



Roj: **STS 4134/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4134**

Id Cendoj: **28079120012022100876**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/11/2022**

Nº de Recurso: **10262/2022**

Nº de Resolución: **887/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 8060/2021,**  
**STS 4134/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 887/2022**

Fecha de sentencia: 10/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10262/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10262/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 887/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura





D. Javier Hernández García

En Madrid, a 10 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Florencio**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 20 de diciembre de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por el citado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña, de fecha 29 de abril de 2021 que le condenó por delito de tentativa de asesinato, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. María Sonia Posac Ribera y bajo la dirección Letrada de Dña. Ana María Soteras Escartín, y las recurridas Acusación Particular Dña. Pura representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección Letrada de D. Pedro González Boquete, y la Acusación Popular UNIONS AGRARIAS-UPA, representada por la Procuradora Dña. Silvia Vázquez Senín y bajo la dirección Letrada de D. Félix Parto Serrantes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 1 de Corcubión instruyó sumario con el nº 143/19 contra Florencio, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Primera, que con fecha 29 de abril de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Como tales expresamente se declaran: El acusado Florencio mantuvo una relación análoga de pareja con Pura (sin convivencia) desde febrero de 2017 hasta febrero de 2019, fecha en que cesó la misma, a pesar de que el acusado insistía en continuar la relación, a lo cual no accedía desde tal fecha Pura. Sobre las 9,10 horas del día 15/05/2019 el acusado, con intención de atentar contra la vida de Pura, penetró en las dependencias de oficinas de "Unións Agrarias" sitas en el nº 6-8 de la C/Álvaro Cunqueiro del término municipal y partido judicial de A Coruña, en las que Pura se hallaba trabajando. El acusado llevaba para tal fin en su poder un cuchillo de cocina de 8,5 centímetros de hoja oculto entre sus ropas. Así mismo el acusado lo hacía a tales horas por conocer que en tal momento las oficinas se hallarían con toda probabilidad sin afluencia de gente, sabiendo que con ello a Pura le sería más difícil pedir ayuda de terceros, al ser además la única empleada presente. El acusado igualmente portaba una maleta propiedad de Pura, que él mismo se había comprometido a devolver el día anterior, evitando ello que Pura pudiera desconfiar de la presencia del acusado en las oficinas, sorprendiéndola así con la acción que pretendía realizar. Una vez dentro, halló a Pura en su interior, momento en que, de forma sorpresiva, la empujó con la maleta que portaba para acto seguido agarrarla por el cuello y cabellos, consiguiendo así arrojarla al suelo y colocarse a horcajadas encima de la misma. Sin solución de continuidad comenzó a lanzar diversas cuchilladas al cuello de Pura, alcanzándola en la zona cervical, concretamente en la zona de la vena yugular interna y externa izquierda, logrando en alguna ocasión Pura parar alguna de las cuchilladas con sus manos. El acusado fue sorprendido en su acción por una mujer que penetró en la oficina de Unions Agrarias, y ante lo inesperado de su presencia, reaccionó levantándose momentáneamente diciéndole que se marchara; lo que permitió a Pura pedirle a esa mujer que llamase a la Guardia Civil, zafarse del acusado y escabullirse hasta el exterior. La mujer que había presenciado la escena salió inmediatamente de las oficinas pidiendo auxilio a diversas personas que se hallaban en las inmediaciones, las cuales reclamaron la presencia de la Guardia Civil. Florencio al alterarse lo planeado por el mismo abandonó el lugar. Agentes de la Guardia Civil se presentaron en el lugar de los hechos en escasos segundos -dada la proximidad del Cuartel al lugar de los hechos- taponando las heridas que Pura tenía en el cuello y reclamando la presencia urgente de los servicios sanitarios, los cuales evacuaron rápidamente a Pura en helicóptero a un centro sanitario de Santiago de Compostela y fue solo debido a esta rápida intervención de los agentes de la Guardia Civil y de los servicios sanitarios por lo que Pura consiguió salvar la vida, habiendo fallecido si la intervención se hubiera dilatado escasos minutos, dada la naturaleza y gravedad de las heridas causadas por el acusado. El acusado realizó la acción al no tolerar que Pura hubiera puesto fin a su común relación de pareja en el libre ejercicio de su libertad como mujer. A consecuencia de la acción Pura, nacida el NUM000 -1.970, sufrió heridas con lesión de vena yugular externa izquierda (pequeña laceración) y vena yugular interna izquierda (sección de aproximadamente el 50%), heridas incisas en manos y compresión plexo braquial. Dichas heridas precisaron, además de una primera asistencia médica en centro médico dependiente del SERVICIO MEDICO DE SAUDE (SERGAS), de reparación quirúrgica de vena yugular interna izquierda, reparación de heridas cervicales, sutura de heridas, curas locales, ansiolíticos, analgésicos, antifúngico, ejercicios respiratorios y de movilización activa. De dichas heridas tardaron en curar 75 días, estando todos ellos impedida para sus ocupaciones habituales. Restaron como secuelas atrofia neurógena que afecta a C7; cuatro cicatrices en región cervical izquierda de unos 14, 1, 1 y 1 cm respectivamente;





cicatriz en región cervical derecha de aproximadamente un centímetro; cicatriz en mano izquierda de unos 1.5 centímetros. El acusado fue detenido en fecha 16 de mayo de 2019, acordándose la libertad provisional en tal fecha al hallarse ingresado en centro hospitalario. Mediante Auto de 21 de mayo de 2019 se acordó la prisión provisional del acusado, así como cautelarmente la prohibición de comunicación por cualquier medio con Pura . Agentes de Guardia Civil ocuparon el cuchillo empleado por el acusado. El SERGAS reclama por los gastos médicos generados en la atención prestada a Pura ".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos condenar y condenamos a Florencio como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa con la circunstancia agravante de discriminación por razón de Genero a la pena de 13 años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena con la prohibición de comunicarse por cualquier medio con Pura y de aproximarse a su persona, domicilio y lugar de trabajo en distancia no inferior a 300 metros medidos en línea recta)por un periodo de 15 años, que incluirá la prohibición de residir en el mismo término municipal; asimismo le imponemos la medida de libertad vigilada durante 7 años que se ejecutará con posterioridad a la pena de prisión impuesta, cuya concreción se realizara conforme al párrafo 2º punto 2º del art. 106 del Código Penal y le condenamos a indemnizar a Pura en la cantidad de 30.500 euros por las lesiones y secuelas que le restan y por el daño moral infligido y al Sergas en el importe de los gastos generados en la atención dispensada a Pura a determinar e n fase de ejecución de Sentencia, siendo de aplicación a dichas cuantías lo dispuesto en el art 1.108 del Código Civil y art 576 LEC, con imposición de las costas procesales causadas, excluyendo las de la acusación particular y la acusación popular. Para el cumplimiento de las penas de prisión impuestas se abonará el tiempo de privación provisional de libertad que el acusado ha sufrido por esta causa. Se decreta el comiso y destrucción del cuchillo intervenido. Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma, se podrá interponer recurso de apelación del que conocerá la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y que deberá ser presentado ante esta Audiencia en el plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación".

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de Florencio ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que con fecha 20 de diciembre de 2021 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Florencio contra la sentencia de la sección primera de la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 28 de abril de 2021, en el rollo 49/2019. Con imposición de las costas procesales al apelante. Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma, incluida la del acusado en su persona".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Florencio** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Florencio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al concurrir error en la apreciación de la prueba.

Segundo.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 22.4 del Código Penal.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular Pura , que impugnó el recurso.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 10 de noviembre de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Florencio , contra la sentencia 100/2021, de 20 de diciembre de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el rollo de apelación núm. 70/2021, que desestima el recurso de apelación interpu-





contra la sentencia de 29 de abril de 2021, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, que condena al recurrente por un delito de asesinato en grado de tentativa.

**SEGUNDO.-** 1.- Por infracción de ley en su faceta de error de hecho en la apreciación de la prueba del art. 849.2 LECrim.

Expone el recurrente en un recurso basado en infracción de ley, pero por la vía del art. 849.2 LECRIM que:

"Señala la sentencia objeto de recurso, que los hechos son constitutivos de un delito de asesinato en grado de tentativa. No obstante del relato de hechos probados puede inferirse la no intencionalidad por parte del acusado de matar a su ex pareja, sino tras una discusión sorpresiva, atacarla con un cuchillo pero sin intención en ningún momento de acabar con su vida. Ello se infiere del desistimiento por parte del mismo de continuar acuchillando a su ex pareja en el instante en el que una persona entra en el lugar de trabajo y al observar la escena procede a pedir auxilio y llamar en ese mismo instante a la Guardia Civil. El acusado podría haber continuado con su acción si hubiera tenido verdadera intención de acabar con la vida de su ex pareja, puesto que ya había sido reconocido por la persona que había entrado en el lugar donde se encontraba, y, en lugar de ello, huyo sin más, del lugar. Ello acredita que los hechos podrían ser constitutivos de un delito de lesiones con instrumento peligroso, por aplicación del art. 16.2 del CP."

Hay que hacer constar que, dado el enfoque con el que se expone el motivo debe llevar a la directa desestimación, habida cuenta que el motivo planteado exige la cita de los documentos literosuficientes en que se basa el motivo, y en este caso no se hace cita de ningún documento, sino de un alegato centra en la prueba practicada y valorada, lo cual supone un planteamiento incorrecto del motivo.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega ( art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo ( Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

En el presente caso el recurrente expone el motivo por vía del art. 849.2 LECRIM, no alega documento alguno y, en cualquier caso, no cabe el desistimiento que sostiene. Por ello, pese a la inviabilidad formal del motivo expuesto por incorrección en el planteamiento y la vía utilizada como motivo al no citar documento alguno hay que recordar que los hechos probados señalan que:

"Sobre las 9,10 horas del día 15/05/2019 el acusado, con intención de atentar contra la vida de Pura , penetró en las dependencias de oficinas de "Unións Agrarias" sitas en el nº 6-8 de la C/Álvaro Cunqueiro del término municipal y partido judicial de A Coruña, en las que Pura se hallaba trabajando. El acusado llevaba para tal fin en su poder un cuchillo de cocina de 8,5 centímetros de hoja oculto entre sus ropas. Así mismo el acusado lo hacía a tales horas por conocer que en tal momento las oficinas se hallarían con toda probabilidad sin afluencia de gente, sabiendo que con ello a Pura le sería más difícil pedir ayuda de terceros, al ser además la única empleada presente. El acusado igualmente portaba una maleta propiedad de Pura , que él mismo se había comprometido a devolver el día anterior, evitando ello que Pura pudiera desconfiar de la presencia del acusado en las oficinas, sorprendiéndola así con la acción que pretendía realizar. Una vez dentro, halló a Pura





en su interior, momento en que, de forma sorpresiva, la empujó con la maleta que portaba para acto seguido agarrarla por el cuello y cabellos, consiguiendo así arrojarla al suelo y colocarse a horcajadas encima de la misma. Sin solución de continuidad comenzó a lanzar diversas cuchilladas al cuello de Pura , alcanzándola en la zona cervical, concretamente en la zona de la vena yugular interna y externa izquierda, logrando en alguna ocasión Pura parar alguna de las cuchilladas con sus manos.

El acusado fue sorprendido en su acción por una mujer que penetró en la oficina de Unions Agrarias, y ante lo inesperado de su presencia, reaccionó levantándose momentáneamente diciéndole que se marchara; lo que permitió a Pura pedirle a esa mujer que llamase a la Guardia Civil, zafarse del acusado y escabullirse hasta el exterior. La mujer que había presenciado la escena salió inmediatamente de las oficinas pidiendo auxilio a diversas personas que se hallaban en las inmediaciones, las cuales reclamaron la presencia de la Guardia Civil. Florencio al alterarse lo planeado por el mismo abandono el lugar."

Con ello, tenemos que:

- 1.- La intención del acusado era matar a su víctima.
- 2.- Lo hizo de manera que se aseguraba el crimen y que ella se encontrara indefensa.
- 3.- Utilizó un instrumento como el cuchillo con capacidad de causar la muerte a la víctima y asegurarse de ello.
- 4.- Le lanzó diversas cuchilladas al cuello de Pura , alcanzándola en la zona cervical, concretamente en la zona de la vena yugular interna y externa izquierda, logrando en alguna ocasión Pura parar alguna de las cuchilladas con sus manos.
- 5.- Solo fue la presencia en ese momento de una mujer que entraba en el lugar donde estaba acuchillándole lo que evitó que siguiera haciéndolo; es decir, no fue por su propia voluntad por lo que dejó de hacerlo sino porque le sorprenden.
- 6.- El recurrente abandona el lugar al ser consciente de que estaban llamando a la guardia civil, pero sin hacer nada para aminorar las consecuencias de su acto, ni desistir de él por su voluntad, sino que lo hace por la intervención de terceros.

Así, en este caso no se produce un desistimiento eficaz, por cuanto el recurrente deja a la víctima con el resultado del grave ataque propinado por él mismo, y sin adoptar ningún mecanismo de ayuda que tienda a minimizar o reparar los efectos de su ataque interrumpido por la acción de la testigo. El autor no reclama que los terceros ayuden a la víctima, sino que después de su brutal ataque se marcha del lugar dejando herida a la víctima. El recurrente no sale a la calle a reclamar ayuda o llamar a una ambulancia, sino que, simplemente, huye de allí.

Sobre el "desistimiento eficaz" hemos reseñado en la sentencia del Tribunal Supremo 637/2019 de 19 Dic. 2019, Rec. 1877/2018 que:

"Esta Sala ha tratado sobre el desistimiento en varias resoluciones. Así, podemos recordar que en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 671/2017 de 11 Oct. 2017, Rec. 10297/2017 apuntamos que:

*"Esta Sala Casacional, en Acuerdo Plenario de 15 de febrero de 2002, ha analizado, en referencia al artículo 16.2 del Código Penal, lo que se ha venido a considerar una especie de excusa absoluta, diseñada por el legislador, como todas las de su clase, por razones de política criminal.*

*Subraya al efecto la exigencia de la "voluntariedad", que define su esencia dogmática, y a continuación, la "eficacia" de la conducta que detiene el "iter criminis", requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito, o bien que desencadene la actuación de terceros, si éstos son finalmente los que lo consiguen ( Sentencia de esta Sala nº 28/2009 de 23 de Enero ).*

*Aquel acuerdo había sido recogido en la Sentencia de este Tribunal nº 446/2002 de 1 de marzo , que estimó el desistimiento pese a que el acusado en el curso de una discusión con su mujer, sacó del bolsillo una navaja de 12 centímetros y se la clavó en el cuello y que "a continuación, ante los gritos y sangre que manaba de la herida salieron ambos de la casa pidiendo auxilio a los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la Guardia Civil".*

*Se consideró que no obstante estimar que la herida, dado el instrumento y la parte afectada era suficiente y apta para provocar la muerte, extremo en el que no hubo discusión, dada la conducta inmediatamente posterior del procesado, saliendo a la calle y reclamando auxilio, patentiza que su dolo inicial, claramente homicida, se cambió cuando apareció como inminente la muerte, desapareciendo aquella intención homicida y reclamando un auxilio que fue eficaz. Se calificó el comportamiento del acusado de desistimiento activo y se penó por delito de lesiones.*



En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 124/2018 de 15 Mar. 2018, Rec. 10573/2017 se hace constar que:

*"El fundamento segundo de la STS 671/2017, de 1 de octubre , desarrolla in extenso la justificación del nuevo criterio doctrinal:*

*"El Código Penal, en su artículo 16 , en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por:*

- a) realización de "hechos exteriores", es decir no meramente internos;*
- b) que implican comienzo de "directa" ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege;*
- c) que "objetivamente" esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y*
- d) que ese resultado no se produzca".*

*"Subjetivamente se requiere una resolución en el autor referida a la consumación del delito, sin la cual no concurriría el tipo del injusto de la tentativa".*

*"Ahora bien, a esos elementos ha de unirse un último requisito negativo: que el autor no haya evitado la consumación, porque en tal caso la responsabilidad penal, por la tentativa del hecho tipificado cuya ejecución dio comienzo, no sería exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal ".*

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 77/2017 de 9 Feb. 2017, Rec. 1816/2016 se añade que:

*"Mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concederse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria. Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo, que juega de forma distinta de la tentativa acabada, antigua frustración, aunque guarden entre sí elementos comunes. El culpable tiene intención de evitar el resultado lesivo y practica una conducta activa y eficaz para evitar ese resultado."*

Pero en este caso no concurre una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria, sino que se marcha del lugar, huyendo porque sabía que le habían sorprendido perpetrando el crimen, y que la policía iba a llegar en breve. Lo que hace es, en consecuencia, "huir", pero no "desistir" que no es lo mismo, ni mucho menos.

Por ello, no deben confundirse los escenarios de la "huida" con las alegaciones del desistimiento del art. 16.2 CP, porque huir del lugar cuando una persona es sorprendido encaja en la tentativa después de haber perpetrado los actos dirigidos a acabar con la vida de la víctima.

Destaca también en este debate la mejor doctrina que el desistimiento puede ser:

- 1.- Desistimiento pasivo del autor (desistimiento propiamente dicho).
- 2.- Desistimiento activo del autor (arrepentimiento activo).
- 3.- Desistimiento activo de los partícipes.

El desistimiento activo del autor, para que produzca efectos extintivos de la responsabilidad criminal, es necesario que tenga lugar durante el desarrollo del iter criminis, y en todo caso, antes de la consumación. De lo contrario, el arrepentimiento, una vez consumado el delito, sólo dará lugar a la aplicación de las atenuantes del art. 21.4.º y 5.º del CP. Y es que, en efecto, el desistimiento exige el "detenimiento" del sujeto activo del delito en la consumación final del mismo y su interrupción "voluntaria", porque, técnicamente, no puede construirse el desistimiento con el delito consumado, ya que en su caso podría dar lugar a atenuantes de confesión o de reparación del daño causado, pero nunca la vía del art. 16.2 CP.

Criterios en orden a apreciar el desistimiento del art. 16.2 CP.

Con ello, vemos que los presupuestos que se exigen para la viabilidad exculpativa del desistimiento son:

- 1.- Requisitos del acto de desistimiento:



a.- "voluntariedad", que define su esencia dogmática. La voluntariedad del desistimiento, apunta la doctrina, representa la nota esencial del mismo, de tal manera que sólo cuando pueda afirmarse que el desistimiento ha sido voluntario la conducta típica, antijurídica y culpable del autor del delito intentado quedará impune. Incluso se añade que para que el desistimiento merezca ese perdón es necesario que no esté coaccionado, tratándose, además, de un desistimiento meritorio, lo cual sólo ocurrirá cuando sus motivos merezcan el reconocimiento del ordenamiento jurídico.

¿Cuándo será involuntario e impedirá su eficacia?

a.- Circunstancias sobrevenidas:

El desistimiento será involuntario destaca la mejor doctrina, cuando la renuncia a proseguir la ejecución responda a circunstancias sobrevenidas que impidan la continuación del plan trazado por el autor; cuando se haya producido un relevante incremento de las dificultades; y cuando los motivos del desistimiento ejercieron tal influencia en el proceso de formación de la voluntad que no permitieron otra elección.

b.- Imposibilidad de continuar la ejecución.

No son encuadrables dentro de la órbita del desistimiento todos aquellos supuestos en los que se desiste de la acción por la imposibilidad de continuar con aquélla, ya sea ésta real o no cierta (por ejemplo: todos los casos en los que no es posible la apertura de puertas, cerraduras o candados, por no ser bastantes los instrumentos utilizados para ello, o porque su utilización incrementaría el tiempo del hecho, y consiguientemente el riesgo), es decir, supuestos en los que concurre una imposibilidad física y material de continuar con la acción, ya sea ésta real, o como si era percibida por los sujetos como tal, aunque fuere incierta. En estos supuestos, el desistimiento no sería voluntario.

c.- El autor cree erróneamente que el objetivo delictivo se consiguió y cesa de continuar.

Tampoco tienen acogida, bajo la órbita del desistimiento, los supuestos en los que el agresor deja de golpear a la víctima en la creencia de que ya ha conseguido su propósito: tal situación nos llevaría al campo del error, y en consecuencia de la tentativa inacabada (36), pero en ningún caso estaríamos ante un desistimiento voluntario.

2.- La "eficacia" de la conducta que detiene el "iter criminis". No es válido cualquier desistimiento, sino solo el que es eficaz para detener la conducta delictiva.

3.- Requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito.

Y, con ello, dos notas:

a) la voluntad del autor y

b) la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente.

El Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por:

a) realización de "hechos exteriores", es decir no meramente internos;

b) que implican comienzo de "directa" ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege;

c) que "objetivamente" esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y

d) que ese resultado no se produzca".

4.- Se trata de un arrepentimiento "activo", o acciones positivas tendentes a neutralizar los actos ejecutivos ya totalmente realizados, impidiendo con ello la producción del resultado, y la suficiencia de los meros actos omisivos, de interrupción de la ejecución del ilícito, para permitir la aplicación del repetido artículo 16.2 del Código Penal.

5.- No parece adecuado el tener que remontarnos a la calificación como "acabada" o "inacabada" de la tentativa homicida que aquí se enjuicia y, partiendo de ella, determinar el grado de exigencia aplicable al autor para poder afirmar la presencia del "desistimiento" del artículo 16.2.

6.- Si la causa directa de la no producción del resultado mortal no fue otra que la voluntaria interrupción por el agresor de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de su víctima ha de considerarse concurrente el desistimiento, aunque omisivo, que exime de la responsabilidad por homicidio, aunque proceda la condena por las eventuales lesiones producidas.





7.- No puede utilizarse la tesis de la "tentativa acabada" para describir si puede haber, o no, desistimiento eficaz.

8.- Debe acudirse como criterio evaluable a la indudable voluntariedad del comportamiento omisivo unida a la evidente efectividad del mismo en orden a la evitación del resultado consumativo de la infracción, para afirmar con la necesaria solvencia la justificación y procedencia, en este caso, de la exención de responsabilidad penal por el delito intentado de homicidio.

9.- En el artículo 16.2 se describe la figura del desistimiento con gran amplitud y con vigencia para los dos tipos de tentativa, acabada o inacabada.

Cuando el texto penal no distingue para aplicar el desistimiento no debemos distinguir.

10.- Mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concederse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria.

11.- Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo.

12.- Teoría de la política criminal o del premio. La ley ha querido crear un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el autor desista de su hecho, lo que constituye un claro objetivo de la política criminal.

13.- El desistimiento necesariamente ha de ser definitivo y no equivaler a un simple aplazamiento o suspensión del iter criminis, para su reanudación posterior cuando se den circunstancias más propicias.

14.- Se exige espontaneidad o "propio impulso", o que responda a una voluntad movida de forma autónoma.

15.- Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002:

"La interpretación del art. 16.2.º CP que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el iter criminis, pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen".

Este tema, en cualquier caso, ya fue analizado por el TSJ, ya que apunta que "nada hay que indique que es el apelante quien desiste bajo su propia voluntad de la acción. Al contrario, la huida, que no desistimiento, tiene que ver con la aparición de un tercero, sin que pueda aceptarse, por inverosímil, la tesis de que es esta aparición la que hace recapacitar al autor de los hechos sobre las consecuencias de la acción, significando que en absoluto pretendió reparar el daño causado, sino que se dio a la fuga."

Y añade que:

"No hay suspensión voluntaria de la acción, de lo que, en el presente caso, ni los hechos probados de la sentencia apelada, ni de lo acreditado en autos ni en el plenario, se extrae el menor indicio favorable a las tesis del recurso, siendo evidente que lo que se produjo en realidad es la huida del agresor, y no una suerte de recapacitación a propósito de la aparición de una tercera persona. Huida que toma como referente temporal el verse descubierto en la acción y la petición de auxilio de la víctima, para provocar su posterior evasión del lugar de los hechos. En definitiva, que no es el apelante quien decide suspender el curso de la agresión, ni tampoco lo hace cuando se presenta otra persona en el lugar de los hechos. La acción no se paraliza por un proceso reflexivo, sino por una interferencia de la acción que parte de la presencia de una tercera persona y de la propia víctima al solicitar ayuda".

En consecuencia, el recurrente no suspendió la perpetración del crimen, sino que fue sorprendido en plena ejecución, con un cuchillo con capacidad de matar a la víctima que estaba indefensa.

El hecho probado refiere que el recurrente "comenzó a lanzar diversas cuchilladas al cuello de Pura , alcanzándola en la zona cervical, concretamente en la zona de la vena yugular interna y externa izquierda, logrando en alguna ocasión Pura parar alguna de las cuchilladas con sus manos."

Y luego que se limita a huir por la aparición de una persona que se da cuenta de lo que está ocurriendo. No hay desistimiento, sino tentativa de asesinato. No desiste, sino que huye cuando es sorprendido.





Con respecto a la alegación de la alevosía que cuestiona estamos en el mismo escenario de incorrección procesal en la formulación del motivo, ya que no puede el recurrente ampararse en el motivo expuesto del art. 849.2 LECRIM para plantear que no concurre la alevosía, sino que ello se lleva a cabo por la vía de la infracción de ley, pero por el art. 849.1 LECRIM.

Los preceptos de la LECRIM que sustentan y amparan cada motivo no permiten que se escoja uno de ellos para sostener los alegatos que se pretendan por la parte recurrente, sino que cada alegato y su contenido tiene un "traje" en el que se debe integrar, de tal manera que cada motivo permite su desarrollo con arreglo a la naturaleza y estructura propia de cada motivo, que es por lo que el legislador le ha dado a cada uno su carta de naturaleza y lo "viste" para que tenga encaje en cada motivo lo que el recurrente pretende plantear. Y esto no ocurre en modo alguno en este caso planteando el desistimiento y la alevosía ex art. 849.2 LECRIM.

En cualquier caso, aunque se plantee que no concurre la alevosía lo cierto y verdad es que se deben respetar los hechos probados, y en ellos se refleja que:

*"Sobre las 9,10 horas del día 15/05/2019 el acusado, con intención de atentar contra la vida de Pura , penetró en las dependencias de oficinas de "Unións Agrarias" sitas en el n° 6-8 de la C/Álvaro Cunqueiro del término municipal y partido judicial de A Coruña, en las que Pura se hallaba trabajando. El acusado llevaba para tal fin en su poder un cuchillo de cocina de 8,5 centímetros de hoja oculto entre sus ropas. Así mismo el acusado lo hacía a tales horas por conocer que en tal momento las oficinas se hallarían con toda probabilidad sin afluencia de gente, sabiendo que con ello a Pura le sería más difícil pedir ayuda de terceros, al ser además la única empleada presente. El acusado igualmente portaba una maleta propiedad de Pura , que él mismo se había comprometido a devolver el día anterior, evitando ello que Pura pudiera desconfiar de la presencia del acusado en las oficinas, sorprendiéndola así con la acción que pretendía realizar. Una vez dentro, halló a Pura en su interior, momento en que, de forma sorpresiva, la empujó con la maleta que portaba para acto seguido agarrarla por el cuello y cabellos, consiguiendo así arrojarla al suelo y colocarse a horcajadas encima de la misma. Sin solución de continuidad comenzó a lanzar diversas cuchilladas al cuello de Pura , alcanzándola en la zona cervical, concretamente en la zona de la vena yugular interna y externa izquierda, logrando en alguna ocasión Pura parar alguna de las cuchilladas con sus manos.*

*El acusado fue sorprendido en su acción por una mujer que penetró en la oficina de Unions Agrarias, y ante lo inesperado de su presencia, reaccionó levantándose momentáneamente diciéndole que se marchara; lo que permitió a Pura pedirle a esa mujer que llamase a la Guardia Civil, zafarse del acusado y escabullirse hasta el exterior. La mujer que había presenciado la escena salió inmediatamente de las oficinas pidiendo auxilio a diversas personas que se hallaban en las inmediaciones, las cuales reclamaron la presencia de la Guardia Civil. Florencio al alterarse lo planeado por el mismo abandono el lugar. Agentes de la Guardia Civil se presentaron en el lugar de los hechos en escasos segundos-dada la proximidad del Cuartel al lugar de los hechos-taponando las heridas que Pura tenía en el cuello y reclamando la presencia urgente de los servicios sanitarios, los cuales evacuaron rápidamente a Pura en helicóptero a un centro sanitario de Santiago de Compostela y fue solo debido a esta rápida intervención de los agentes de la Guardia Civil y de los servicios sanitarios por lo que Pura consiguió salvar la vida, habiendo fallecido si la intervención se hubiera dilatado escasos minutos, dada la naturaleza y gravedad de las heridas causadas por el acusado.*

Con ello tenemos que:

- 1.- El recurrente elige el momento concreto elegido para que la víctima no pueda defenderse.
- 2.- Dispone y ejecuta el acto sabiendo que con ello a Pura le sería más difícil pedir ayuda de terceros, al ser además la única empleada presente.
- 3.- La sorprende así con la acción que pretendía realizar.
- 4.- Actuó de forma sorpresiva, la empujó con la maleta que portaba para acto seguido agarrarla por el cuello y cabellos, consiguiendo así arrojarla al suelo y colocarse a horcajadas encima de la misma. Sin solución de continuidad comenzó a lanzar diversas cuchilladas al cuello de Pura , alcanzándola en la zona cervical, concretamente en la zona de la vena yugular interna y externa izquierda, logrando en alguna ocasión Pura parar alguna de las cuchilladas con sus manos.
- 5.- Es decir, la víctima no pudo defenderse en modo alguno.
- 6.- Solo fue la presencia de una mujer en el lugar quien apareció lo que evitó el crimen. En caso contrario hubiera fallecido a resultas del aseguramiento de la forma ejecutiva del crimen.

El TSJ desestimó ya el alegato de que no concurre la alevosía señalando que:



*"En el presente caso la sala de instancia razona adecuadamente la concurrencia de alevosía en los hechos, comenzando por significar la hora de la agresión, en un momento en el que constaba al apelante que la víctima estaría sola, presentándose con una maleta que, inevitablemente le hace generar la confianza de que la visita no tiene por fin agresión alguna y, súbitamente, en tal actitud de portar la maleta, se abalanza sobre la víctima, la derriba y la sitúa en una dependencia diferente, colocándose a horcajadas sobre ella e iniciando un ataque dirigiendo cuchilladas a su cuello, que inevitablemente iba a ser mortal, luego frustrado por la presencia de un testigo, en circunstancias a las que ya nos hemos referido. Por lo tanto, la tesis del recurso de que no hay acción inesperada, sino rapidez en la ejecución, sin que haya intención de asegurar el resultado, no puede ser aceptada. Al contrario, con la sentencia apelada entendemos que el modus operandi seguido pretendía, justamente, asegurar un resultado de muerte mediante la presencia en horas tempranas en una oficina, abalanzándose de improviso sobre la víctima e iniciando la acción de acuchillarla."*

Existe argumentación suficiente y válida del TSJ a la hora de estimar la concurrencia de la alevosía y validar el pronunciamiento del tribunal en este aspecto.

En consecuencia, podemos fijar los parámetros que deben observarse en la apreciación de esta agravante que cualifica la causación de la muerte o su tentativa en asesinato, a saber:

1.- La alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

2.- Los tipos de alevosía son:

Alevosía proditoria, alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", alevosía de desvalimiento y alevosía convivencial.

3.- Debe valorarse.

a.- El punto de vista objetivo (Mayor antijuridicidad) en la conducta del autor por medio de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución, en cuanto tiende a la eliminación de la defensa.

b.- El punto de vista subjetivo, (Mayor culpabilidad) en cuanto el dolo del autor en su mecánica comisiva se proyecta no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél.

4.- La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

5.- La alevosía -la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones.

6.- Suele afirmarse que actúa con alevosía en quien "obra a traición y sobre seguro". Se enfatiza, así, el ánimo tendencial del sujeto, cuya acción homicida está filtrada por ese propósito más reprochable de obrar sobre seguro.

7.- Se trata de una inferencia del elemento intelectual que se puede deducir de las circunstancias concurrentes en la comisión que permite al juez o Tribunal la inferencia de ese dolo específico de cometer el delito con una intención dirigida a evitar o reducir las posibilidades de defensa, lo que se deduce por inferencia.

8.- En este tipo de casos puede apreciarse, por ejemplo, la intención del autor de evitar la huida de la víctima, asegurando la ejecución, como podría darse en un disparo por la espalda huyendo la víctima.

9.- La alevosía no requiere que la eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados y la tendencia a conseguir tal eliminación, lo que a su juicio supone que la alevosía no se excluye en los casos de intento de defensa cuando es funcionalmente imposible y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.

10.- La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación, pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

No desnaturalizaría la concurrencia de la alevosía el hecho de que la víctima se hubiera defendido de alguna manera, lo que no podría ser utilizado para evitar su apreciación si la agresividad desplegada, o el aseguramiento en la acción fueran circunstancias concurrentes. Por ello, aunque sea una circunstancia





agravante calificada por la existencia de un aseguramiento del delito y una anulación de la defensa, operará también cuando concurra una "reducción de la defensa", por lo que aunque la víctima se hubiera defendido de alguna manera, ello no obstaculizará matemáticamente la construcción de la alevosía; es decir, no se trata de que se exija una absoluta anulación de la defensa, sino que, objetivamente, pueda apreciarse que las posibilidades de defensa se anulan o dificultan, por lo que habrá que apreciarlo caso por caso.

11.- En la alevosía sorpresiva el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime es la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

12.- La alevosía por desvalimiento consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa.

13.- En la proditoria o la traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza o de una situación confiada en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación o la situación de confianza existente, una agresión como la efectuada.

14.- Se 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.

En este caso ha habido una evidente indefensión en la víctima, como se desprende de los hechos probados lo que le permitía al recurrente asegurar el crimen, solo interrumpido por la eficaz intervención de tercero.

El recurrente se presenta en el lugar donde sabía que estaba la víctima. Fue con la intención de matarle y con instrumento hábil para ello y para evitar cualquier defensa de la víctima. Sabía que estaría sola, presentándose con una maleta que, inevitablemente le hace generar la confianza de que la visita no tiene por fin agresión alguna y, súbitamente, en tal actitud de portar la maleta, se abalanza sobre la víctima, la derriba y la sitúa en una dependencia diferente, colocándose a horcajadas sobre ella e iniciando un ataque dirigiendo cuchilladas a su cuello, que inevitablemente iba a ser mortal, luego frustrado por la presencia de un testigo. Resulta evidente la concurrencia de la alevosía.

La circunstancia de que se alegue por el recurrente de que la víctima había sufrido actos de acoso previos no puede impedir la concurrencia de la alevosía. Ello, por sí mismo, permitiría que un acosador previo a su víctima pudiera matarla cuando quisiera sin concurrir nunca un asesinato por la alevosía sosteniendo una especie de que el acoso supone un "aviso de que lleve cuidado", lo que no es posible admitir. Es insostenible esa pretensión excluyente de la alevosía.

La existencia de actos de acoso previo de una persona a su posible víctima no desnaturaliza un asesinato cuando éste se perpetra. Es decir, un actos o varios de acoso a la víctima no supone un "cheque en blanco" para excluir la alevosía cuando se perpetra el crimen, como si se tratara de una especie de "aviso" del acosador a su víctima de que esté preparada por cuanto en cualquier momento puede acercarse a acabar con su vida, con una pretensión excluyente de la alevosía por la supresión del carácter sorpresivo del ataque con el que se causa la muerte, o queda ésta en grado de tentativa.

El asesinato por concurrir alevosía puede existir aun en el caso de actos de acoso previo, porque la alevosía concurre al momento de cometerse el delito no en periodos o instantes previos. Y el acoso no puede anular el carácter sorpresivo de la alevosía como una especie de exigencia a la víctima de que esté en alerta porque sospeche que el autor del acoso la puede matar.

Además, el recurrente considera que *"no queda acreditada la intencionalidad por parte del acusado de causar la muerte de su ex pareja, sino de lesionar a la misma sin intención de matarla"*, lo que no es posible admitir, habida cuenta que de los hechos probados resulta evidente el elemento intencional del dolo de matar, y no de lesionar.

Suele ser habitual en los supuestos de tentativa alegar que la intención no era de matar, sino la de lesionar, pero es la inferencia a la que llega el tribunal en razón a la prueba practicada la que determina la concurrencia del dolo de matar, que no es preciso que sea directo, sino que puede ser eventual, pero en un caso tan evidente que como este en el que concurren la idoneidad del instrumento para perpetrar el crimen, como las dimensiones del cuchillo, el momento y circunstancia elegido para acabar con su vida, la forma en la que se emplea para asestarle las puñaladas, determinan que la inferencia en el alcance del dolo de matar sea evidente.





Nótese que los hechos probados reflejan que: *"Sin solución de continuidad comenzó a lanzar diversas cuchilladas al cuello de Pura, alcanzándola en la zona cervical, concretamente en la zona de la vena yugular interna y externa izquierda, logrando en alguna ocasión Pura parar alguna de las cuchilladas con sus manos."*

Bajo esta estructura en la concurrencia de los elementos del presente caso el dolo de lesionar es inaplicable, y sí el dolo directo de matar para quien lleva a cabo un acto como el anteriormente descrito.

Como se argumenta en la STS de 16 de junio de 2.004 el dolo, según la definición más clásica significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal.

En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo, en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Desde una argumentación del dolo basado en la voluntad, el elemento subjetivo del delito doloso de asesinato concurre en el hecho probado pues, indudablemente, el autor se representa la probabilidad de que su acción produzca la muerte y persiste en la acción, pese a lo cual huye finalmente cuando es sorprendido por tercero, pero ello no desnaturaliza la tentativa y hace nacer el desistimiento, como hemos señalado anteriormente.

Además, como se refleja en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 653/2004 de 24 May. 2004, Rec. 1115/2003:

"El animus necandi y su diferenciación con el animus laedendi no plantea, en líneas generales, ningún problema en términos doctrinales pero sí, y con frecuencia difíciles, en el ámbito probatorio. Por pertenecer a la esfera íntima del sujeto hay que inferirlo de datos objetivos que contribuyen a formar la convicción del Tribunal. Estos juicios de inferencia son, desde luego, revisables en casación por la vía del art. 849.1º de la LECr.

La doctrina de esta Sala destaca como elementos más relevantes, aunque no de apreciación exclusiva, a los efectos de constatar la concurrencia del "ánimo de matar", la peligrosidad del medio utilizado, estableciendo como puntos de referencia, la concurrencia de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores a la realización del hecho que pueden arrojar luz sobre el verdadero propósito del autor. Desde esta perspectiva, ha señalado, entre otras, las relaciones existentes entre el autor y la víctima, las actitudes o incidencias observadas y acaecidas en los momentos precedentes al hecho, las condiciones de espacio, tiempo y lugar, y la conducta posterior del autor."

Analizadas estas cuestiones ha resultado evidente que la intención era la de matar como ha constatado el tribunal de instancia y ratificado el TSJ en su sentencia en atención a:

- 1.- Instrumento utilizado.
- 2.- Forma del ataque.
- 3.- Indefensión de la víctima ante el ataque.
- 4.- Zona del cuerpo donde se dirigió el ataque.

La inferencia del tribunal acerca del elemento subjetivo intencional del dolo de matar es evidente, muy lejano del alegado dolo de lesionar, tal cual suceden los hechos.

También, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 191/2016 de 8 Mar. 2016, Rec. 10822/2015 añade que:

"Sobre la cuestión del ánimo homicida (animus necandi) la jurisprudencia de esta Sala viene considerando como criterios de inferencia para colegir el dolo de matar los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la forma en que se materializa la acción homicida; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (SSTS. 57/2004 de 22-1; 10/2005, de 10-1; 140/2005, de 3-2; 106/2005, de 4-2; 755/2008, de 26-11; 140/2010, de 23-2; 29/2012, de 18-1; y 1035/2012, de 20-12)."



En este caso, incluso, después de perpetrar el hecho de la forma descrita en el hecho probado huye de allí sin prestar ayuda alguna a la víctima, a sabiendas de la forma de ejecutar el hecho, el instrumento que empleó y dónde le acuchilló.

En este sentido, describe el hecho probado que:

*Sobre las 9,10 horas del día 15/05/2019 el acusado, con intención de atentar contra la vida de Pura , penetró en las dependencias de oficinas de "Unións Agrarias" sitas en el nº 6-8 de la C/Álvaro Cunqueiro del término municipal y partido judicial de A Coruña, en las que Pura se hallaba trabajando. El acusado llevaba para tal fin en su poder un cuchillo de cocina de 8,5 centímetros de hoja oculto entre sus ropas...*

*Una vez dentro, halló a Pura en su interior, momento en que, de forma sorpresiva, la empujó con la maleta que portaba para acto seguido agarrarla por el cuello y cabellos, consiguiendo así arrojarla al suelo y colocarse a horcajadas encima de la misma. Sin solución de continuidad comenzó a lanzar diversas cuchilladas al cuello de Pura , alcanzándola en la zona cervical, concretamente en la zona de la vena yugular interna y externa izquierda, logrando en alguna ocasión Pura parar alguna de las cuchilladas con sus manos.*

*...Agentes de la Guardia Civil se presentaron en el lugar de los hechos en escasos segundos-dada la proximidad del Cuartel al lugar de los hechos-taponando las heridas que Pura tenía en el cuello y reclamando la presencia urgente de los servicios sanitarios, los cuales evacuaron rápidamente a Pura en helicóptero a un centro sanitario de Santiago de Compostela y fue solo debido a esta rápida intervención de los agentes de la Guardia Civil y de los servicios sanitarios por lo que Pura consiguió salvar la vida, habiendo fallecido si la intervención se hubiera dilatado escasos minutos, dada la naturaleza y gravedad de las heridas causadas por el acusado.*

Resulta inviable que concurra el ánimo de lesionar en un contexto de la naturaleza y con los elementos descritos en el presente caso.

El motivo se desestima.

**TERCERO.- 2.-** Por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 22.4 CP, pretendiendo que no se aprecie la agravante de obrar por motivos de género.

Sostiene el recurrente que no se aprecie la agravante de obrar por motivos de género; alegando que el hecho de que él y la víctima hubieran mantenido una relación de pareja sin convivencia no implica por sí esta agravante, pues no está acreditado que fuera estable y permanente y se hubiera llevado a cabo únicamente por razones de género.

Entiende que "tampoco los hechos se produjeron como consecuencia de que la víctima fuera una mujer que hubiera mantenido una relación sentimental con el acusado. Lo que sí es cierto es que dicha relación había finalizado y que no había tenido visos de ser una relación permanente y estable, ni que la agresión se hubiera llevado a cabo únicamente por razones de género."

Al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia ( SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Pues bien, señalan los hechos probados en este punto que:

"El acusado Florencio mantuvo una relación análoga de pareja con Pura (sin convivencia) desde febrero de 2017 hasta febrero de 2019, fecha en que cesó la misma, a pesar de que el acusado insistía en continuar la relación, a lo cual no accedía desde tal fecha Pura .

...

El acusado realizó la acción al no tolerar que Pura hubiera puesto fin a su común relación de pareja en el libre ejercicio de su libertad como mujer."

Señala el TSJ al respecto para desestimar el alegato del recurrente en este extremo que:



"Está acreditado que acusado y víctima mantuvieron una relación de pareja sin convivencia; que dicha relación había finalizado y que la víctima no deseaba reiniciarla; está acreditado igualmente que el acusado no aceptaba dicha situación habiendo protagonizado actuaciones anteriores de acoso. En tal contexto, los hechos acontecen por el deseo del hoy apelante de acabar con la vida de Pura, en la idea de castigar con ello su negativa a persistir en la relación de pareja, con total desprecio a la libre determinación de la víctima y a su derecho de compartir su vida con quien libremente desee."

Debe mantenerse la agravante de género. El propio recurrente reconoce anteriormente que hubo actos previos de acoso. Pero es que la construcción de los hechos probados permiten la subsunción de los hechos en el tipo penal y la agravación de género ex art. 22.4 CP, por cuanto del relato de hechos probados se desprenden como circunstancias habilitantes para la construcción de la agravante de género los siguientes parámetros:

1.- Que la ejecución del hecho esté construido, o basado, en una pretensión de dominación del hombre sobre la mujer.

2.- La agravante de género se puede aplicar, incluso, cuando sujeto activo y pasivo no sean pareja siguiendo los criterios del Convenio de Estambul.

3.- En este caso el recurrente pretendía continuar la relación, pese a que la víctima no quería. El intento de matarla y acabar con su vida se enraíza en el sentimiento de propiedad del hombre sobre la mujer por no aceptar ésta la cosificación del autor para que ella se subordine y acate las pretensiones del autor de la tentativa de asesinato para que vuelva con él, pese a la negativa de la víctima.

4.- La agravante de género tiene un sustrato en el que el autor del delito no acepta una negativa de la víctima a continuar la relación que pretende él y no ella. Y es esta negativa de la víctima a aceptar la pretensión de continuar la relación lo que supone la respuesta agresiva del intento de acabar con su vida.

5.- El ataque está basado porque el que no acepta el "no" de la víctima a seguir siendo su pareja es el agresor, y su respuesta es acabar con su vida, lo que supone un ataque a la mujer por querer subordinarla a las querencias y pretensiones del autor, sin darle el margen de libertad a la víctima para que de forma voluntaria y libre tome su decisión de continuar su vida con quien era su pareja, o no.

6.- Es el desprecio a la libertad de la mujer por recuperar su libertad de decidir con quién quiere estar y con quién no.

7.- Supone un aviso a la víctima de que la respuesta a su negativa a regresar con el autor es el ejercicio de la violencia como medio instrumental para causar temor en la víctima y que acepte sus pretensiones, o en el caso de tentativa de crimen de género como respuesta violenta ante esa negativa de la mujer a aceptar lo que el autor del intento del crimen le exige.

8.- El ataque y la forma de ejecutar el hecho que lleva aparejada la agravante de género lleva tras de sí un sustrato de jerarquización del autor y subordinación de la mujer por el hecho de ser mujer a instancia del autor del delito y a que acepte en cualquier caso las instrucciones y órdenes del autor.

9.- La agravante de género en delitos de asesinato, homicidio, o formas imperfectas de ejecución supone un intento de subyugación de la mujer a las pretensiones del autor y una forma de anular y despreciar la libre voluntad de la víctima de decidir con quién quiere estar, sin convivencia, o con ella.

10.- La agravante de género en los crímenes de género o formas imperfectas supone la privación de derecho de la víctima a tomar la voluntad de separarse de su pareja y decidir recuperar su libertad, obteniendo como respuesta el intento del crimen.

Sobre la agravante de género existe una doctrina de la Sala reiterada en orden a fijar como características las siguientes que ha fijado esta Sala de forma reiterada:

1.- La agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer. ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 351/2021 de 28 Abr. 2021, Rec. 10643/2020).

2.- Como ya dijimos en nuestra STS 1177/2009, de 24 de noviembre, interpretando preceptos penales específicos de género, se comete esta acción cuando la conducta del varón trata de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.





3.- El fundamento de la agravante se ubica en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo y en actos que implican, o llevan consigo, actos que evidencian un objetivo y fin de sentirse superior a la misma entendemos que no puede existir una exclusión por la circunstancia de que entre el sujeto activo y pasivo del delito no exista una previa relación sentimental, tanto actual o pasada. Porque el ilícito penal que se cometa se asienta sobre la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo, y en este supuesto, diferencia por razón de ser la víctima mujer, pero sin el aditamento de que sea pareja del agresor, o su ex pareja, sino esencial y únicamente por ser mujer, y en el entendimiento para el agresor de la necesidad de sumisión y obediencia, que lleva a sentir a la víctima ser una pertenencia o posesión en ese momento del agresor, llegando a desconocerse las condiciones de igualdad que entre todos los seres humanos debe darse y presidir las acciones de los unos para con los otros. Con ello, a los elementos ya expuestos de dominación y machismo en el acto ilícito penal añadimos el de la desigualdad en los actos que lleva consigo el sujeto activo del delito sobre su víctima.

4.- Con la inclusión de esta agravante, se amplía la protección de los derechos de las mujeres frente a la criminalidad basada en razones de género. Esto es, delitos que se agravan por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad y dominación del hombre sobre la mujer.

5.- El fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género. ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 136/2020 de 8 May. 2020, Rec. 10621/2019).

6.- Recordemos que el Convenio de Estambul, que es el germen de la introducción de esta agravante, señala en su art. 2º que "El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada".

a.- Violencia contra las mujeres: Debe destacarse que el art. 3, a) del Convenio de Estambul señala que "Por "violencia contra las mujeres" se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada".

b.- Violencia contra la mujer por razón de género. En el art. 3 c) se recoge que Por "violencia contra la mujer por razones de género" se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

c.- Sanción de los tipos penales. Construido el citado Convenio en razón a la violencia que se ejerce sobre las mujeres debemos destacar, y es clave para ello, el art. 43 del Convenio que señala que los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito.

7.- No puede aplicarse la agravante de género ni la circunstancia mixta de parentesco como agravante respecto de aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos 148.4º, 153.1, 171.4, 172.2, pues en otro caso estaríamos vulnerando la prohibición non bis in idem.

El ámbito de aplicación de la agravante de dominación por razones de género extravasa las relaciones conyugales o de pareja. En cuanto a los delitos sobre los que puede operar, siempre que su configuración lo permita, en principio no habrá que establecer más exclusiones que la de aquellos que incluyan en su descripción típica factores de género. ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 571/2020 de 3 Nov. 2020, Rec. 10427/2020)

8.- La agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad.

9.- La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de dominación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave





y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas.

10.- Cuando la agravante de género se introduce en una relación de pareja, generalmente se refiere a actos de control o de humillación. Por los primeros, el sujeto activo del delito controla la forma de vestir de la mujer, sus relaciones sociales, sus gustos y preferencias, incluso su autonomía económica, habiendo casos de retirada de su documentación como modo de controlar sus movimientos, y cuando nos estamos refiriendo a actos de humillación, el maltratador desprecia a la mujer por el hecho de serlo, le dice que no sirve para nada, y otras expresiones similares. Pero que concorra con una relación de pareja, no quiere decir que no sea compatible con la agravante de parentesco, como ha pronunciado ya esta Sala Casacional de manera reiterada.

En los delitos fuera de la relación de pareja, que habitualmente son los de índole sexual, perpetrados entre desconocidos, la agravante de género se configura en la actuación del agente cosificando a la mujer, de tal forma que se cometen actos de humillación de naturaleza sexual. ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 571/2020 de 3 Nov. 2020, Rec. 10427/2020).

11.- La agravante de género, ya lo hemos dicho y repetimos en palabras que ahora tomamos de la STS 420/2018, de 25 de septiembre, hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian a los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres ( Convenio de Estambul, art. 3.c). ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 23/2022 de 13 Ene. 2022, Rec. 10303/2021).

12.- El fundamento de la agravación de género radica en la situación de discriminación hacia la mujer basada en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, al considerarlo el autor como un ser inferior, sin derechos, y sin legitimidad para un comportamiento propio y desconectado del hombre. ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 666/2021 de 8 Sep. 2021, Rec. 10277/2021).

13.- La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de dominación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 509/2021 de 10 Jun. 2021, Rec. 10756/2020).

14.- Su fundamento trae causa del mayor reproche que resulta respecto a quien comete cualquier delito por "razones de género", como plasmación de un entendimiento que se sustenta en la existencia de prejuicios relativos a la superioridad del género masculino respecto al femenino y, en consecuencia, al papel de subordinación que se reserva a las mujeres respecto de los hombres, hasta llegar a entendimientos meramente "despersonalizadores" o "cosificadores" de aquéllas, relación de desequilibrio o sometimiento que el autor procura con su conducta delictiva afianzar o mantener, llanamente incompatible con nuestra Constitución y los principios que la identifican. ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 325/2022 de 30 Mar. 2022, Rec. 5849/2021).

Pues bien, bajo estos parámetros generales que permiten la consolidación jurisprudencial de esta agravante del art. 22.4 está claro que, planteándose este motivo por infracción de ley, el respeto de los hechos probados determina la desestimación del motivo, habida cuenta que existe un ataque motivado con la pretensión del recurrente de que regresara con él en su relación a lo que ella se oponía, y lo sea con convivencia, o sin convivencia. La circunstancia clave es la exigencia de sumisión que con su conducta pretende enviar el autor a la víctima, y que el acto es consecuencia de la negativa de la mujer a regresar con él.

El hecho probado describe claramente que El acusado realizó la acción al no tolerar que Pura hubiera puesto fin a su común relación de pareja en el libre ejercicio de su libertad como mujer.

La claridad de la subsunción del hecho probado con las características y propia naturaleza de la agravante de género que cuestiona el recurrente es evidente y relacionado con el criterio de la Sala en cuanto a la naturaleza y características de la agravante.

Queda clara la aplicación de la agravante, por cuanto está acreditado que el recurrente y víctima mantuvieron una relación de pareja sin convivencia; que dicha relación había finalizado y que la víctima no deseaba reiniciarla; está acreditado igualmente que el recurrente no aceptaba dicha situación, habiendo protagonizado actuaciones anteriores de acoso. En tal contexto, los hechos acontecen por el deseo del recurrente de acabar con la vida de Pura , en la idea de castigar con ello su negativa a persistir en la relación de pareja, con total desprecio a la libre determinación de la víctima y a su derecho de compartir su vida con quien libremente dese.







Plantea el recurrente también que "procedería la aplicación de la atenuante de alteración psíquica del art. 21.9 del CP" cuando el art. 21 no tiene un número 9 que recoja la atenuante que se postula, sino, en todo caso, una eximente incompleta del art. 21.1 CP o eximente del art. 20.1 CP. No existe la pretendida atenuante tal y como la plantea el recurrente.

Tampoco existe en los hechos probados referencia alguna determinante de la aplicación de la circunstancia modificativa de responsabilidad penal, ya que no existe, por un lado, la atenuante del art. 21.9 CP que se plantea en el recurso en el motivo nº 2, pero, por otro, no existe soporte alguno en el que sustentar la pretensión, porque al basarse en infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM no existe constancia en los hechos probados de dato alguno que permita esta construcción.

En cualquier caso, el TSJ ya lo desestimó en su sentencia señalando que:

"Se propone la apreciación de la atenuante de actuar bajo una alteración psíquica que disminuía sus facultades volitivas. Partimos de que la sala ya rechazó tal posibilidad valorando la pericial médica forense en el plenario pese a la posibilidad recogida en el informe obrante al folio 352 de las actuaciones. El recurso se ampara en que el día 11 de mayo de 2019 -los hechos ocurrieron el día 15- el acusado visitó un servicio de urgencias por ideas autolíticas, con trastorno adaptativo, prescribiéndosele un tratamiento. Y que el día 14 es valorado por el médico de atención primaria, tras acudir al mismo por nerviosismo, alteración de la visión, temblores y calambres, prescribiéndosele un ajuste de la medicación.

Nada está acreditado sobre que las facultades volitivas estuviesen afectadas por el trastorno adaptativo o por la medicación. En todo caso, lo relevante sería que tales circunstancias concudiesen en el momento de cometerse los hechos, significando que el plan de acción nada pone de relieve al respecto, sino que se compadece más con una idea preconcebida de asegurar la soledad de la víctima, su indefensión y las consecuencias de la agresión, motivo por el que tampoco este motivo de recurso puede ser acogido".

Es totalmente descartable la apreciación de la atenuante alegada por afectación de alteración psíquica, ya que no está acreditado sobre que las facultades volitivas estuviesen afectadas por el trastorno adaptativo o por la medicación. En todo caso, lo relevante sería que tales circunstancias concudiesen en el momento de cometerse los hechos, significando que el plan de acción nada pone de relieve al respecto, sino que se compadece más con una idea preconcebida de asegurar la soledad de la víctima, su indefensión y las consecuencias de la agresión.

Sobre esta alegación decir que señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 52/2016 de 14 de enero de 2016, Rec. 1456/2015 que:

"Tal como está redactado el actual artículo 20.1.º del Código Penal, el orden de comprobación a seguir al efecto de verificar si concurren los requisitos precisos para apreciar una eximente completa o incompleta por anomalías o trastornos psíquicos habrá de comenzar por:

1. Comprobar que el sujeto agente del delito está afectado por una anomalía o trastorno, en cuyo amplio concepto caben tanto las tradicionalmente admitidas como las psicosis o enfermedades mentales, los retrasos u oligofrenias como otras de trastornos o anomalías psíquicas, con excepción de los episodios determinados por la ingestión de alcohol o el consumo de drogas cuyos efectos eximentes o atenuantes son tratados separadamente por el Código Penal.

2. Posteriormente habrá de observarse si tales causas psíquicas anómalas han determinado incapacidad, disminución de la comprensión de la ilicitud de la conducta o de actuar volitivamente en concordancia con tal comprensión y que esa relación causa-efecto ha coincidido temporalmente con la comisión del hecho, interviniendo en su génesis o en las formas de su realización.

Con respecto a la anomalía psíquica del sujeto como causa de exención completa o incompleta de la responsabilidad criminal incardinable en el art. 20.1 C.P, la moderna jurisprudencia ha consolidado el criterio según el cual no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica.

El sistema mixto del Código Penal está basado en estos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas ( STS 09 de marzo de 2005).

En la práctica:

- a. Se analiza y examina el material probatorio atinente al elemento biopatológico,
- b. Se establece el grado y la intensidad del padecimiento psíquico, y





c. Después se extrae de forma directa de tal base biopatológica la conclusión sobre si el autor de la conducta delictiva actuó comprendiendo la ilicitud del hecho y con posibilidad de actuar conforme a esa comprensión, o, en su caso, con una comprensión o una capacidad de actuación limitadas o excluidas ( SSTS 914/2009, de 24 de septiembre; 983/2009, de 21 de septiembre; 90/2009, de 3 de febrero; 649/2005, de 23 de mayo; 314/2005, de 9 de marzo; 1144/2004, de 11 de octubre; 1041/2004, de 17 de septiembre; y 1599/2003, de 24 de noviembre, entre otras muchas)".

También, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 1205/2017 de 20 de julio de 2017, Rec. 633/2017 añade que:

"Ha señalado la jurisprudencia con respecto a la apreciación de las atenuaciones de la responsabilidad criminal por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, que el sistema del Código Penal vigente exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo).

De modo que una base patológica, acreditada, que en realidad no supusiera condicionamiento para las referidas facultades psicológicas o que careciera de vinculación con el concreto campo de la conducta humana a la que el hecho típico se refería, no podía ser tenida en cuenta desde el punto de vista de la consideración de la imputabilidad.

Lo que, por otra parte, para los supuestos de exención incompleta de la responsabilidad, contruidos a partir de la atenuante 1.ª del artículo 21, en relación con cualquiera de las eximentes señaladas y, respecto de sus efectos penales, con el 68 del mismo Código Penal, significa una semejante configuración estructural, si bien, en estos casos, la afectación de las facultades psíquicas no requiere una anulación total de alguna de ellas, sino, tan sólo, su severa limitación ( STS 60/2016, de 4 de febrero)".

(En la misma línea, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 1471/2017 de 2 de noviembre de 2017, Rec. 10526/2017).

La jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1170/2006, de 24 de noviembre; 455/2007, de 19 de mayo; 258/2007, de 19 de julio; 939/2008, de 26 de diciembre; 90/2009, de 3 de febrero; 983/2009, de 21 de septiembre y 914/2009, de 24 de septiembre, entre otras) tiene reiteradamente declarado, en relación a la apreciación de atenuaciones de la responsabilidad por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, que ha de tenerse en cuenta:

El sistema del Código Penal vigente exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo). La jurisprudencia anterior al vigente Código ya había declarado que no era suficiente con un diagnóstico clínico, pues era precisa una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva, "ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo" ( STS núm. 51/2003, de 20 de enero; y STS 251/2004, de 26 de febrero).

No existe acreditación alguna de que "al tiempo de cometer la infracción" estuviere afectado por alteración psíquica, y no se compadece en modo alguno el hecho probado con esta pretensión, sino que, lejos de ellos, subyace en la conducta una finalidad de acabar con la vida de la víctima por no querer regresar con él y optar por vivir de forma independiente, pero ello, por más que le pudiera afectar personalmente no supone una circunstancia modificativa de responsabilidad penal que aminore la pena.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes ( art. 901 LECrim).

## FALLO

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

**DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación del acusado **Florencio** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 20 de diciembre de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por el citado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña, de fecha 29 de abril de 2021 que le condenó por delito de tentativa de asesinato. Condenamos a dicho recurrente al pago de las





costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

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

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

