



Roj: **ATS 2902/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2902A**

Id Cendoj: **28079120012019200434**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2019**

Nº de Recurso: **10578/2018**

Nº de Resolución: **334/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Auto núm. 334/2019**

Fecha del auto: 21/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10578/2018

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Procedencia: TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA. Sala de lo Civil y Penal

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2<sup>a</sup>

Transcrito por: MLSC/MJCP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10578/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2<sup>a</sup>

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Auto núm. 334/2019**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Julian Sanchez Melgar

D.<sup>a</sup>. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 21 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Diaz.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia se dictó sentencia, con fecha 10 de mayo de 2018, en autos con referencia de Rollo de Sala nº 83/2017, tramitados por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Moncada, como Procedimiento Sumario nº 3/2016, en la que se condenaba a Gumersindo, como autor responsable de un delito intentado de asesinato, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de discriminación por razones de género, a la pena de seis años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y se le impone la prohibición de aproximación a Amparo, a menos de 300 metros, a su domicilio, lugar de trabajo y demás lugares que ella frecuente, así como de comunicación con ella por cualquier medio o procedimiento, directo o indirecto, por tiempo de doce años; al pago de las costas de este procedimiento y a que indemnice a Amparo en la cantidad total de 25.429,70 euros, con el interés legalmente previsto.

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia se presentó recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Con fecha de 10 de abril de 2018 se dictó sentencia en la que se estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia nº 197/2018 de 10 de abril, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, que revoca en parte, en el sentido de elevar las penas de prisión y accesorias impuestas en la misma al condenado Gumersindo, de seis a doce años de prisión y accesorias correspondientes, manteniendo íntegramente el resto de los pronunciamientos de dicha sentencia y con declaración de oficio de las costas procesales.

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Gumersindo, bajo la representación procesal de la Procuradora de los Tribunales Dª. Estefanía Laura Verdú Usano, formula recurso de casación, alegando, como primer motivo, infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y como segundo motivo vulneración de derechos fundamentales, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del artículo 24 Constitución Española.

**CUARTO.-** Remitidas las actuaciones para informe del Ministerio Fiscal, éste interesó la inadmisión del recurso interpuesto.

En idéntico trámite Amparo, mediante escrito presentado por su representación procesal, la Procuradora de los Tribunales Dña Cristina Bota Vinuesa, solicitó la inadmisión del mismo.

**QUINTO.-** Conforme a las normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución la Excm. Sra. Magistrada Dª. Carmen Lamela Díaz.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** A) El recurrente alega dos motivos de casación. En el primer motivo alega infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Considera que el Tribunal de apelación ha infringido el artículo 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que no podía agravar la sentencia condenatoria impuesta en la instancia, ni efectuar una nueva valoración de los hechos declarados probados. La Audiencia Provincial consideró que se trataba de un supuesto de tentativa inacabada porque el acusado no llegó a realizar todos los actos necesarios para causar la muerte a Amparo, debido a la rotura del cuchillo y a la intervención de las dos conductoras, obligándole a abandonar su propósito y acordó rebajar la pena en dos grados.

El Tribunal de apelación valora la entidad de la conducta, el grado de ejecución avanzado, el peligro inherente al intento, por el instrumento utilizado y las periciales y, estimando el recurso de apelación planteado por el Ministerio Fiscal, rebaja la pena únicamente en un grado, por lo que eleva la pena de 6 a 12 años de prisión.

Entiende que se ha vulnerado la prohibición de la "reformatio in peius".

En el segundo motivo alega, en este caso por la vía casacional de la vulneración de derechos fundamentales, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del artículo 24 Constitución Española.

En el segundo motivo incide en sostener que se ha realizado una valoración distinta de los hechos declarados probados y de la pena aplicada en la sentencia de instancia en perjuicio del acusado. De nuevo plantea que se ha vulnerado la prohibición de la "reformatio in peius". Se remite al contenido del primer motivo del recurso.



B) Como indica la STS 476/2017, de 26 de junio, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM. Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM, *sensu contrario*). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que *prima facie* podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.

C) En síntesis, la sentencia de la Audiencia Provincial relata como hechos probados que Gumersindo mantuvo una relación de noviazgo con Amparo, la cual había cesado por voluntad de ella tres días antes de ocurrir los hechos que a continuación se van a relatar.

El día 30 de junio de 2016, sobre las 15:30 horas, el acusado acudió con su vehículo a la zona residencial Port-Saplaya, correspondiente al término municipal de Alboraya. Tras estacionar el vehículo en un descampado, acudió a las proximidades del Pub Resaca, lugar en el que trabajaba su expareja Amparo, sentándose en la terraza del restaurante "Llar de Moncho", situado a escasos metros del pub, lugar de trabajo de la hermana de Amparo, Bibiana, con la que entabló una conversación en la que le manifestó su voluntad de continuar la relación sentimental con su hermana, a lo que Bibiana le contestó que Amparo había decidido firmemente no volver con él. Ante esta respuesta, el acusado convenció a Bibiana para que llamara a su hermana y accediera a hablar en persona con él, con el pretexto de que tenía que devolverle varios efectos personales que tenía guardados en el maletero de su coche. Bibiana efectuó la llamada y Amparo accedió a acudir al lugar para hablar con el acusado y recuperar sus efectos personales.

Tras llegar Amparo, mantuvieron una conversación en un banco próximo y seguidamente el acusado la condujo a un pequeño descampado, sito entre el número 3 y una rotonda existente a la altura del número 7 de la Avda. de la Huerta, en el que el acusado tenía estacionado su vehículo. Al llegar junto al turismo el acusado le preguntó a Amparo si realmente le iba a dejar, contestándole ésta en sentido afirmativo, momento en el



que, el acusado, al no aceptar que su novia pudiera libremente decidir cesar su relación sentimental con él, de forma sorpresiva, le dijo: "sí, pues te voy a matar" y aprovechando que Amparo le daba la espalda, la agarró por detrás, del cuello y la espalda y, con el ánimo de acabar con su vida, sacó un cuchillo que llevaba escondido y se lo clavó varias veces en el cuello, nuca y espalda. Amparo propinó un codazo al acusado para quitárselo de encima y se giró, volviéndose hacia él, momento en el que el acusado le propinó varias cuchilladas en el pecho. Amparo intentó protegerse con el brazo, impactando en éste el cuchillo. El acusado siguió propinando cuchilladas a la víctima hasta que el cuchillo se rompió y después continuó golpeándola, hasta que dos conductoras, alertadas por los gritos de Amparo, pidiendo socorro, comenzaron a tocar insistentemente el claxon y a gritar al acusado, momento en el que este cesó su ataque y emprendió la huida.

Las consecuencias de la agresión fueron, en síntesis, varias heridas por arma blanca de aproximadamente 1'5 cm., a nivel cervical anterior izquierdo y derecho, a nivel cervical posterior alto derecho y en región anterior torácica izquierda, a nivel del manubrio esternal y a nivel escapular izquierdo y heridas de defensa en ambos antebrazos. La víctima requirió sutura de las heridas, reparación de una herida por COT y férula antebraquial; y posterior tratamiento ortopédico, farmacológico, ejercicios de recuperación y psicoterapia. Preciso para la curación 90 días restándole como secuelas trastorno neurótico y perjuicio estético moderado por existencia de cicatrices entre uno y tres cm. en región cervical derecha e izquierda, en región interescapular, en región pectoral y en el codo.

El Tribunal Superior de Justicia, respetando los hechos probados dictados por la Sentencia de instancia, dado que el motivo de apelación se fundamentó únicamente en el error iuris, analizó los elementos tomados en consideración por la Audiencia para entender acreditada la alevosía y el dolo de matar y con relación a la penalidad analizó la justificación que dio la Audiencia para la rebaja en dos grados de la pena, al aceptar que se trató de una tentativa inacabada, y discrepó en cuanto a esta rebaja penológica, entendiendo que no era adecuada, pues la Audiencia no reparó en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por tanto entendió que la rebaja sólo debía serlo en un grado, y para ello partió de los mismos elementos que fueron tomados en consideración por la sentencia de apelación:

- 1.- El grave peligro inherente al intento: se trató de un ataque por la espalda y sorpresivamente a la víctima clavándole, reiteradamente, un cuchillo en zonas vitales (cuello y región torácica). El instrumento era en concreto hábil para causar la muerte. Y la acción la reiteró en diversas ocasiones, constatándose al menos hasta siete embates con una decidida fuerza.
- 2.- El grado de ejecución alcanzado. Preciso que si bien la sentencia recurrida indica que resultó inacabada y ello no es cuestionado por el recurrente, en los hechos probados y en los fundamentos, la sentencia describe un grado avanzado de ejecución con reiterados acuchillamientos y hasta con siete embates. Esto es, ya se habían realizado varios actos que auspiciaban la proximidad de la consumación.
- 3.- Se describe el cuchillo, las zonas vitales hacia las que se dirigieron las cuchilladas y la potencialidad para causar la muerte. Incidiéndose en que se trató de reiterados embates. Indicó la propia sentencia de apelación que fue la fortuna o la falta de pericia, junto con la decidida fuerza que imprimía el acusado en los golpes, lo que (al romperse el cuchillo) impidió que las consecuencias fueran más graves.

Para el Tribunal de apelación a la vista de lo indicado, la tentativa, aun cuando se acepte que sea inacabada, merece una reducción en un grado.

El artículo 62 no distingue entre la tentativa acabada y la inacabada para determinar la pena a imponer, sino que permite rebajar en uno o dos grados la pena prevista para el delito consumado y luego nos dice que para determinar la pena concreta en cada caso han de tenerse en cuenta, de modo preceptivo, dos criterios: 1º) El peligro inherente al intento. 2º) El grado de ejecución alcanzado.

Tal art. 62 CP obliga al tribunal o juzgado que tiene que sancionar una tentativa de delito a tener en cuenta esos dos criterios y a razonar sobre su aplicación al caso en el capítulo de la sentencia correspondiente a un aspecto de su motivación ( art. 120.3 CE ), el relativo a la individualización de la pena ( STS 28-2-03 ).

Aunque la jurisprudencia sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la nueva redacción del art. 62 del Código penal, tal y como hemos reiterado en una abundante jurisprudencia. En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta "el grado de ejecución alcanzado", que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino también al "peligro inherente al intento", que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción



en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva.

En el caso sometido a nuestra consideración casacional la actividad desplegada por el acusado, sin modificación de los hechos probados fue, por su entidad, por el arma utilizada, por la reiteración de los actos y la zona del cuerpo hacia la que se dirigieron, objetivamente necesarios para alcanzar el resultado perseguido, introduciendo un peligro inherente al intento que fue sin duda intenso, como también lo fue el grado de ejecución alcanzado, tal y como aparece descrito. Por ello no concurre elemento que implique o justifique reducir la pena en dos grados. Cabe indicar que la apreciación de la tentativa acabada o inacabada no implica una obligada reducción en uno o dos grados respectivamente.

En definitiva, la pena impuesta en la sentencia de apelación, que modifica la impuesta en la instancia, es proporcional a la gravedad de los hechos, se ajusta a las pautas dosimétricas legalmente establecidas, a las circunstancias personales del autor y a los requisitos que determinan el merecimiento de pena en las formas imperfectas de ejecutar el delito, y se encuentra suficientemente motivada, sin que haya sido necesaria ninguna valoración fáctica adicional a la realizada por el Tribunal de instancia y el de apelación, y sin modificación alguna en los Hechos Probados.

D) Finalmente, en cuanto a la denuncia de la vulneración de la prohibición de la reformatio in peius, (entre muchas, SSTC 9/1998, de 13 de enero FJ 2 ; 196/1999, de 25 de octubre FJ 3 ; 203/2007, de 24 de septiembre FJ 2 , o 126/2010, de 20 de noviembre FJ 3), debemos recordar que no cabe su apreciación cuando el endurecimiento de la pena es el resultado del recurso de apelación presentado por la acusación.

En tal sentido, para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte.

Procede la inadmisión de los motivos, de conformidad con lo que determina el artículo 885.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En su consecuencia se ha de dictar la siguiente:

#### PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA ACUERDA : NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN** del recurso de casación formalizado por el recurrente contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de origen en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.