sr. Eliseo , presentando la perjudicada un total de 13 ó 14 heridas, según declaró en la vista la forense Dña. Socorro , ratificado sus informes obrantes a los f. 309 y 449 de las actuaciones. Hay que tener en cuenta que la perjudicada se protegió con unos cojines el tórax y abdomen adoptando una posición fetal, que fueron atravesados por los cuchillos, lo que dificultó su penetración en el cuerpo de la víctima y no cesó en su propósito, ni siquiera cuando irrumpe la dotación de policía y bomberos protegida por escudos en el domicilio, teniendo que realizar dos disparos, uno de ellos sobre el procesado, que oyeron cómo decía que la iba a matar lentamente y vieron cómo le daba una puñalada tras otra, así lo han declarado la víctima y los agentes núm. NUM004 y NUM005 " (*sic*).

La Sala no atisba en este párrafo ninguna grieta en la estructura lógica exigible a todo razonamiento inferencial. El ánimo de matar se deduce con claridad de los hechos objetivos que la Audiencia da por probados a partir del testimonio de la víctima y de los agentes que participaron en la detención del acusado.

Que la voluntad de acabar con la vida de Adelina animaba la acción de Héctor fluye sin esfuerzo de toda una serie de datos objetivos plenamente acreditados y que se contienen en el juicio histórico. Las amenazas que el acusado dirige a la víctima a lo largo de la tarde -incluido un sms- preparan una atmósfera coactiva que se intensifica entre la 1,00 y las 3,00 horas de la madrugada del día 18 de abril de 2009. El procesado, después de la discusión que mantiene con Adelina en presencia de su amiga Felicísima , "... *cogió dos cuchillos y le dijo: <te lo juro por mis hijos que te voy a matar lentamente* ". Después de permitir la marcha de Felicísima y cerrar la puerta del domicilio para evitar la huida de su compañera, vuelve a afirmar: "... *te voy a matar lentamente, te voy a hacer sufrir* ", al tiempo que le asestaba puñaladas por todo el cuerpo, en la muñeca, el costado y en el empeine del pie. A continuación -sigue apuntado el hecho probado- "... *cortó la goma del gas, llevándose la bombona al salón para rociarle gas en la cara a Adelina , diciéndole <te voy a ahogar, sacando varios mecheros y poniéndolos encima de la mesa* ". En el momento en que se produce la llamada de Felicísima , que había dado aviso a la policía y que se valió de la excusa que le proporcionaba pedirle el cargador de su móvil, Héctor lo contestó que "... *se lo daría mañana cuando estuviera ya su amiga muerta y descuartizada, permitiendo a Adelina que hablase por teléfono porque iban a ser sus últimas palabras* ". Ya sobre las 4,15 horas, cuando la policía hizo acto de presencia en el domicilio de Adelina , al escuchar el procesado los golpes en la puerta, "... *se abalanzó sobre la víctima (...) y le asestó varias puñaladas en varias partes del cuerpo* ". La actitud violenta del acusado obligó a los agentes a disparar sus armas reglamentarias como único medio con el fin de evitar la muerte de Adelina , que sólo podía protegerse con unos cojines el tórax y abdomen. De especial significación son las palabras que pronuncia Héctor cuando está siendo trasladado al hospital en ambulancia, repitiendo en varias ocasiones que "...tenía que matar a Adelina " y que "... *él iría a la cárcel, pero ella al cementerio* ".

Como puede apreciarse, es el propio acusado el que exterioriza su verdadera voluntad de acabar con la vida de su compañera. Y lo hace antes, durante y después de la ejecución del hecho. Este dato, sin llegar a hacer innecesario el juicio inferencial para indagar la voluntad de la víctima, sí que lo favorece sobremedida, pues esas expresiones se acompañan de actos de acometimiento que de forma paulatina van intensificando el riesgo para el bien jurídico protegido, desencadenándose de manera ya imparable en el momento en que la policía acude en defensa de la víctima.

La defensa pone el acento en la ausencia de datos que permitan concluir la verdadera capacidad letal de los cuchillos empleados en la agresión. Que los dos cuchillos eran de grandes dimensiones lo expresa la Audiencia Provincial -con visible desorden sistemático- en el FJ 2º de la sentencia recurrida. El Ministerio Fiscal recuerda en su informe que consta en el atestado que la policía sorprendió al acusado "*empuñando un cuchillo de grandes dimensiones*", lo que reiteró en el plenario el agente núm. NUM004 , al decir que vio al entrar a "... *un hombre con las piernas semiflexionadas con un gran cuchillo en las manos* ".

Es cierto que el tratamiento dispensado a la posibilidad de integración del *factum* con afirmaciones de hechos que se incorporan de forma asistemática en el razonamiento jurídico, no ha contado -decíamos en la STS 339/2010, 9 de abril - con la deseable uniformidad. De hecho, esta Sala ha venido dictando sentencias que abordan esta cuestión con diferentes soluciones, fundamentalmente tres: a) la tesis que permite la posibilidad de integrar o complementar el *factum* con datos de hecho desperdigados en la motivación -por ejemplo la STS 990/2004 de 15 de noviembre -, b) la tesis que prohíbe dicha posibilidad de integración -entre otras, STS 762/2006 de 10 de julio -, y c) una tesis intermedia que permitiría la integración siempre en beneficio del reo y nunca en su contra - STS 945/2004 de 23 de julio -.

En el presente caso, sin embargo, no es necesario acudir a elementos ajenos al juicio histórico para integrar las omisiones de que aquél adolece. En efecto, del carácter letal del arma empleada en la agresión hablan dos datos reflejados en el *factum*. El primero, el hecho de que la herida penetrante en el abdomen se produce cuando Adelina "... *se protegió con varios cojines las partes vitales (tórax y abdomen)* ", lo que es indicativo de la extensión y longitud de la hoja, con capacidad de alcanzar tejidos vitales después de atravesar los cojines de protección desesperadamente usados por la víctima; el segundo dato lo proporciona la descripción del tiempo de curación de las heridas, que se prolongó durante 108 días, con incapacidad para trabajar por 30 días y asistencia hospitalaria durante 6 días.

En definitiva, los datos objetivos que la Audiencia ha proclamado en el *factum* se apoyan en prueba bastante, derivada de las respectivas declaraciones de la víctima y de los agentes que intervinieron en la detención del procesado. A partir de su descripción, el juicio inferencial que ha llevado a los Jueces de instancia a dar por probado el ánimo de matar, es ajeno a cualquier signo de irracionalidad o desenfoque valorativo. No ha existido, por tanto, vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

B) Con carácter subsidiario el recurrente cuestiona la existencia de alevosía, cuya afirmación también implicaría -se razona- una vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

No es éste, sin embargo, el cauce casacional adecuado para cuestionar el juicio de subsunción. En efecto, lo que discute la defensa no es el soporte fáctico sobre el que se apoya la apreciación de la agravante de alevosía por parte del Tribunal a quo, sino la calificación jurídica del ataque ejecutado por el procesado. Este defecto en el modo de articular el motivo debería haber conducido a su inadmisión (art. 884.4 LECrim). Pese a ello, atendiendo a la voluntad impugnativa del recurrente y al apoyo parcial del motivo por el Ministerio Fiscal, procede adentrarnos en su análisis.

Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando propugna la exclusión de la agravante de alevosía y su sustitución por la agravante genérica de abuso de superioridad (art. 22.2 CP). El hecho probado no describe un ataque sorpresivo. Existe una discusión previa a los hechos en la que el procesado llega también a proyectar su agresividad respecto de Felicísima , la acompañante de la víctima. Ésta pudo incluso adoptar "... *una actitud de protección*" hacia su amiga "... *para que le permitiera abandonar el domicilio, lo que el procesado consintió, aprovechando Adelina esta circunstancia para hacer un gesto a Felicísima para que diera aviso a la policía*".

Es cierto que esta Sala ha admitido en ocasiones una modalidad especial de *alevosía convivencial* basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTs 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una *alevosía doméstica* , derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día. Sin embargo, en el presente caso no se dan las notas que sugieren su aplicación. Según describe el hecho probado, el procesado -que había sido destinatario de una orden de alejamiento y prohibición de comunicarse con Adelina - pronunció distintas amenazas cuando ésta fue llamada por teléfono para que fuera a trabajar a un bar: " *te vas a enterar, te juro por mis hijas que te vas a enterar*". Además, durante la tarde "... Héctor llamó por teléfono en varias ocasiones a Adelina , pidiéndole que regresara a casa y que si iban a quedar esa noche y al negarse ésta, el procesado se puso agresivo y la amenazó nuevamente; también le mandó un mensaje SMS que decía <bumm". Todo indica, por tanto, que cuando Adelina vuelve a casa entre la 1 y las 3 de la madrugada, en compañía de su amiga Felicísima , conoce perfectamente el estado de ánimo del procesado, sabe que se ha pasado buena parte de la tarde haciéndole llegar mensajes conminatorios y conoce, en fin, la existencia fundada de una orden de protección y alejamiento.

Sí existe, en cambio, un ataque en el que el acusado se prevale de su superioridad. Se dirige a la cocina y empuña dos cuchillos de grandes dimensiones, cierra la puerta de la vivienda para evitar la huida de Adelina e inicia la ejecución de toda una serie de actos vejatorios que culminaron con el apuñalamiento de Adelina .

Más allá de que el abuso de superioridad exprese un plus de culpabilidad o haga más intenso el injusto por la mayor peligrosidad del hecho, recordábamos en nuestra sentencia 434/2007, 16 de mayo , que la mencionada agravante, tal y como la describe el art. 22.2 del CP y ha sido definida por la jurisprudencia de esta Sala -baste citar, por todas, la STS 1172/2006, 28 de noviembre - requiere para su apreciación, en primer lugar, la existencia de una desproporción efectiva y real entre la parte agredida y la agresora que determine un desequilibrio a favor de esta última; en segundo lugar, que ese desequilibrio se traduzca en una disminución de las posibilidades de defensa ante el ataque concreto que se ha sufrido; y en tercer lugar que el sujeto activo conozca y se aproveche de ese desequilibrio y de sus efectos para la ejecución del concreto hecho delictivo.

Con carácter general, esta Sala ha dicho que esta agravante es aplicable cuando del uso de armas se trate (STS 839/2007, 15 de octubre), apreciándola en el caso de utilización de una navaja frente al que se enfrenta al agresor con las manos vacías (STS 11 de junio de 1991) o al que portaba un arma blanca frente a quien no tenía ninguna y, además, se hallaba bebido y en el suelo (STS 881/2006, 14 de septiembre), pues a nadie escapa la desigualdad de fuerzas con que se enfrentan una persona armada y otra inerme (STS 522/1998, 13 de abril).

También hemos afirmado - STS 850/2007, 18 de octubre , con cita de la STS 600/2005, 10 de mayo -, que la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado a favor de la homogeneidad, desde la perspectiva del principio acusatorio, entre las agravantes de alevosía y abuso de superioridad. La STS 1458/2004, 10 de diciembre , afirmó que no se había vulnerado el principio acusatorio, al tratarse la agravante finalmente apreciada por el Tribunal de una circunstancia claramente homogénea con la alevosía, pues, en realidad, se trata de una alevosía imperfecta o alevosía menor ya que participa de la misma estructura que la agravante 1ª del art. 22 CP , pero sin llegar en sus consecuencias al mismo grado de indefensión y desamparo en que se sitúa a la víctima. De este modo ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala en multitud de sentencias, alguna de las cuales cita la recurrida, por ejemplo, la STS 357/2002, 4 de marzo , cuando declara que «aplicar tal agravante, cuando no ha sido pedida por las acusaciones que sí solicitaron la apreciación de la alevosía, no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos, como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino tiende a eliminarla (STS 619/1994, 18 de marzo)». Igualmente la STS 1340/2000, 25 de julio , que excluye la alevosía pero aprecia el abuso de superioridad subrayando que «esta apreciación no produce indefensión alguna para el acusado, pues la imputación de alevosía recoge todos los elementos de hecho constitutivos de esta otra agravante de abuso de superioridad».

Procede, por tanto, la estimación del motivo, con las consecuencias penológicas que se fijan en nuestra segunda sentencia.

3 .- El segundo de los motivos, con la misma cobertura que el precedente - arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim -, sostiene infracción del art. 24 de la CE , por inaplicación de los arts. 21.2 y 20.2 del CP .

La defensa del procesado no precisa en el desarrollo del motivo el derecho fundamental que reputa infringido. Su línea argumental reivindica la apreciación de la atenuante de embriaguez, al estimar que existen datos que deberían haber llevado a afirmar la alteración de la imputabilidad de Héctor . Existe un dictamen médico que acredita que el examen de los cabellos del acusado arrojó un indicador positivo al consumo de cocaína. Consta también en los autos -se razona- el carácter agresivo del procesado el día de los hechos, así como su sometimiento a un tratamiento antidepresivo.

El motivo no es viable.

Como recuerda el Ministerio Fiscal en su dictamen, la Audiencia ha basado la exclusión de cualquier alteración de la imputabilidad en el informe de los médicos forenses Tarsila y Isidro , ratificado en el acto del plenario, cuyas conclusiones descartaron cualquier afectación mental que impidiera al acusado decidir libremente, así como conocer las consecuencias de sus actos, no pudiendo afirmar la existencia de un cuadro psicótico. Esta tesis fue también completada por las psicólogas Eva María y Alejandra , quienes descartaron cualquier falta de conciencia por parte de Héctor en el momento de la ejecución de los hechos, destacando en su dictamen prestado en el juicio oral cómo el acusado recordaba hecho por hecho el episodio agresivo.

No ha existido, por tanto, vacío probatorio ni déficit motivacional por parte del Tribunal a quo en el momento de descartar la concurrencia de la atenuante de embriaguez o cualquier otra alteración de la imputabilidad, por lo que procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

4 .- El tercero de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , denuncia infracción de ley, indebida aplicación del art. 62 del CP , al haber bajado la pena sólo en un grado.

La defensa sostiene que la tentativa resultó inacabada y por tanto debió rebajarse la pena en dos grados.

No tiene razón el recurrente.

La STS 1070/2011, 13 de octubre -con cita de las SSTS 84/2010, 18 de febrero y 261/2005, 28 de febrero -, recuerda que el Código Penal ha concentrado en un solo precepto las formas imperfectas de ejecución del delito, considerando que solo 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.

Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada -nos dice la STS 817/2007, 15 de octubre - 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.

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.

En el caso que nos ocupa, una vez afirmada la inequívoca voluntad de causar la muerte del adversario, la calificación de la tentativa como acabada o inacabada ha de hacerse depender, tanto de la práctica de todos o de parte de los actos que deberían producir el resultado como del grado de peligro inherente a la acción. Así se desprende del tenor literal de los arts. 16.1 y 62 del CP , así como de la jurisprudencia anotada *supra* que interpreta ambos preceptos.

Pues bien, en el presente caso, tanto si acudiéramos al criterio más convencional, como si centráramos nuestro interés en la verdadera situación de riesgo inherente a la acción, la rebaja de la pena en un grado puede considerarse acertada. En efecto, aunque la mayor parte de las heridas ocasionadas a la víctima no eran letales, la que el acusado produjo en la cavidad abdominal sí lo era, encerrando por sí sola la capacidad precisa para provocar -como pretendía el autor- la muerte de Adelina . Fueron la irrupción de la policía en el lugar del hecho, logrando desarmar a Héctor mediante el uso de sus armas reglamentarias y la rápida

intervención médica de asistencia, las que impidieron el fatal desenlace. El acusado, pues, practicó todos los actos que deberían producir el resultado y desencadenó, conforme a lo previsto, una situación de riesgo que no culminó en el resultado pretendido por causa ajena a su inicial propósito. No existen, pues, razones para degradar la importancia y significación jurídica de la acción desplegada por el recurrente.

Procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 885.1 LECrim).

5 .- Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales.

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por la representación legal de **Héctor** , contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2011, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante , en causa seguida contra el mismo por sendos delitos de tentativa de asesinato, malos tratos, quebrantamiento de condena, amenazas graves y atentado, **casando y anulando** dicha resolución y procediendo a dictar **segunda sentencia** , con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Manuel Marchena Gomez **D. Alberto Jorge Barreiro**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil doce.

Por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, en el procedimiento ordinario núm. 44/2009 , tramitado por el Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 1 de Elche, se dictó sentencia de fecha 4 de febrero de 2011 , que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del *Tribunal Supremo* integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la **ponencia** del **Excmo . Sr . D .** Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Por las razones expuestas en el FJ 2º, apartado B) de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del segundo de los submotivos que integran el motivo primero, declarando que no concurre la agravante de alevosía (art. 22.1 y 139.1 CP), sino la de abuso de superioridad (art. 22.2 CP).

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de tentativa de asesinato, cualificado por la concurrencia de la agravante de ensañamiento (art. 139.3 CP) y en el que concurren dos agravantes genéricas, la de parentesco (art. 23 CP) y la de abuso de superioridad (art. 22.2 CP). Rebajada la pena en un grado, conforme al criterio del Tribunal *a quo*, la franja penológica en la que habríamos de movernos sería la comprendida entre los 7 años y 6 meses y 15 años de prisión (art. 139 CP). La estimación de dos agravantes genéricas, obliga a la aplicación de la pena en su mitad superior (art. 66.1.3 CP). La Sala considera que la imposición de la pena de 14 años y 6 meses de prisión es acorde con la efectiva gravedad de los hechos, con el móvil que inspiró su ejecución y con la circunstancia de que la agresión se verificara en un recinto cerrado del que la víctima no podía salir, generando un menoscabo añadido al bien jurídico libertad que no ha sido objeto de acusación autónoma.

III. FALLO

Se deja sin efecto la pena de 15 años de prisión por el delito de tentativa de asesinato, con la concurrencia de las agravantes genéricas de alevosía y parentesco, impuesta por el tribunal de instancia a Héctor y se **condena** a éste, como autor de un delito de tentativa de asesinato, con la concurrencia de las agravantes de abuso de superioridad y parentesco, a la **pena de 14 años y 6 meses de prisión** , con la accesoria de inhabilitación absoluta, así como la prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima por una distancia no inferior a 500 metros y durante 16 años.

Se mantiene intacto el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia -con especial referencia a los restantes delitos por los que se ha formulado condena- en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Manuel Marchena Gomez D. Alberto Jorge Barreiro

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ