

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 3 Jun. 2011, rec. 10406/2011

Ponente: Granados Pérez, Carlos.
Nº de Sentencia: 557/2011
Nº de Recurso: 10406/2011
Jurisdicción: PENAL
Tipo de recurso de la resolución: APELACION

HOMICIDIO INTENTADO. Agresión múltiple con arma blanca, dirigiéndose los golpes sobre zonas vitales. PENALIDAD. Antigua distinción entre tentativa y frustración. Rebaja de pena en un grado al apreciarse tentativa acabada. Segunda sentencia. ALEVOSÍA. Concepto. Radica en la indefensión de la víctima y en el aprovechamiento consciente de dicha situación por el sujeto activo. Proditoria y de desvalimiento. No procede. A pesar de encontrarse dormida, el acusado despertó a la víctima al agarrarle una mano y la cintura, lo que provocó que se despertara y tuviera claras opciones de defenderse, tal y como hizo efectivamente, llegando a salvar su vida.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a tres de Junio de dos mil once.

SENTENCIA

En el recurso de casación por infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por la acusación particular en nombre de D^a Lorena , contra sentencia dictada por la Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid que condenó al acusado D. Pedro Antonio como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como recurrido el acusado mencionado, representando por la Sra. Carmona Alonso y estando la acusación particular recurrente representada por la Procuradora Sra. Ruiz de Luna González

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 Getafe instruyó Sumario con el número 2/2009 y una vez concluso fue elevado a la Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid que, con fecha 15 de noviembre de 2010, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: *"El procesado, Pedro Antonio , mayor de edad, y sin antecedentes penales, se encontraba en fecha 21 de junio de 2009 casado con Lorena . Como quiera que unos días antes, Lorena le había comunicado que se había enamorado de otra persona y que por ello pensaba romper la relación con él, el día indicado, sobre las 5:30 horas, cuando ambos se encontraban en la cama del dormitorio de la pareja, el procesado, armado con un cuchillo de quince centímetros de hoja, sujetó a Lorena por la cintura con una mano mientras con la otra intentaba cortarle en el cuello con ánimo de acabar con su vida. A raíz de ello, Lorena se despertó, comenzando a empujarle para tratar de quitárselo de encima. Cuando así lo logró, salió corriendo hacia el salón siendo perseguida por el procesado, el cual intentaba en todo momento clavarle el cuchillo en el cuello, parando ello los intentos con sus manos. En un momento dado, el mango del cuchillo se rompió, momento en el cual el procesado se dirigió a la cocina para coger otro cuchillo, tratando ella de coger un teléfono móvil para pedir ayuda. Con el nuevo cuchillo con hoja de sierra y trece centímetros de hoja, el procesado trató nuevamente de matar a su esposa, llegando a*

clavárselo en varias partes del cuerpo sin llegar a penetrar. A continuación, y fruto del forcejeo que mantenían, ambos cayeron al suelo, momento en el que el procesado trató de clavar el cuchillo a su esposa en la zona genital, siendo repelida tal acción por el hecho de que la perjudicada consiguió agarrar al procesado por sus testículos. Seguidamente logró la perjudicada zafarse del procesado y refugiarse con un teléfono móvil en el cuarto de baño, donde puso el cerrojo. El procesado se dirigió al baño llamando insistentemente a la puerta para que la perjudicada le abriera. Lorena, desde el interior del cuarto de baño llamó a su hermana María Luisa y al 112, recibiendo auxilio de la Policía a los pocos minutos.- Como consecuencia de las agresiones sufridas, la perjudicada tardó en sanar ciento cuarenta y tres días, de los cuales cuarenta y uno estuvo impedida para el desempeño de sus actividades habituales, precisando tratamiento médico, consistente en varios puntos de sutura e instalación de una férula.- A causa de las lesiones sufridas, han quedado las siguientes secuelas en el organismo de Lorena: Cicatriz de seis centímetros en el pómulo derecho, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de un centímetro y medio en la raíz de la raíz a nivel del borde derecho, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de tres centímetros y medio en región cervical anterior y tercio interior del lateral izquierdo del cuello, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de dos centímetros en región cervical anterior y tercio inferior del lateral izquierdo del cuello, levemente discrómica y no distrófica, inmediatamente subyacente a la anterior y perpendicular a ésta. Cicatriz de medio centímetro en la base del cuello a nivel de la línea media anterior. Cicatriz de un centímetro en la región infraclavicular derecha, a nivel de su tercio proximal, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de un centímetro en tercio superior de la región pectoral derecha, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de un centímetro en tercio medio de región paravertebral derecha, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de seis centímetros en región infraumbilical, línea media, muy levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de cuatro centímetros en región inguinal izquierda, muy levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de un centímetro en eminencia hipotecar de la mano derecha, muy levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de un centímetro en el pulpejo del cuarto dedo de la mano derecha, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de cuatro centímetros en cara interna del tercio inferior del brazo izquierdo, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de dos centímetros en cara antero-externa del tercio inferior del brazo izquierdo, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de cuatro centímetros en borde interno del tercio superior del antebrazo izquierdo, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de dos centímetros en cara anterior de región interfalángica distal de cuatro dedos de la mano izquierda, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de un centímetro en cara anterior de la segunda falange del cuarto dedo de la mano izquierda, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de dos centímetros en cara anterior de la falange media del tercer dedo de la mano izquierda, con sensación de acorchamiento en cara interna de la falange media y en toda la falange distal de dicho dedo. Cicatriz de un centímetro y medio en el tercio medial de la espina iliaca anterior de la pierna izquierda, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de un centímetro en tercio externo de la cresta iliaca anterior de la pierna izquierda, levemente discrómica y no distrófica. Cicatriz de dos centímetros en cara interna del tercio medio del muslo izquierdo levemente discrómica y no distrófica.- El procesado se encuentra en situación de prisión provisional comunicada y sin fianza por estos hechos desde el día 23 de junio de 2009".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "**FALLO:**Que debemos condenar y condenamos a Pedro Antonio como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa de los artículos 138 y 16 del Código Penal, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de cuatro años, once meses y veintidós días de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de prohibición de aproximarse a Lorena a menos de quinientos metros, cualquiera que sea el lugar en el que la misma se encuentre, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que la misma frecuente, así como de mantener contacto alguno con la misma del tipo o por el medio que sea, por tiempo de diez años, condenándole igualmente al pago en concepto de responsabilidad civil de la suma de 15.200 euros, suma que devengará los intereses previstos en el artículo 576 Lec; todo ello, con expresa imposición al condenado de las costas procesales causadas.- Firme que sea la presente sentencia, procédase al abono de la prisión provisional cumplida la fecha y del tiempo de detención policial.- Esta sentencia, no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en forma prevista por los artículos 854 y 855 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días

siguientes a su última notificación escrita.- Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales".

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

4.- El recurso interpuesto por la acusación particular se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**: **Primero.**- En el primer motivo del recurso, formalización al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. **Segundo.**- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida de los artículos 138 y 16 por falta de aplicación del artículo 139.1 , en relación a los artículos 16 y 62, todos del Código Penal. Tercero .- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida del artículo 62 del Código Penal. Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción de los artículos 66 y 72 del Código Penal .

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto por la acusación particular, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 31 de mayo de 2011.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN NOMBRE DE DOÑA Lorena

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se dice producido error al concretar la responsabilidad y la consecuente indemnización a la perjudicada afirmándose que ha sufrido, además de las lesiones, secuelas psicológicas que el Tribunal de instancia no ha tenido en consideración. Así se señalan los folios 227 a 236 de las actuaciones en los que consta el informe pericial psicológico elaborado por Psicólogos forenses del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, concretamente por D. Julio , en cuya conclusión se refiere que de los datos obtenidos en la presente evaluación se desprende la existencia en la explorada, Dª Lorena , de leve sintomatología clínica ansioso-depresiva de carácter reactivo a la respuesta familiar tras los hechos acontecidos y residual en relación a los hechos. Respecto a los hechos, no se aprecia la presencia de un trastorno de estrés postraumático, aunque sí existen referencias de miedos inespecíficos compatibles con los hechos. En todo caso, según la información manejada la explorada ha presentado una evolución favorable de sus síntomas, considerando estos técnicos que se ha producido una remisión parcial de los mismos.

Y concluye el motivo solicitando que se modifique el relato de hechos probados en el sentido de que existe un efectivo padecimiento de una sintomatología ansioso depresiva con carácter reactivo a los hechos encausados y que se acuerde indemnizar a la Sra. Lorena por dichas secuelas psicológicas.

Para que prospere el motivo formalizado se requiere que se señale un documento que obre en autos que demuestre la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, documento que deberá gozar de literosuficiencia y autonomía probatoria, es decir, que por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas.

Y en el supuesto que examinamos, el Tribunal de instancia además del dictamen pericial psicológico que obra a los folios 227 a

236 de las actuaciones, al que se refiere la recurrente en apoyo del motivo, ha podido valorar el dictamen emitido por los mismos peritos en el acto del plenario, momento en el que informaron que, examinada la víctima, encontraron una leve sintomatología ansioso-depresiva que era debida fundamentalmente a los acontecimientos que había vivido y también encontraron una re-experimentación, es decir, revivía ante determinados estímulos las escenas violentas vividas; también había evitación y es otra característica que explica sus sintomatología y consiste en evitar lugares, personas o circunstancias que le recuerden el acontecimiento traumático pasado. Siguen diciendo que los síntomas que presentaba eran compatibles con lo que decía haber ocurrido y añaden que los síntomas han ido remitiendo y que había un pronóstico favorable. No consideraron que existiera un trastorno de estrés postraumático y que en todo caso, los síntomas aunque fueron remitiendo sí habían existido en un primer momento.

Es decir, que refieren unos síntomas que existieron pero que han ido desapareciendo y ello justifica que el Tribunal de instancia no haga referencia en el relato fáctico de las secuelas que se invocan por la acusación y que se razone en el sexto de sus fundamentos jurídicos que no hay prueba de que la perjudicada tenga como secuela síndrome ansioso depresivo pues el informe psicológico llevado a cabo en la instrucción y ratificado en el plenario así lo pone de manifiesto y que no cabe establecer indemnización alguna en función del potencial desasosiego que la puesta en libertad del procesado le vaya a suponer.

Por todo lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida de los artículos 138 y 16 y por falta de aplicación del artículo 139.1 , en relación a los artículo 16 y 62, todos del Código Penal .

Se alega, en defensa del motivo, que concurren los presupuestos necesarios para la apreciación de la alevosía, tanto de la alevosía proditoria como de alevosía por desvalimiento por lo que los hechos deber ser calificados de asesinato.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 926/2008, de 30 de diciembre , que la jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de apreciar la circunstancia de alevosía cuando el ataque a la vida o integridad física del individuo se efectúa con aprovechamiento del desvalimiento o indefensión del ofendido, hallándose el mismo enfermo, durmiendo, embriagado, narcotizado o en situación semejante (Cfr. sentencias de 5 de marzo de 1.980 , 31 de mayo de 1.983 , 16 de mayo , 31 de octubre y 23 de diciembre de 1.985 , 13 de junio de 1.986 y 30 de septiembre de 1.987 , 24/10/90).

Y es asimismo doctrina de esta Sala que la esencia de la alevosía radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada (Cfr. Sentencia 713/2008, de 13 de noviembre) y que la consistente en el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento supone que la víctima está indefensa por su propia condición (niños, ciegos, ancianos, o personas inválidas) o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

El Tribunal de instancia rechaza la alevosía señalando que el acusado, al sujetar a la víctima con un brazo y una mano por la cintura, la despertó y pudo iniciar una acción de defensa a la agresión de su marido y ciertamente, por motivos que no responden a la lógica de una agresión que se pretende alevosa, el acusado provocó con su acción que la víctima se despertase y pudiese rechazar un ataque que hubiera podido acabar con su vida, como igualmente se defendió de reiteradas agresiones que perseguían ese mismo fin.

Por todo ello queda bien patente el ánimo homicida pero no puede apreciarse la agravante de alevosía que se postula por la acusación particular recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida del artículo 62 del Código Penal .

Se alega que dado el peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado se discrepa que el Tribunal de instancia hubiese apreciada que se trataba de una tentativa inacabada y que se rebajara la pena en dos grados.

Las razones que se esgrimen en defensa del motivo deben ser atendidas. Ciertamente no puede sostenerse una rebaja en dos grados con el argumento de que la tentativa de homicidio fue inacabada, ya que no se debe confundir tentativa inacabada con no alcanzar el fin perseguido, la distinción entre tentativa acabada, equivalente a la anterior frustración, y la tentativa inacabada responde a otros criterios.

El Código actual, ha prescindido de la tradicional distinción entre tentativa y frustración, englobando ambas figuras bajo la figura de la tentativa del artículo 16 del Código Penal que la define como dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. Paralelamente el artículo 62 del mismo texto legal al fijar su punición la señala en la inferior en uno o dos grados a la correspondiente al delito consumado "*...en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado...*".

La valoración para la determinación de la pena, a la que se refiere el artículo 62 del Código Penal, deberá realizarse "ex ante". Así se pronuncia nuestra jurisprudencia como es exponente la Sentencia 1060/2003, de 21 de julio, en la que se declara que el peligro inherente a la acción, o capacidad para producir el resultado entendida como aptitud para ocasionarlo valorada ex ante por un observador objetivo, es lo que debe ser considerado y no el estado de peligro real en que se sitúe al bien jurídico.

En los hechos que se declaran probados en la sentencia que ahora examinamos, se dice que el acusado, armado con un cuchillo de quince centímetros de hoja, sujetó a Lorena de la cintura con una mano mientras con la otra intentaba cortar en el cuello con ánimo de acabar con su vida y fue la reacción de la víctima, que empujó a su agresor, lo que lo evitó, y cuando salió corriendo el agresor la persiguió e intentaba en todo momento clavarle el cuchillo en el cuello.

Con ese relato puede afirmarse que el acusado realizó los actos necesarios para ocasionar el resultado mortal, el peligro para su vida fue extremo y la tentativa, en la distinción a que se ha hecho antes referencia, debe considerarse completa, en tanto que el autor hizo todo lo que objetivamente estaba de su mano para producir el resultado, no consiguiéndolo por causas ajenas a su designio criminal, por lo que atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado, acorde con el artículo 62 del Código Penal, procede estimar más adecuada la rebaja en un grado de la pena correspondiente, como se interesa por la acusación particular.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 66 y 72 del Código Penal.

Se remite al motivo anterior y se reitera que debió rebajarse la pena en un solo grado.

La estimación del motivo anterior deja sin contenido el presente motivo.

III. FALLO

DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACION por infracción de Ley interpuesto por la acusación particular en nombre de Dª Lorena, contra sentencia dictada por la Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 15 de noviembre de 2010, en causa seguida por delito de homicidio en grado de tentativa, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas. Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

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

En la Villa de Madrid, a tres de Junio de dos mil once.

SEGUNDA SENTENCIA

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Getafe (Violencia sobre la mujer) con el número 2/2009 y seguida ante la Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid por delito de homicidio en grado de tentativa y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Sección de la Audiencia Madrid, con fecha 15 de noviembre de 2010 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en 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. Carlos Granados Perez, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida a excepción del quinto, en lo que se refiere a la individualización de la pena, que se completa con el fundamento jurídico tercero de la sentencia de casación.

Al proceder la rebaja en un solo grado de la pena correspondiente al delito de homicidio en grado de tentativa y concurriendo la agravante de parentesco, se considera adecuada una pena privativa de libertad de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

III. FALLO

Manteniendo y ratificando los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada, se sustituye la pena privativa de libertad de cuatro años, once meses y veintidós días que le fue impuesta al acusado [D. Pedro Antonio](#) , como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa, por la de [SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION](#).

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

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