



Roj: **STS 677/2015 - ECLI:ES:TS:2015:677**

Id Cendoj: **28079120012015100089**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/02/2015**

Nº de Recurso: **2104/2014**

Nº de Resolución: **86/2015**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP T 966/2014,**
STS 677/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Febrero de dos mil quince.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Lidia** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Cuarta, que condenó a la acusada como autora penalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal , y dicha recurrente representada por la Procuradora Sra. Álvarez Buylla Martínez..

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Violencia número 7 de Vendrell, instruyó sumario con el número 1 de 2011, contra Lidia , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Tarragona, cuya Sección 4ª, con fecha 11 de julio de 2014, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral de conformidad a los principios de oralidad, contradicción e igualdad de armas, ha quedado acreditado:

1.- Los acusados, Sr. Jose Antonio y Sra. Lidia conformaron una pareja de hecho desde aproximadamente 1990. De dicha relación de pareja nació una hija en común, Cecilia , el NUM000 de 1991. Desde que se constituyera la relación, la familia fue residiendo en diferentes lugares (Castelldefells, Barcelona, Diese de Montserrat) hasta asentarse en la localidad tarraconense de Calafell.

2.- Con el paso de los años la relación sentimental entre el Sr. Jose Antonio y la Sra. Lidia fue deteriorándose de manera progresiva debido a diferentes causas concomitantes, entre ellas, causas relacionadas con la adicción al alcohol que sufría el Sr. Jose Antonio . Durante la década de los años 90, sin poder determinar exactamente el año, Don. Jose Antonio se sometió a un tratamiento de deshabituación debido a los problemas relacionados con el consumo de alcohol, permaneciendo aproximadamente unos diez años abstemio.

Al deterioro de la relación de pareja coadyuvaron problemas de cariz económico. En el mes de marzo de 2006 el Sr. Jose Antonio y la Sra. Lidia convinieron con la empresa constructora MHRAHSOPEH S.L. un contrato de ejecución de obra que tenía por objeto la construcción de una vivienda familiar en la parcela de terreno situada en el término municipal de Calafell, URBANIZACIÓN000 , de la cual ambos eran cotitulares, conviniéndose un precio total para la obra de 106.196 euros.

Meses después, en septiembre de 2006, Don. Jose Antonio entró a formar parte como socio de una empresa dedicada a la elaboración de productos de pintura que tenía su sede en la localidad barcelonesa de Rubí, aportando a tal tiempo un capital aproximado de 55.000 euros. Por su parte, la Sra. Lidia era auxiliar de enfermería y estuvo desempeñando su trabajo en diferentes lugares hasta que dejó de trabajar en diciembre de 2006, pasando a cobrar entonces una prestación por desempleo. En las fechas reseñadas, la Sra. Lidia sufría fibromialgia y para paliar sus efectos tomaba tratamiento farmacológico. Asimismo, la Sra. Lidia sufría episodios depresivos de carácter periódico, razón por la que tomaba tratamiento psico-farmacológico, tomando entre otros medicamentos Alopazol. Por otra parte, a finales de enero de 2007 la Sra. Lidia acudió al CAP de El Vendrell donde se le diagnosticó un trastorno adaptativo de ansiedad.

3.- El 10 de febrero de 2007, sábado, sobre las 15.30 horas, Don. Jose Antonio llegó al domicilio familiar situado en el PASEO000 n° NUM001 , Edificio NUM002 , NUM003 NUM004 de la localidad de Calafell, tras haber terminado su jornada laboral en las instalaciones de la empresa de la que era socio, situadas en Rubí. Al entrar en la vivienda constató que tanto su pareja como su hija ya habían terminado de comer, disponiéndose entonces a tomar la comida que tenía preparada en la mesa. Mientras Don. Jose Antonio se hallaba sentado a la mesa, comiendo, la Sra. Lidia le acompañaba, procediendo en varias ocasiones a servirle en su vaso vino procedente de una botella en la que previamente ella había introducido benzodiazepina en cantidad no determinada.

4.- Acabada la comida Don. Jose Antonio se retiró a un sofá situado en el salón de la vivienda para dormir la siesta. Mientras tanto, la hija común de la pareja, Cecilia , se marchaba de la vivienda ya que había quedado con sus amigas en un bar cercano.

5.- Pasados unos minutos Don. Jose Antonio se despertó de la siesta, apercibiéndose entonces de que no podía ver a través de uno de sus ojos, mientras que sentía que el otro ojo estaba muy inflamado, razón por la que llamó a su pareja para que le auxiliara. La estancia se encontraba en penumbra debido a que las persianas se encontraba parcialmente bajadas.

Como quiera que la Sra. Lidia no acudió a su llamada el Sr. Jose Antonio se levantó del sofá y se dirigió como pudo a través de las escaleras a la planta superior de la vivienda, encontrando a la Sra. Lidia junto a la puerta de entrada del cuarto de baño. Don. Jose Antonio explicó a su pareja lo que le estaba ocurriendo, mientras ésta permanecía inmóvil, mirando a aquel con gesto serio, comprobando entonces Don. Jose Antonio que la Sra. Lidia ocultaba un objeto entre sus manos que a él le pareció unas tijeras de cocina.

En ese momento, Don. Jose Antonio se giró y comenzó a bajar nuevamente las escaleras con intención de volver al sofá y tumbarse, siguiéndole la Sra. Lidia por detrás de él. En esa posición y en el curso del trayecto de las escaleras al sofá la Sra. Lidia atacó al Sr. Jose Antonio clavándole un cuchillo de cocina (con mango de color marrón y hoja de unos siete centímetros de longitud) y causándole cuatro heridas en región torácica (a nivel subescapular izquierdo, escapular izquierdo, interescapular y borde interno de la escápula derecha) y otra herida más en la zona lumbar derecha.

6.- Acabada la agresión, mientras Don. Jose Antonio permanecía tumbado en el sofá, la Sra. Lidia procedió a llamar por teléfono a su hija Cecilia , a quien relató que su padre (Don. Jose Antonio) le había pegado y le había clavado un cuchillo, habiéndose tenido ella que defender, pidiendo a su hija que avisara a la policía.

En esta situación, la Sra. Lidia , con el propósito de aparentar haber sido víctima de una agresión por parte del Sr. Jose Antonio , cogió un cuchillo con el que se clavó en diversas ocasiones en el muslo derecho (causándose tres heridas superficiales puntiformes más otra herida superficial inciso-superficial de 1,4 centímetros de longitud) así como en la zona dorsal del antebrazo izquierdo (dos heridas, la primera punzante y la segunda de tipo inciso-punzante, paralelas entre sí). Todas estas heridas precisaron la aplicación de puntos de sutura.

7.- Pasados unos minutos, aproximadamente sobre las 16.30 horas de la tarde, dos patrullas de la Policía Local de Calafell formadas por los agentes no NUM005 y NUM006 , por un lado, y los agentes no NUM007 y NUM008 por otro, se personaron casi al unísono en la vivienda del PASEO000 , comprobando desde la calle y a través de un seto que la Sra. Lidia se encontraba junto a una ventana de la vivienda, solicitando ayuda, presentando las manos y los brazos con restos de sangre. Los agentes accedieron al interior de la vivienda a través de la puerta principal, comprobando entonces que la Sra. Lidia se hallaba sentada en una silla y en estado de nerviosismo, con rastros de sangre tanto en el pantalón (a nivel del muslo) como en los antebrazos, mientras que Don. Jose Antonio se hallaba recostado en el sofá, con la cara y el cuerpo mirando hacia la pared.

En esa situación, mientras los agentes n° NUM005 y NUM006 atendían a la Sra. Lidia , los agentes no NUM007 y NUM008 se ocuparon Don. Jose Antonio , a quien detuvieron, colocándole bocabajo en el suelo y engrilletándole las manos contra la espalda, procediendo a continuación a avisar a los servicios médicos. La Sra. Lidia narró a los agentes que su pareja le había agredido y que le había clavado un cuchillo.

8.- Personados en el lugar los facultativos del SEM y una vez comprobado que Don. Jose Antonio presenta cinco incisiones en la espalda, se procedió a trasladarlo primeramente al servicio de urgencias del Hospital de El Vendrell, desde donde fue derivado al Hospital Sant Pau i Santa Tecla en la ciudad de Tarragona, donde ingresó presentando un cuadro diagnóstico de pneumotórax bilateral, enfisema subcutáneo torácico y cervical, pneumomediastino, hemoperitoneo y lesión renal derecha. Con posterioridad le fue diagnosticada, además, una conjuntivitis irritativa.

9.- A consecuencia de los hechos Don. Jose Antonio sufrió cinco heridas inciso-punzantes en zona supraescapular izquierda, escápula izquierda, zona interescapular, zona interna de escápula derecha y en la fosa renal derecha, todas ellas de un centímetro de longitud excepto la herida a nivel de la fosa renal que tenía una longitud de unos dos centímetros y una profundidad aproximada de seis centímetros. La curación de las referidas heridas requirió sutura así como la aplicación de un drenaje torácico.

Como secuelas Don. Jose Antonio sufre una cicatriz lineal de 1.3 centímetros en región interescapular, cicatriz lineal de 2 centímetros a nivel interno de escápula derecha y cicatriz lineal de un centímetro en la fosa renal derecha. La curación de las heridas precisó un total de 82 días (38 de los cuales estuvo hospitalizado) durante los cuales Don. Jose Antonio estuvo incapacitado para el ejercicio de sus actividades habituales.

10.- No ha quedado debidamente acreditado que la tarde del 10 de febrero de 2007 el acusado Don. Jose Antonio agrediera a su pareja la Sra. Lidia, cogiéndola por los cabellos y propinándole repetidos golpes contra la puerta de un cuarto de baño, para posteriormente arrastrarle hasta la cocina y propinarle varias cuchilladas en una pierna y en un brazo.

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

FALLO: De lo expuesto, fallamos:

Absolvemos al Sr. Jose Antonio como autor de un delito de lesiones del art.147 y 148 CP, por el que venía siendo acusado.

Condenamos a la Sra. Lidia como autora de un delito de asesinato en grado de tentativa del art.139.1 CP en relación con el art.16 del mismo texto legal, con la circunstancia agravante de parentesco del art.23 CP y la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del art.21.6 CP a la pena de siete años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio mientras dure la condena, con las penas accesorias de prohibición de acercamiento a una distancia no inferior a 500 metros respecto al Sr. Jose Antonio, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar donde éste se encontrare, durante un periodo de diez años, así como la prohibición de comunicarse con el mismo por cualquier medio o procedimiento e igual periodo de tiempo.

Condenamos a la Sra. Lidia a que como responsable civil indemnice al Sr. Jose Antonio en la cantidad de SEIS MIL EUROS (6.000 e) que devengará el interés legal del artículo 576 LEC desde la fecha de esta resolución.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Lidia que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación de la recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

MOTIVO PRIMERO Al amparo del artículo 849.10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 139.1 del Código Penal.

MOTIVO SEGUNDO Al amparo del artículo 849.10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida del artículo 16.2 del Código Penal,

MOTIVO TERCERO : Al amparo del artículo 849.10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida del artículo 20.4 y 6 del Código Penal.

MOTIVO CUARTO Al amparo del artículo 849.10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida del artículo 21.3 del Código Penal (arrebato u obcecación).

MOTIVO QUINTO Al amparo del artículo 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida del artículo 21.4 del Código Penal (confesión).

MOTIVO SEXTO Al amparo del artículo 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 21.6 del Código Penal.



MOTIVO SÉPTIMO Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 24 de la Constitución Española , en relación con el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

MOTIVO OCTAVO Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción de los artículos 17 y 24 de la Constitución Española , en relación con el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

MOTIVO NOVENO , Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del 24 de la Constitución Española .

MOTIVO DÉCIMO Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día once de febrero de dos mil quince.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo primero por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 139.1 CP .

1º Plantea la recurrente, en primer lugar, la no concurrencia de la alevosía como cualificadora del delito de asesinato, al no ser el ataque ni sorpresivo ni traicionero, y no estar privado el Sr. Jose Antonio de la posibilidad de defensa, no resultando acreditado que la benzodiacepina que se le encontró metabolizada en su cuerpo fuese suministrada por la recurrente.

Impugnación que deviene improsperable.

1º.- En relación a la alevosía en SSTs. 838/2014 de 12.12 , 703/2013 de 8.10 , 599/2012 de 11.7 , y 632/2011 de 28.6, hemos dicho que el Tribunal Supremo viene aplicándola a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos insitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTs. 155/2005 de 15.2 , 375/2005 de 22.3):

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.



c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte 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. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001 de 13.2).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime 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.

c) alevosía de desvalimiento, que 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 invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un animo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS. 19.10.2001 , es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

En cuanto a la alevosía sobrevenida se produce cuando no se halla presente en el comienzo de la acción, pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aunque sea de distinta forma o modo, durante el que surge el aprovechamiento de la indefensión del agredido, propiciada por la intervención de terceros o también por el propio agente (SSTS. 1115/2004 de 11.11 , 550/2008 de 18.9 , 640/2008 de 8.10 , 790/2008 de 18.11). Existe cuando aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada.(SSTS. 53/2009 de 22.10 , 147/2007 de 19.2 , 640/2008 de 8.10 , 243/2004 de 24.2).

2º.- En el caso presente debemos recordar, previamente la doctrina de esta Sala, contenida, entre otras en SSTS. 807/2011 de 19.7 y 380/2014 de 14.5 , que establece los requisitos del motivo casacional del art. 849.1 LECrim .

1) Respeto a los hechos probados. La casación por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado (STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". (STS 18-12-92). Tampoco integra ese carácter de norma

jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil , cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " (STS 3-2-92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una ampliación de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación.

Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero , "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim . El recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . Ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Pues bien en el relato fáctico, apartado 3º, se recoge como la Sra. Lidia , *procedió en varias ocasiones a servirle en su vaso vino procedente de una botella en la que previamente ella había introducido benzodiazepina en cantidad no determinad, y en el apartado 5º pasados unos minutos el Sr. Jose Antonio se despertó de la siesta, apercibiéndose entonces de que no podía ver a través de uno de sus ojos, mientras que sentía que el otro ojo estaba muy inflamado, razón por la que llamó a su pareja para que le auxiliara. La estancia se encontraba en penumbra debida a que las persianas se encontraba parcialmente bajadas.*

Como quiera que la Sra. Lidia no acudió a su llamada el Sr. Jose Antonio se levantó del sofá y se dirigió como pudo a través de las escaleras a la planta superior de la vivienda, encontrando a la Sra. Lidia junto a la puerta de entrada del cuarto de baño. El Sr. Jose Antonio explicó a su pareja lo que le estaba ocurriendo, mientras ésta permanecía inmóvil, mirando a aquel con gesto serio, comprobando entonces el Sr. Jose Antonio que la Sra. Lidia ocultaba un objeto entre sus manos que a él le pareció unas tijeras de cocina.

En ese momento, el Sr. Jose Antonio se giró y comenzó a bajar nuevamente las escaleras con intención de volver al sofá y tumbarse, siguiéndole la Sra. Lidia por detrás de él. En esa posición y en el curso del trayecto de las escaleras al sofá la Sra. Lidia atacó al Sr. Jose Antonio clavándole un cuchillo de cocina (con mango de color marrón y hoja de unos siete centímetros de longitud) y causándole cuatro heridas en región torácica (a nivel subescapular izquierdo, escapular izquierdo, interescapular y borde interno de la escápula derecha) y otra herida más en la zona lumbar derecha.

De tal relato fáctico se desprende que el ataque llevado a cabo por la acusada con el cuchillo, se produjo de manera sorpresiva y a traición, al encontrarse la víctima de espaldas, bajando las escaleras y con sus facultades físico-psíquicas disminuidas a consecuencia del alcohol ingerido y el ansiolítico (benzodiazepina) que la recurrente había introducido en el vino, sin conocimiento del Sr. Jose Antonio .

3º.- En segundo lugar cuestiona la concurrencia del animus necandi aduciendo que los hechos deben subsumirse en el delito de lesiones del art. 147 y 148 por el uso de arma.



Alegación que no debe ser acogida.

La determinación del ánimo homicida constituye uno de los problemas más clásicos del derecho penal habiendo elaborado esta Sala una serie de criterios complementarios, no excluyentes, para que en cada caso, en un juicio individualizado riguroso, se pueda estimar concurrente -o por el contrario cualquier otro distinto, animo laedendi o vulnerandi, en una labor- se dice en la STS. 172/2008 de 30.4 , inductiva pues se trata de que el Tribunal pueda recrear, ex post facti, la intención que albergara el agente hacia la víctima, juicio de intenciones que por su propia naturaleza subjetiva solo puede alcanzarlo por vía indirecta a través de una inferencia inductiva que debe estar suficientemente razonada.

Por ello en este sentido el elemento subjetivo de la voluntad del agente, substrato espiritual de la culpabilidad, ha de jugar un papel decisivo al respecto llevando a la estimación, como factor primordial, del elemento psicológico por encima del meramente fáctico, deducido naturalmente de una serie de datos empíricos, muchos de ellos de raigambre material o físico, de los que habría que descubrir el ánimo del culpable, llegando a la determinación de si realmente hubo dolo de matar, dolo definido en alguna de sus formas, aún el meramente eventual.

El delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntad en su acción dirigida hacia la meta propuesta de acabar con la vida de una persona, dolo de matar que, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho y que según reiterada jurisprudencia (SS. 4.5.94 , 29.11.95 , 23.3.99 , 11.11.2002 , 3.10.2003 , 21.11.2003 , 9.2.2004 , 11.3.2004), podemos señalar como criterios de inferencia, 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 zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta, la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (STS. 57/2004 de 22.1), a estos efectos tienen especial interés el arma empleada, la forma de la agresión y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida. Estos criterios que "ad exemplum" se descubren no constituyen un sistema cerrado o "numerus clausus" sino que se ponderan entre sí para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se constatan con nuevos elementos que pueden ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad imperiosa de sus actos.

Asimismo es necesario subrayar -como decíamos en las SSTs. 210/2007 de 15.3 , 172/2008 de 30.4 , 487/2008 de 17.7 - que el elemento subjetivo del delito de homicidio no solo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS. 8.3.2004).

Como se argumenta en la STS. de 16.6.2004 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 acreditada 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.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto, "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente

el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. En el conocimiento del riesgo encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado" (véase STS de 1 de diciembre de 2.004 , entre otras muchas).

Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3.7.2006 , bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia tanto el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sabe el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual continúa su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generados.

En similar dirección la STS. 4.6.2001 dice el dolo supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

En el caso actual la sentencia de instancia en el juicio de tipicidad considera que no hay margen de duda sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos reclamados por el tipo de asesinato. Así destaca que la acción no solo se presentaba del todo idónea (asestar cinco cuchilladas en la espalda con un cuchillo de unos 8 cms, de hoja acabado en forma puntiaguda y cortante, de 1 cm. de anchura), para la producción del resultado prohibido, sino que, además, permite identificar el dolo reclamado por el aspecto subjetivo. El comportamiento previo al momento de asestar las cuchilladas, el número de incisiones en el cuerpo de la víctima, hasta cinco; la zona donde se produjeron, situadas todas ellas en la parte posterior del cuerpo, cuatro de ellas en la zona escapular y una en la lumbar; la potencialidad lesiva del arma utilizada son circunstancias, todas ellas, que denotan la concurrencia del dolo homicida.

Razonamiento correcto, pues con su acción la acusada atacando con un cuchillo con capacidad vulnerante y dirigiendo los repetidos golpes a zonas vitales, no podía descartar el riesgo de muerte subsiguiente a tal acción concreta de peligro, siendo adecuada para causarla, lo que permite que, al menos, por dolo eventual, la posibilidad o probabilidad de la muerte de la víctima, fue asumida por la acusada con su actuar.

SEGUNDO: El motivo segundo por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , por no aplicación del art. 16.2 (excusa absolutoria). Desistimiento activo voluntario, pues aunque se pudiera entender que la recurrente tuvo la finalidad de acabar con la vida del Sr. Jose Antonio , a continuación desistió voluntariamente de su actuación homicida y llamó inmediatamente a su hija para que a su vez llamase a la policía, mientras la víctima estaba en el sofá, herida pero consciente y por ello, su acción únicamente debe castigarse por las responsabilidades en lo que, en ese momento, ya había incurrido, esto es, las lesiones.

El motivo se desestima.

Las SSTs. 804/2010 de 24.9 , y 1188/2010 de 30.12 , recuerdan la doctrina de esta Sala, en la exégesis del artículo 16.2, que ha venido distinguiendo entre la necesidad de un denominado "arrepentimiento activo", o acciones positivas tendentes a neutralizar los actos ejecutivos ya 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 , según que nos encontremos ante lo que se ha venido a denominar "tentativa acabada" o "inacabada".

Así, mientras que en la "inacabada" bastaría con la interrupción de la ejecución, en la "acabada" se requeriría la realización de actos impositivos del resultado.



No obstante esta Sala considera que, por mucho que haya parecido favorecer la claridad de la aplicación de la norma esa diferenciación, ya casi "clásica", entre la tentativa "acabada" y la "inacabada", la misma se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones como precisamente ésta de su relación con el "desistimiento", puede llegar a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas.

De hecho parece incuestionable que nuestro legislador de 1995, perfecto conocedor de las posiciones doctrinales definidoras de dicha distinción, optó con plena y consciente voluntad sin embargo, superando con ello la tradicional dicotomía tentativa-frustración, por reducir la ejecución ausente de consumación a una sola categoría, tentativa, que englobase tanto los supuestos de realización de "...*todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado...*" (art. 16.1 CP), remitiendo a la simple condición de regla para la determinación de la pena (art. 62 CP), sin entidad ontológica dispar, "...*el grado de ejecución alcanzado*" por el autor en la comisión del delito, que deberá además valorarse a tales efectos con otro criterio cual es el del "...*peligro inherente al intento...*"

En línea con lo anterior 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.

En cuanto al desistimiento la STS. 456/2009 de 27.4 , incide en este sentido, mientras que el "desistimiento en sentido propio", o "arrepentimiento eficaz", supone una interrupción de la actuación delictiva llevada a cabo en el curso de la ejecución del ilícito que, de esta forma, se ve interrumpida antes de su conclusión y de alcanzar el resultado, el llamado "desistimiento activo" consiste a su vez en la evitación voluntaria de la consumación del delito, impidiendo la producción del resultado a pesar de haberse realizado previamente todos los actos a él conducentes, como dispone uno de los supuestos del apartado 2 del artículo 16 del Código Penal .

De hecho, el referido precepto configura como excusa absolutoria, que excluye la responsabilidad penal del agente y, por ende, la punición de su conducta, dos diferentes hipótesis: el "arrepentimiento activo" o "desistimiento propio", cuando se evita la consumación al no proseguir con la ejecución del delito una vez comenzada, y el "desistimiento activo" que, como queda dicho, significa, una vez completada la ejecución del ilícito, la realización de acciones que impiden que se produzca el resultado.

En cuanto al fundamento de tal previsión, estriba -según se dice en STS. 19.12.2007 y reitera la de 2.2.2009 , en los siguientes: "Algunos autores entienden que el tratamiento favorable que en el mismo se establece para el desistimiento del delito intentado responde a razones de política criminal. Según esta doctrina - conocida como 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. Otros autores sostienen (teoría de la culpabilidad *insignificante*) que el fundamento de esta norma se encuentra precisamente en la reducción de culpabilidad hasta lo insignificante, pues se apoya en una compensación basada en un *actus contrarius* . Finalmente, otra parte de la doctrina, considera que, en el mismo, confluyen *varios* fundamentos: las apuntadas razones de política criminal y también la menor culpabilidad que implica la consideración global del hecho, con un significado inicial negativo que se compensa con un sentido positivo de la evitación del resultado configurador de la correspondiente figura penal".

En la STS. 197/2010 de 16.12 , después de examinar los criterios doctrinales para determinar la voluntariedad del desistimiento, se afirma que " **Pertencen al ámbito del desistimiento voluntario los supuestos en que, siendo posible objetivamente continuar la acción iniciada, decide el sujeto abandonar el proyecto criminal bien por motivos autónomos e independientes de las circunstancias concurrentes -sean o no esos motivos éticamente valiosos- o bien por la percepción de un riesgo que sería razonablemente asumible o aceptable en comparación con las ventajas que obtendría de la prosecución de la acción, desde la perspectiva de la lógica criminal justifica que el orden jurídico recompense la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente. Y en STS. 1573/2001 de 17.9 , se insiste en que "no requiere ninguna motivación especial" bastando sea voluntario.**

En cuanto al llamado desistimiento activo, en el caso de tentativa acabada, en Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 15.2.2002, que lo calificó de "excusa absolutoria incompleta", la entendió aplicable tanto cuando era el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando el mismo desencadena o provoca la actuación de terceros que con los que finalmente lo consigue. Acordes con la doctrina SSTS. 446/2002 de 1.3 , y 1270/2006 de 13.11 .

En el caso examinado nos encontramos ante una tentativa acabada por el autor realizó todos los actos que objetivamente eran precisos para producir la muerte. Así la sentencia destaca, fundamento jurídico cuarto, que la declaración de hechos probados permite identificar en la acción un altísimo grado de ejecución y no menos alto de puesta en peligro del bien jurídico protegido. Las heridas comprometieron de forma inmediata la vida del Sr. Jose Antonio y en este sentido, tanto los medico-forenses como los doctores que asistieron al



Sr. Jose Antonio en el servicio de urgencias del Hospital de Santa Tecla coincidieron a la hora de señalar que las heridas se encontraban en zonas vitales del cuerpo, así como la necesidad de proceder ante la presencia de su neumotórax bilateral a la practica de un drenaje torácico, ante el riesgo cierto de que en otro caso el paciente se hubiera podido ahogar por el posible riesgo en los pulmones.

La jurisprudencia de esta Sala (STS. 11.12.2006), ha venido sosteniendo que de la no continuación de la agresión que hubiera podido producir la muerte no cabe deducir que la tentativa solo debe ser considerada inacabada. Por el contrario, cuando uno solo de los actos tenia la aptitud para producir el resultado según el plan del autor, la tentativa se debe considerar acabada, aunque el autor hubiera podido continuar la agresión. De estas premisas se deduce que, en todo caso, la no continuación de la agresión puede tener -según el punto de vista adoptado- trascendencia respecto de si la tentativa es acabada o no, pero, en ningún caso respecto a la existencia del dolo, dado que en la jurisprudencia solo se admiten las tentativas dolosas. Si el autor conoció el peligro concreto de la realización del tipo, el hecho de que este no se haya cumplido íntegramente no afecta al dolo, dado que ninguna tentativa afecta al dolo, sino solo al tipo objetivo.

Siendo así y no recogiéndose en el factum dato alguno que permita afirmar que el resultado no se produjo por una acción realizada por el propio recurrente, no se dan los presupuestos de ese "arrepentimiento eficaz" con que también se conoce en la doctrina a esta causa de exención parcial de la responsabilidad criminal (STS. 5.12.2003), al no ser suficiente el mero cese del ataque pues dicho comportamiento no puede considerarse activo en términos normativos, ni priva, ni reduce los niveles de especifica antijuricidad del delito de homicidio previamente intentado (STS. 8.2.2007), en la que se excluye, ontológicamente, la posibilidad de apreciar la cláusula de desistimiento en una acción intentada de homicidio en la que el agente no prosigue en la ejecución.

En efecto el factum solo recoge que acabada la agresión, mientras el Sr. Jose Antonio permanecía tumbado en el sofá, la Sra. Lidia procedió a llamar por teléfono a su hija Cecilia , a quien relató que su padre (el Sr. Jose Antonio) le había pegado y le había clavado un cuchillo, habiéndose tenido ella que defender, pidiendo a su hija que avisara a la policía.

Consecuentemente no hubo voluntad de la acusada de neutralizar los efectos delictivos, la finalidad de la llamada no fue para que atendieran a la víctima sino dar cobertura a una versión falsa de lo acaecido para que la policía tomase un conocimiento equivocado de lo acaecido, lo que motivó incluso que detuvieran al Sr. Jose Antonio , colocándole bocabajo en el suelo, engrilletando las manos contra la espalda, no siendo hasta la llegada de los facultativos del SEM cuando se procedió a su traslado al Hospital.

TERCERO: El motivo tercero por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , por inaplicación del art. 20.4 y 6 (legítima defensa y miedo insuperable).

Entiende que existió una situación de legítima defensa cuyo exceso intensivo se ve cubierto por el temor y terror de la recurrente.

Entiende el motivo que las lesiones que sufrió el día de los hechos fueron producidas por el Sr. Jose Antonio , por lo que reaccionó en legítima defensa, cuyo exceso intensivo debe entenderse cubierto por el miedo insuperable.

El motivo se desestima.

1º.- La legítima defensa -como hemos dicho en STS. 454/2014 de 10.6 , es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice propio de toda causa de justificación la existencia en determinados casos de un «animus defendendi» que, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor («animus necandi»), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además insito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo (SSTS. 332/2000 de 24.2 , 962/2005 de 22.7 , 1253/2005 de 26.10 , 1262/2006 de 28.12 , 973/2007 de 19.11).

Por último la necesidad racional del medio empleado supone: necesidad o sea que no puede recurrirse a otro medio menos lesivo; y la proporcionalidad en modo racional no matemático que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo, en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva en la que los contendientes se encuentran, teniendo en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana, de modo que "esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado", de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno (STS. 444/2004 de 1.4).



Por ello, se ha abierto paso a la idea de que, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, hay que fijarse en el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la acción de defensa, introduciéndose así, junto a aquellos módulos objetivos de la comparación de los medios empleados por agresor y defensor, el elemento subjetivo que supone valorar tales medios como aquellos que sean, desde el punto de vista del agredido razonables en el momento de la agresión.

Posición ésta que ha adquirido apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia, que "no encuentra en el texto legal razón alguna que imponga en este punto de los medios unas exigencias objetivas e igualitarias que restringirían el ámbito de la legítima defensa", no descartándose, ni la valoración de la posible perturbación psicológica que de ordinario produce la agresión, ni la necesidad de acudir al doble patrón objetivo y subjetivo para establecer la proporcionalidad de los medios. Y es cuando la ley habla de la necesidad de que el medio empleado ha de ser "racional" ya está revelando una flexibilidad o graduación que no puede someterse a reglas predeterminadas por lo que no puede exigir a quien actúa bajo la presión de tener que defenderse la reflexión y ponderación que tendría en circunstancias normales de la vida para escoger los medios de defensa (SSTS. 24.2.2000 , 16.11.2000 y 17.10.2001).

En este sentido, decíamos en la STS. 470/2005 de 14.4 , siguiendo la doctrina de la STS. 17.11.99 , que el art. 20.4 CP . no habla de proporcionalidad de la defensa y el medio empleado, advirtiendo que la palabra "proporcionalidad" no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la ley expresamente requiere para la defensa es la "necesidad racional del medio empleado" para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada (racional) para repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos; en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir proporcionalidad, es decir, como precisan las SSTS. 29.2 y 16.11.2000 y 6.4.2001 , no puede confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad como adecuación entre la lesión que pueda ser causada con el empleo del objeto u arma utilizada, y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada en base a su necesidad y no por la proporcionalidad mencionada.

Sólo excepcionalmente, cuando la insignificancia de la agresión y la gravedad de las consecuencias de defensa para el agresor resulten manifiestamente desproporcionados, cabrá pensar en una limitación del derecho de defensa (los llamados límites éticos de la legítima defensa). STS. 614/2004 de 12.5 que reitera el criterio de que la acción de defensa necesaria debe ser considerada desde una perspectiva ex ante. Es decir, el juicio sobre la necesidad se debe llevar a cabo a partir de la posición del sujeto agredido en el momento de la agresión.

Podemos concluir, afirmando que contra el injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazo de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contraprestación.

En resumen, en la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, sus condiciones personales, posibilidad del auxilio con que pudiera contar etc. sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés pues dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse el acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir finalmente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto calculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión (STS. 14.3.97 , 29.1.98 , 22.5.2001).

Por ello si lo que falta es la proporcionalidad, el posible exceso intensivo o propio no impide la aplicación de una exigente incompleta, teniendo en cuenta tanto las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y la gravedad del bien jurídico en peligro, como la propia naturaleza humana, exceso intensivo que se admite pueda completarse con el miedo insuperable insito en ella, lo que permitiría su apreciación completa como exigente del art. 20.4.

2º.- Y en cuanto al miedo, de larga tradición jurídica es considerado por la moderna psicología como una emoción asténica de fondo endotímico, en su vertiente jurídica, como circunstancia exigente ha sido analizado por la doctrina jurisprudencial, por todas SS. 783/2006 de 29.6 , 180/2006 de 16.2 y 340/2005 de 8.3 , que parte de la consideración de que la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es en la inexistencia de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que



quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. El art. 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8.10º del Código Penal derogado. La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima. Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado. Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio (S 16-07-2001, núm. 1095/2001). La aplicación de la eximente exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aún reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta (S 16-07-2001, núm. 1095/2001). La doctrina jurisprudencial (STS 1495/99, de 19 de octubre), exige para la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable, la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva (Sentencia de 29 de junio de 1990) En parecidos términos la STS 1382/2000, de 24 de octubre , en la que se afirma que la naturaleza jurídica ha sido discutida en la doctrina si se trata de una causa de inimputabilidad, o de inculpabilidad, o de inexigibilidad de otra conducta distinta, e incluso de negación de la acción, tiene su razón de ser en la grave perturbación producida en el sujeto, por el impacto del temor, que nubla su inteligencia y domina su voluntad, determinándole a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica sería delictivo, y que no tenga otro móvil que el miedo, sin que, ello no obstante, pueda servir de amparo a las personas timoratas, pusilánimes o asustadizas (v., ss. de 29 de junio de 1990 y de 29 de enero de 1998, entre otras)".

Cuando acudimos al hombre medio como criterio de valoración de la situación, no queremos decir que haya de indagarse en una especie de fantasma un comportamiento esperado. Ello sería injusto y además sólo serviría para transferir a un ser no real comportamientos de seres humanos, en su situación concreta. Se trata de indagar si la persona que ha actuado, en su concreta situación anímica y social, tuvo posibilidad de actuar conforme prescribe el ordenamiento jurídico. Es decir, se utiliza el recurso el hombre medio sin olvidar las concretas circunstancias concurrentes.

En definitiva, como se expresaba en las SSTs. 143/2007 de 22.2 y 332/2000 de 24.2 , la doctrina de esta Sala ha requerido para la aplicación de la eximente:

a) la presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de temor invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto; b) que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; c) que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas con pautas generales de los nombres, huyendo de concepciones externas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de personas miedosas o pusilánimes; y d) que el miedo ha de ser el único móvil de la acción.

En el caso presente, sabido es que cuando un motivo de casación por infracción de Ley se funda en el art. 849.1 LECrim . es obligado respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, art. 884.3 LECrim ., pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre los hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (SSTs. 1071/2006 de 9.11).

El recurrente no respeta los hechos probados que no solo no recoge dato alguno que posibilite la apreciación de tales circunstancias, sino que expresamente en el apartado 10 considera que no ha quedado acreditado que la tarde de ese día el Sr. Jose Antonio agrediera a su pareja la Sra. Lidia , cogiéndola por los cabellos y propinándole repetidos golpes contra la puerta de su cuarto de baño, para posteriormente arrastrarle hasta la cocina y propinarle varias cuchilladas en una pierna y en un brazo. Por el contrario en el apartado 6 in fine lo que entiende probado es que fue la propia Sra. Lidia quien con el propósito de aparentar haber sido víctima

de una agresión por parte del Sr. Jose Antonio cogió un cuchillo con el que se clavó en diversas ocasiones en el muslo derecho y en la zona dorsal del antebrazo izquierdo.

CUARTO: El motivo cuarto infracción de Ley art. 849.1 LECrim , por no aplicación del art. 21.3 (arrebato u obcecación).

Se afirma que la Sra. Lidia era una mujer maltratada y existía un problema económico entre la pareja que llegó a eclosionar el día de los hechos, en los que se inicia una grave discusión. Eclosión que le llevó a actuar a causa de un estímulo tan poderoso que provocó en la misma un arrebato u obcecación.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

En relación a la atenuante de arrebato u obcecación u otro estado personal de entidad semejante la jurisprudencia de esta Sala (SSTS. 838/2014 de 12.12 , 539/2014 de 2.7 , 246/2011 de 14.4 , 170/2011 de 29.3 , ha señalado que son dos los elementos que configuran esta atenuante: **causa y efecto**.

Ha de existir una causa o estímulo, que ha de ser importante de modo que permita explicar (no justificar) la reacción delictiva que se produjo. Ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción (STS 27.2.92). Ha de proceder del comportamiento precedente de tal víctima (STS 20.12.96). El motivo desencadenante no ha de ser repudiable desde el punto de vista socio-cultural (STS 14.3.94). 2º. Tal causa o estímulo ha de producir un efecto consistente en una alteración en el estado de ánimo del sujeto, de modo que quede disminuida su imputabilidad, no tanto que llegue a integrar un trastorno mental transitorio constitutivo de una eximente completa o incompleta, ni tan poco que no exceda de una mera reacción colérica o de acaloramiento o leve aturdimiento que suele acompañar a algunas figuras delictivas y ha de considerarse irrelevante (STS 2.4.90). Arrebato se dice cuando la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo, mientras que la obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo. En todo caso el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante (S. 14.4.92). El tercer término, el estado pasional de entidad semejante, añadido en 1983 probablemente para poder acoger el contenido de aquellas otras atenuantes de similar contenido que por aquella importante modificación legal quedaron derogadas (provocación o amenaza, vindicación próxima), extiende el ámbito de esta atenuante por voluntad del legislador, pero quizá de modo superfluo ante la amplitud de los otros elementos alternativos".

En la STS nº 1147/2005 , se señalaba que "su esencia, como se recuerda en la STS núm. 582/1996, de 24 de septiembre , radica en una sensible alteración de la personalidad del sujeto cuya reacción de tipo temperamental ante estímulos externos incide sobre su inteligencia y voluntad, mermándolas en relación de causa a efecto y en conexión temporal razonable, presentándose como una respuesta que puede ser entendida dentro de parámetros comprensibles en un entorno normal de convivencia. La jurisprudencia de esta Sala, que excluye el arrebato en los supuestos de simples reacciones coléricas y en los casos de simple acaloramiento o aturdimiento que acompaña a la comisión de algunas figuras delictivas, ha señalado que el fundamento de esta atenuante se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce en un sujeto que se encuentra con la mente ofuscada por una pasión que en ese momento le afecta. Es posible que ese estado pasional venga provocado por una sucesión de hechos producidos en un período de tiempo más o menos extenso, y que permanezca larvado hasta su explosión a causa de un estímulo concreto que incide de forma importante en un sustrato previamente existente. Se ha venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos para apreciar esta circunstancia de atenuación.

En primer lugar, debe constatarse la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima (STS núm. 256/2002, de 13 de febrero), que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación (sentencia de 27 de febrero de 1992), pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebato consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor (STS núm. 1483/2000, de 6 de octubre).

En segundo lugar ha de quedar acreditados la ofuscación de la conciencia, o estado emotivo repentino o súbito, u otro estado pasional semejante, que acompaña a la acción.

En tercer lugar, debe existir una relación causal entre uno y otra, de manera que la conducta sea una consecuencia de la trascendencia del estímulo.

En cuarto lugar, ha de existir una cierta conexión temporal, pues el arrebató no podrá apreciarse si ha mediado un tiempo entre estímulo y reacción que prudencialmente permita estimar que se ha recuperado la frialdad de ánimo.

Y en quinto lugar, que la respuesta al estímulo no sea repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia" (STS núm. 1301/2000, de 17 de julio).

Por lo tanto, no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional.

La STS. 1003/2006 de 19.10 , compendia la doctrina de esta Sala -SSTS. 2085/2001 de 12.11 , 1369/2003 de 8.11 - , "la atenuante tercera del art. 21 del Código Penal , denominada de "estado pasional", que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre, como el que es objeto de esta censura casacional. Es del todo evidente que en toda situación de acometimiento personal, derivada de una disputa previa en la que sin solución de continuidad de las palabras se pasa a los hechos (delictivos), el acaloramiento como situación pasional es todo punto concurrente con situaciones de tensión, ofuscación e incluso de cierto descontrol anímico. Pero tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como de "arrebató" u "obcecación". El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una "especie de conmoción psíquica de furor" y la segunda como "un estado de ceguedad u ofuscación", con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda (STS 2-7-1988); otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el "arrebató como emoción súbita y de corta duración" y la "obcecación es más duradera y permanente" (STS 28-5-1992); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 10-10-1997)".

Siendo así la no apreciación de la atenuante cuestionada debe ser mantenida por cuanto en el relato histórico no se señala que la acusada estuviese siendo maltratada por la víctima, ni tampoco la existencia de discusión alguna entre el Sr. Jose Antonio y la Sra. Lidia que pudiera provocar ese arrebató u obcecación postulado.

QUINTO: El motivo quinto infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , por no aplicación del art. 21.4 CP (confesión) al haber procedido la culpable antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella a confesar la infracción a las autoridades pues la Sra. Lidia llamó a su hija para que a su vez llamara a la policía explicándole lo que había ocurrido, y permaneciendo a la espera hasta que vino la policía Local.

El motivo se desestima.

Como hemos dicho en SSTS. 708/2014 de 6.11 , y 1126/2011 de 2.11 en relación a la atenuante de confesión del art. 21.4 CP . la jurisprudencia de esta Sala, manifestada entre otras en SSTS. 246/2011 de 14.4 , 6/2010 de 27.1 , 1238/2009 de 11.12 , 25/2008 de 29.1 , 544/2007 de 21.6 , 1071/2006 de 9.12 , ha puesto de relieve que la razón, la atenuante no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito. Se destaca como elemento integrante de la atenuante, el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos. En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTS. 21.3.97 y 22.6.2001), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá la virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada, cuando ya la Autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación. Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, sólo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el "factum", introduciendo elementos distorsionantes de lo realmente acaecido (SSTS. 22.1.97 , 31.1.2001). Tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales "a no declarar contra sí mismo" y "a no confesarse culpable" puesto que ligar un efecto beneficioso o la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (STC. 75/87 de 25.5).

En la sentencia 25.1.2000 , se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serían los siguientes: 1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2) El



sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3) la confesión habrá de ser veraz en lo sustancial; 4) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5) La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla; 6) Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a lo efectos de la atenuante. Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS. 23.11.2005 , 19.10.2005 , 13.7.98 , 27.9.96 , 31.1.95).

Respecto a la veracidad de la confesión, aunque no sea necesario que coincida en todo, no puede apreciarse atenuación alguna cuando es tendenciosa, equivoca y falsa, exigiéndose que no oculta elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades (STS. 880/2006 de 20.9).

Situación que sería la presente por cuanto la recurrente ni ante los agentes de la policía, ni durante todo el procedimiento, incluso en esta vía casacional, ha confesado los hechos sino que ha ofrecido una versión irreal y tergiversadora de cómo sucedieron, tratando de justificar su actuación y eludir su responsabilidad.

SEXTO: El motivo sexto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida de la pena al aplicar la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP , y en consecuencia aplicar la sentencia la pena inferior en un solo grado en su máxima extensión.

Considera el motivo que la consideración de aquella atenuante como muy cualificada debió determinar que en la rebaja de la pena en otro grado -además del preceptivo por la tentativa-, la extensión debió ser en la mínima legal, 4 años y 3 meses prisión.

Queja infundada, pues como hemos dicho en SSTS. 838/2014 de 12.12 , 708/2014 de 6.11 , 539/2014 de 2.7 , 93/2012 de 16.2 , 632/2011 de 28.6 , 540/2010 de 8.6 , 383/2010 de 5.5 , 111/2010 de 24.2 , 665/2009 de 24.6 , 620/2008 de 9.10 , el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero .

"...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E ., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E . - conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo ; 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003 de 10 de Febrero ; 170/2004, de 18 de Octubre ; 76/2007, de 16 de Abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003, de 10 de Febrero ; 148/2005, de 6 de Junio ; 76/2007, de 16 de Abril)".

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión....".

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11 - que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonaran en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.



Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE . ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87 , 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11 , 349/2008 de 5.6 , que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal , cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, nº 599/2007), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim . para la infracción de Ley.

Pues bien en el caso de concurrencia de agravantes y atenuantes el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 27.3.98, obliga a la aplicación de la actual regla 7ª art. 66, en la que unas y otras deben ser objeto de compensación y ponderación. A partir de ahí puede ser que permanezca un fundamento cualificado de atenuación, y entonces se aplicará la pena inferior en grado, conforme la regla 2ª, o que subsista una atenuación ordinaria, como fruto de la compensación, en cuyo caso se aplica la regla 1ª, mitad inferior. Y si se mantiene un fundamento cualificado de la agravación la pena se aplicará conforme la regla 3ª, en la mitad superior.

En el caso presente la sentencia motiva la pena a imponer en el fundamento jurídico 4º. Juicio de punibilidad. Así, en primer lugar reduce la pena en un grado por la tentativa, atendiendo, conforme el art. 62 CP , el peligro introducido por la acción inacabada y al grado de ejecución alcanzado -rebaja la pena en un grado que no es cuestionada en el recurso-. A continuación tiene en cuenta la concurrencia de una circunstancia agravante, parentesco del art. 23 CP , y una circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, del art. 21.6 CP , apreciada con el carácter de muy cualificada y por entender, conforme el art. 66.7 CP , que subsiste el fundamento cualificado de atenuación, al ser la circunstancia de dilaciones indebidas muy cualificada, aplica la pena inferior en otro grado.

Y dentro de ese marco penológico rebajado en dos grados, esto es de 4 años y tres meses prisión a los 7 años y 6 meses prisión, razona los motivos por lo que la concreta pena debe situarse dentro de ese límite máximo, y imponer a la Sra. Lidia debe situarse cerca del límite máximo, y ello atendiendo por un lado al hecho de que nos encontramos ante un supuesto de tentativa acabada que entrañó un alto e intensísimo grado de ejecución, consistente en un violento e intenso ataque que se concretó en cinco cuchilladas en la zona escapular y en la zona renal de la víctima, intensidad del ataque que introdujo un evidente riesgo vital para la víctima, quien aparte de sufrir una afectación directa en uno de sus riñones sufrió un neumotórax bilateral que precisó la realización de urgencia de un drenaje torácico para evitar que se produjera el ahogamiento. No podemos dejar de valorar también los especiales marcadores de antijuricidad que también concurren en la acción desplegada por la Sra. Lidia , como es la búsqueda de un marco de privacidad y clandestinidad orientada a reducir las posibilidades de reclamar ayuda por parte de la víctima, así como la frialdad en la preparación y en la posterior ejecución del plan de agresión, que incluso incluyó, como hemos tenido ocasión de examinar, la simulación de un escenario en el que ella apareció hacia el exterior como la víctima de los hechos que hoy se enjuician.

Solo el módulo del desvalor de resultado en la medida en que las lesiones físicas finalmente producidas no comportaron graves secuelas justifica no fijar la pena en el límite máximo.

Consecuente con ello impone por el delito de asesinato intentado la pena de 7 años de prisión.

Motivación suficiente que colma la exigencias del art. 72 CP , en cuanto explica las razones por las que impone la concreta pena en la mitad superior (búsqueda de la acusada de un marco de privacidad y clandestinidad orientado a reducir las posibilidades de reclamar ayuda, así como la frialdad en la preparación y ejecución del plan preconcebido que incluyó la simulación de un escenario en el que la recurrente aparecía como perjudicada).

El motivo, por lo expuesto se desestima.

SEPTIMO: El motivo séptimo por vulneración del precepto constitucional, art. 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , en relación ambos con el art. 24.1.2 CE , y art. 11 LOPJ , por infracción de un proceso con todas las garantías que evite acusaciones sorpresivas y no causar indefensión.

Argumenta que las revelaciones de la medico forense, Dra. Maribel reconociendo abiertamente en el acta del juicio oral que había ocultado información relevante en un informe pericial porque el Juez instructor así se lo ordenó para "guardarse bajo la manga información relevante ocultada durante 7 años como era que las lesiones por arma blanca que presentaba la Sra. Lidia podía, según su opinión y por el mecanismo lesional, resultar autoinfligidas, supone una actuación sorpresiva, causante de total indefensión al no poder practicarse ninguna contrapericia y afecta a la credibilidad de la perito y al derecho de defensa y por tanto a la nulidad de la prueba practicada, revelada y aportada a juicio.

Ciertamente entre las garantías que comprende el art. 24 CE , para todo proceso penal destacan por ser principios constitucionales del mismo - STS. 178/2001 de 17.9 - el de contradicción e igualdad. "En tal sentido el principio de contradicción en el proceso penal, que hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo. Y se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE , produciendo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo.

Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla encaminada a asegurar el éxito de la investigación y en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia".

Los principios de contradicción e igualdad de armas en el proceso son de particular vigencia en dos trámites de la instrucción que suelen presentarse sucesivamente, como son:

- a) la proposición de diligencias de investigación y medios de prueba, que corresponden al imputado en las mismas condiciones y términos en el que pueda hacerlo las acusaciones, derecho sometido a la facultad directiva del Juez de instrucción que admite y rechaza apreciando o no la pertinencia y utilidad de las propuestas.
- b) En el momento de la práctica de la prueba, tanto de la propuesta por la acusación como por la propia defensa, concediendo pues, las mismas posibilidades de interrogar en forma contradictoria a los testigos e intervenir activamente en la práctica de las demás diligencias propias de la instrucción, posibilidad que no implica asistencia efectiva, salvo a determinadas diligencias y la necesidad de la notificación de aquella práctica para posibilitar esa intervención, que garantiza el cumplimiento de los principios de contradicción y de igualdad de armas.

Por ello en SSTS 1238/2009, de 11-12 y 1080/2006, de 2-11 , hemos dicho que la vigencia efectiva del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo, o a un proceso con todas las garantías en términos del art. 24.2 CE . El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en la práctica, y en lo que se refiere concretamente a la defensa le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que a su juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye a su valoración por parte del tribunal.

Asimismo en este punto no resulta ocioso recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, SS. 25/2011 de 14.3 y 62/2009 de 9.3 , en orden a que "la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE , se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (SSTC 109/1985, de 8 de octubre ; 116/1995, de 17 de julio ; 107/1999, de 14 de junio ; 114/2000, de 5 de mayo ; 237/2001, de 18 de diciembre , entre otras muchas)". Por ello, tal como hemos venido reiterando, el contenido de la indefensión con relevancia constitucional queda circunscrito a los casos en que la misma sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen inmediato y directo en tales actos u omisiones; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, **estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia,**



error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (por todas, SS 109/2002, de 6 de mayo ; 141/2005, de 6 de junio ; o 160/2009, de 29 de junio). Asimismo, "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (SSTC 185/2003, de 27 de octubre , y 164/2005, de 20 de junio).

En el caso presente la sentencia recurrida descarta que se produjera esa grave ocultación de la información suministrada por la perito Doña. Maribel .

Así consta que la referida perito realizó una comparecencia ante el Juez Instructor en funciones de guardia (folio 78), en la que solicitaba esta proceder a retirar un punto de la herida inciso punzante del antebrazo de la Sra. Lidia a los efectos de poder determinar así las colas de entrada y de salida, solicitando al tiempo el auxilio de los funcionarios de la Guardia Civil de El Vendrell a fin de que elaboraran un reportaje fotográfico de todas las lesiones que presentaba la Sra. Lidia (reportaje que obra a los folios 177 y ss.).

El Ministerio Fiscal en el trámite del art. 786.2, al inicio del juicio solicitó la intervención de Doña. Maribel no solo a los efectos de que realizara un informe definitivo de las lesiones de aquella sino a los efectos de que aclarara la etiología y forma de acusación de las lesiones y la posibilidad de que éstas hubieran sido autoinfligidas. Cuestión ésta ya apuntada por la defensa del Sr. Jose Antonio que en su escrito de conclusiones provisionales ya apuntaba esa tesis autoprodutiva de las lesiones. Siendo así y partiendo de que la revelación es el descubrimiento de lo que no era conocido, su carácter inesperado constituye una verdadera exigencia añadida: no basta con que el dato sea desconocido, sino de que, a la vista del resultado de la instrucción, ha de comprobarse que no existían indicios de su eventual aparición o posibilidad de comprobación, lo que en el caso presente no se ha producido.

Además, el elemento sorpresivo se concreta en la exigencia de que la revelación afecte al derecho de defensa. De este modo la STS. 7.10.2008 , incide en que "esta alteración sustancial debe producir efectos sobre las posibilidades de defensa, por lo que en definitiva lo que hemos de analizar en la presente causa es sí, a pesar de haberse producido las modificaciones que se han mencionado, se ha visto afectado el derecho de defensa, maniatando a las defensas para hacer frente a esta súbita e inesperada acusación con eficacia".

En el caso presente la recurrente pudo en el plenario contradecir las conclusiones de Doña. Maribel . Así a la vista de las manifestaciones de esta perito la Sala de instancia, conforme lo establecido en el art. 729.3 LECrim , permitió el aplazamiento de las sesiones a fin de que la defensa pudiera solicitar la practica de nuevas pruebas, proponiéndose por ésta una nueva declaración de la Sra. Lidia y ampliación del dictamen y de los términos de intervención del psicólogo clínico Dr. Porfirio pruebas que fueron admitidas y practicadas en el plenario. No hubo en ese extremo lesión del derecho de defensa, que se hubiera producido si ejercitado por la hoy recurrente, esa proposición de nuevas pruebas le hubieran sido denegadas por el Tribunal.

Además las lesiones que presentaba la Sra. Lidia aparecen descritas en el informe preliminar de Doña. Maribel de 11.2.2007 (ver folios 82 y 83), y se encontraban fotografiadas (reportaje fotográfico, folios 178 a 182), siendo objeto de exhibición de los médicos presentes por lo que la defensa pudo contradecir las conclusiones de Doña. Maribel y preguntar al resto de los peritos sobre la nueva valoración efectuada por aquella.

Consecuentemente la defensa tuvo la posibilidad de ejercer todos los medios de defensa que estimó conveniente a su derecho, no produciéndose infracción del principio de igualdad de armas ni indefensión con relevancia constitucional.

OCTAVO: El motivo octavo por vulneración de precepto constitucional art. 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , en relación ambos con los arts. 17 y 241.2 CE , y art. 11 LOPJ , por falta de consentimiento en la retirada de puntos de sutura. Prueba obtenida con vulneración de Derechos Fundamentales.

Queja infundada.

En efecto el Tribunal Constitucional desde la sentencia 207/96 de 16.12 , se ha ocupado de las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal, estableciendo una clasificación de las mismas y sus presupuestos de legitimidad constitucional.

Así atendiendo al derecho fundamental predominantemente afectado distingue entre inspecciones y registros corporales por un lado, e intervenciones corporales por otro.

En las inspecciones y registros corporales que son aquellas medidas de investigación penal, que "consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc. o de

circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

En las intervenciones corporales en sentido estricto, es decir: "las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. A su vez estas intervenciones corporales en sentido estricto pueden ser calificadas como leves o graves, atendiendo al grado de sacrificio del derecho a la integridad física que comportan: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).

En el caso presente, de una parte, la retirada de un punto de sutura del antebrazo supone una intervención temporal con mínima injerencia en el derecho a la integridad física, y de otra en la declaración sumarial de la Sra. Lidia (folio 69), aparece como por el propio Juez instructor se le informa de la solicitud efectuada por el medico forense, respecto a la retirada de un punto de sutura y manifiesta " que no tiene inconveniente alguno". Que dicho consentimiento fue libre e informado se deduce de la asistencia letrada en su declaración y del testimonio en el plenario de la medico forense que llevó a cabo la retirada del punto de sutura, sin que puede presumirse la ilicitud de la prueba a modo de nulidad presunta.

A mayor abundamiento la nulidad de esa intervención médica impugnada no tendría las consecuencias pretendidas por la recurrente por cuanto que las lesiones sufridas por ésta fuesen autoinfligidas resulta no solo de la información suministrada por Doña. Maribel sobre la localización de las lesiones situadas todas en planos anteriores, la no apreciación en su exploración apariencia alguna de equimosis digitiforme o estigma singunial, las heridas de la extremidad superior izquierda (antebrazo) situadas en la zona dorsal cuando suelen situarse en la parte posterior del brazo, que todas las heridas que presentaba en sus extremidades eran controlables y accesibles a la propia vista, sin que ninguna de ellas afectara a estructuras importantes, tendones, articulaciones, etc..., las heridas que presentaba en el muslo de su pierna derecha como en el antebrazo era superficiales y de hecho pese a que la misma recibió un punto de sutura en la muela inciso punzante del antebrazo y otros dos en la herida inciso punzante del muslo, se trataban de puntos de aproximación a los bordes, sin que existiera necesidad objetiva de aplicar los referidos puntos; y en el caso de los cortes situados en el antebrazo que la cola de entrada estaba a la derecha y la cola de salida situada a la izquierda, siendo algo extraño pues al ser la Sra. Lidia diestra, las colas de entrada y salida debían de ser coincidentes, sino de otros datos que recoge la sentencia recurrida, como la explicación de la Sra. Lidia de cómo arrebató el cuchillo de su pareja resulta imposible al no presentar rastro alguno de que presenta cortes o heridas cortantes en la mano y en los dedos y tampoco la lesión que presentaba en la zona facial, contusión con equimosis frontal izquierda se corresponde con la descripción de los golpes que se dice recibidos; la falta de acreditamiento de lesiones psíquicas en la Sra. Lidia ; la localización de las heridas del Sr. Jose Antonio en la espalda; la no localización de mancha o rastro de sangre en el lugar donde la recurrente sitúa la agresión de su pareja, la no existencia, según los agentes policiales que actuaron el día de los hechos, de signos de lucha en el interior de la vivienda; que la Sra. Lidia presentaba síntomas depresivos y tomaba medicación, lo que posibilitaba la administración de benzodiazepina a su marido, al no constar que éste se hallara sujeto a tratamiento con antidepresivos y hubiera tomado ese día medicamento alguno; el hallazgo del cuchillo en un espacio situado entre el pasillo del recibidor y el salón del comedor de la vivienda.

Datos todos que llevan a la sala de instancia a no albergar duda alguna sobre la realidad de los hechos plasmada en el relato fáctico de la sentencia.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

NOVENO: El motivo noveno vulneración de precepto constitucional, art. 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , en relación ambos con el art. 24.1 y 2 CE , vulneración del derecho a un juez imparcial.

El motivo ligado a los precedentes debe sufrir igual suerte desestimatoria.



Es cierto que tal como hemos dicho en SSTs. 79/2014 de 18.2 y 766/2014 de 27.11 el desarrollo a un proceso con todas las garantías proclamado en el art. 24.2 CE, el derecho a un Juez o Tribunal imparcial y al propio tiempo configura un derecho fundamental implícito en el derecho al Juez legal proclamado en el mismo art. 24.2 CE. (SSTC. 47/82 de 12.7, 44/85 de 22.3, 113/87 de 3.7, 145/88 de 12.7, 106/89 de 8.6, 138/91 de 20.6, 136/92 de 13.10, 307/93 de 25.10, 47/98 de 2.3, 162/99 de 27.9, 38/2003 de 27.2; SSTs. 16.10.98, 21.12.97, 7.11.2000, 9.10.2001, 24.9.2004). La imparcialidad y objetividad del Tribunal aparece, entonces, no solo como una exigencia básica del proceso debido (STC. 60/95 de 17.3) derivada de la exigencia constitucional de actuar únicamente sometidos al imperio de la Ley (art. 117 CE) como nota esencial característica de la función jurisdiccional desempeñada por los Jueces y Tribunales (SSTC. 133/87 de 21.7 ; 150/89 de 25.9 ; 111/93 de 25.3 ; 137/97 de 21.7 y 162/99 de 27.9), sino que además se erige en garantía fundamental de la Administración de Justicia propia de un Estado Social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), que está dirigida a asegurar que la razón última de la decisión jurisdiccional que se adopta sea conforme al ordenamiento jurídico y se dicte por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares (SSTC. 299/94 de 14.11, 162/99 de 27.9 ; 154/2001 de 2.7).

Asimismo el TEDH. ha destacado la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo, en sentencias como las del caso De Lubre (S. 26.10.84); Hanschildt (S. 16.7.87), Piersack (S. 1.10.92); Sainte-Marie (S. 16.12.92); Holm (S. 25.11.93); Saraira de Carbalnon (S. 22.4.94); Castillo-Algar (S. 28.10.98) y Garrido Guerrero (S. 2.3.2000).

Consecuentemente el art. 24.2 CE, acorde con lo dispuesto en el art. 6 del Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio, de tal modo que la imparcialidad judicial constituye una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (STC. 151/2000 de 12.6). Por este motivo la obligación del Juzgador de no ser "Juez y parte", ni "Juez de la propia causa", supone, de un lado, que el Juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra. En tal sentido la jurisprudencia viene distinguiendo entre una "imparcialidad subjetiva", que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes y una "imparcialidad objetiva", es decir, referida al objeto del proceso, por lo que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (SSTC. 47/98 de 2.3 ; 11/2000 de 27.1 ; 52/2001 de 26.2 ; 153/2002 de 22.7 ; y SSTs. 1493/99 de 21.12 ; 2181/2001 de 22.11 ; 1431/2003 de 1.11 ; 70/2004 de 20.1 ; 1167/2004 de 22.10).

La reciente STC. 149/2013, recuerda las líneas fundamentales de la doctrina sobre el derecho a un Juez imparcial:

a) La imparcialidad del Juez puede analizarse desde una doble vertiente. Una "imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él" (por todas STC 47/2011, de 12 de abril).

b) La garantía de la imparcialidad objetiva "pretende evitar toda mediatización, en el ámbito penal, del enjuiciamiento a realizar en la instancia o a revisar en vía de recurso" (STC 313/2005, de 12 de diciembre). Esto es "que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor" (STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 4). Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero "la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro -en el juicio o en el recurso- una justicia imparcial. La Ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó, ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de aquél o la recusación por éstos, que quede apartado del juicio del recurso el Juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de instrucción." (SSTC 157/1993, de 6 de mayo, y 11/2000).

c) No basta que tales dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de la parte, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, STC 47/2011, de 12 de abril). Se hace necesario examinar las circunstancias del caso, en tanto que "la imparcialidad del Juez no puede examinarse *in abstracto*, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador." (STC 60/1995, de 16 de marzo,



que acomoda la interpretación del mencionado derecho a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Asimismo es doctrina del Tribunal Constitucional -por todas sentencias 69/2001 de 17.3, contiene algunas referencias tangenciales a la garantía de imparcialidad desde el punto de vista del órgano encargado de la instrucción de los procesos penales. Así, la STC 106/1989, de 8 de junio, FJ 2, elevó la independencia judicial y la imparcialidad, garantizadas por los arts. 24.2 y 117.1 CE, a "nota consustancial de todo órgano jurisdiccional"; y el ATC 1124/1988, de 10 de octubre, FJ 2, a propósito de una queja relativa al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, razonó que "la actividad del Juez de Instrucción se encuentra regida por el principio de imparcialidad". Desde este punto de vista la STC 145/1988, FJ 5, señalaba que, con su fundamentación "no se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 LECrim)", pues es evidente que el Juez de Instrucción puede hallarse, al igual que el Juez sentenciador, en una particular relación con las partes y con el objeto del proceso susceptible de afectar negativamente a su ecuanimidad y rectitud de juicio. La anterior conclusión viene corroborada con lo dispuesto en el art. 219 LOPJ, en la medida en que las causas legales de abstención y recusación se predicán de todos los Jueces y Magistrados, y específicamente en la LECrim, que no sólo reitera esta previsión (art. 52) sino que contempla expresamente la posibilidad de recusar al Juez de Instrucción (arts. 58 y 61 párrafo 2). Y es que, en la medida en que la instrucción criminal, pese a su finalidad inquisitiva, obliga a consignar todas las circunstancias que puedan influir en la calificación de los hechos investigados, sean favorables o adversas al imputado, faculta para adoptar medidas cautelares que pueden afectar a derechos fundamentales de la persona y debe respetar algunos principios (derecho de defensa, a conocer la imputación, de contradicción e igualdad entre las partes), se hace obligado que el instructor deba revestir las necesarias condiciones de neutralidad tanto en relación con las partes del proceso como sobre su objeto. En definitiva, el Juez de Instrucción, como cualquier Juez, debe ser un tercero ajeno a los intereses en litigio, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso.

En esta misma línea, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado el contenido del art. 5.3 CEDH, ha puesto de relieve, en una interpretación literal del precepto, que el ejercicio de funciones judiciales no se limita necesariamente a juzgar, y, de otro lado, desde una interpretación sistemática del Convenio, ha observado que la finalidad de la norma es la de garantizar la imparcialidad y la objetividad de toda persona que ha de decidir sobre la privación de la libertad de otra. Y, en este sentido, el Juez o la "autoridad habilitada por la ley" debe de ser independiente del poder ejecutivo y de las partes, dada su obligación de examinar las circunstancias que actúan en favor o en contra del arresto. A ello cabe añadir que, aun cuando el mismo Tribunal ha declarado que nada impide que la autoridad competente para acordar la detención pueda desempeñar otras funciones (a título de ejemplo, su intervención procesal posterior como parte acusadora), la actuación de dicha autoridad correrá el riesgo de inspirar a los justiciables dudas legítimas sobre su imparcialidad si no es revisada por el juez encargado del caso (en este sentido se pronuncian las SSTEDH de 4 de diciembre de 1979, caso Schiesser; de 22 de mayo de 1984, casos Jong y otros, Van der Sluijs y otros y Duihof y Duijf; de 26 de mayo de 1988, caso Pauwels; 30 de marzo de 1990, caso Huber; de 26 de noviembre de 1992, caso Brincat; de 28 de octubre de 1998, caso Assenov; y de 24 de julio de 2000, caso Niebdala).

Así pues, aunque el contenido de la garantía constitucional de imparcialidad del Juez de Instrucción, dada la configuración de nuestro sistema procesal, no sea idéntica a la que pueda predicarse del órgano de enjuiciamiento (pues habrá de ponerse en conexión con las resoluciones o determinaciones que concretamente haya adoptado en un determinado asunto), es también exigible a aquél en la medida en que en esta fase del proceso penal, tal y como viene diseñado en nuestras leyes procesales, ha de resolver las pretensiones que ante él se formulen sin prejuicios ni motivaciones ajenas a la recta aplicación del Derecho, y ha de tomar determinaciones que pueden afectar a los intereses o derechos fundamentales de las partes (así ocurre con los Autos de prisión o libertad provisional, de procesamiento, de sobreseimiento o de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado por ejemplo), sobre las cuales ha de exigirse la previa condición de que el Juez que las adopte aparezca tanto subjetiva como objetivamente neutral.

Igualmente no puede olvidarse que el Juez de instrucción posee en la fase de investigación en nuestro proceso penal, una doble posición: como director de la instrucción y como garante de los derechos fundamentales. En la primera de dichas funciones es la investigación directa de los hechos, con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria, la que puede considerarse como actividad propiamente instructora y puede provocar en el ánimo del Juez prejuicios o impresiones en contra del acusado (SSTC. 145/88 de 12.7, 164/88 de 26.9, 106/89 de 8.6), y es que no todo acto de instrucción compromete necesariamente la imparcialidad objetiva del Juez, sino tan sólo aquel que por provocar una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible, puede crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándole así

para conocer del juicio oral (SSTC. 106/89 de 8.6 , 170/93 de 25.5 , 320/93 de 8.11). De aquí que no puede exigirse al instructor que no se haya formado juicios o impresiones previos. Por el contrario el desarrollo de la investigación será la que vaya afianzando en el Juez su convencimiento sobre la comisión del delito y sobre la participación de sus autores, lo que forma parte natural de su posición en el proceso y condicionará las resoluciones que en lo sucesivo vaya adoptando.

Por estas razones el uso por el instructor de un conocimiento privado o de sus conocimientos extraprocesales afecta principalmente a la materia probatoria y solo muy limitadamente posee una proyección en la fase de instrucción, pues los efectos de las diligencias probatorias y su valor como actos de prueba derivan de lo que resulte del juicio oral y de la eficacia que le otorga un órgano judicial, distinto del instructor, que presencie sus sesiones y dicte sentencia en su día.

En el caso presente la frase y actuación que se imputan al instructor, no tuvieron reflejo alguno en sus resoluciones, en particular aquellas afectantes a la Sra. Lidia . Así no consta la denegación de diligencia de prueba alguna propuesta por la misma e incluso la causa se sustanció también por un presunto delito de maltrato en el ámbito familiar, art. 153 contra Jose Antonio , por lo que ese posible conocimiento a la posibilidad de que las lesiones que presentaba la Sra. Lidia fueran autoinflingidas no lo exteriorizó en momento alguno.

DECIMO: El motivo décimo por vulneración de precepto constitucional art. 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , en relación ambos con el art. 24.1.2 CE . Vulneración del Derecho a la presunción de inocencia.

El motivo considera insuficiente los razonamientos alcanzados para integrar el elemento subjetivo del injusto y argumenta que existe base suficiente como para condenar al recurrente por un delito de lesiones o subsidiariamente por uno de homicidio intentado. Considera que no puede darse por acreditado que la intención de la recurrente fuera arrebatar la vida a su expareja.

Con carácter previo habrá que recordar que si bien inicialmente se sostuvo *la presunción de inocencia se refiere a todos los elementos fácticos que integran la tipificación del delito* . De ahí que *inicialmente* se sostuviera que *desplegaba sus efectos solo sobre los elementos materiales y objetivos del delito* , es decir, *la realidad del hecho y la participación que en el mismo haya tenido el acusado , pero no se extendía ni a los juicios de inferencia, ni a los animus, ni se proyectaba a la culpabilidad entendida en el sentido propio del vocablo*.

Por ello *la presunción de inocencia abarcaba la demostración de la autoría del hecho delictivo y de la realidad material del acto que ha sido enjuiciado y que la concurrencia del elemento culpabilístico que autoriza la aplicación de los tipos delictivos pertenece a la libertad de criterio de la Sala siempre que actúe sobre bases fácticas que previamente lo configure* . Los elementos subjetivos culpabilísticos en el sentido técnico-penal del término y la inferencia de los mismos *pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria y no están cubiertos por la presunción constitucional*, más que en el concreto punto de *que si han de estar probados los hechos o datos objetivos sobre los que las valoraciones actúen*, sin que el principio constitucional sirva de cobertura a las circunstancias eximentes y atenuantes, por cuanto la concurrencia y prueba de las causas de justificación no corresponde a la acusación sino a la defensa que las alegan (SSTC. 21.1.2002 , 20.5.2003 , 12.5.2010). Es decir que el acusado viene obligado a probar los hechos impeditivos de la responsabilidad penal que para él se derive de lo imputado y probado.

No obstante esta doctrina ha sido objeto de alguna matización , así la jurisprudencia ha declarado en distintas ocasiones que "en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure (por todas STC. 87/2001 de 2.4 , FJ.8), y viene afirmando (STC. 8/2006 de 16.1 , FJ.2), que *no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados* , por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más *que con la existencia de la prueba indiciaria* . Pues si bien el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho y la presunción de inocencia *es una presunción que versa sobre los hechos, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba* y no sobre su calificación jurídica, ello no obstante en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE . ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que *la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad* (STC. 87/2001 de 2.4), esto es, como dice la STS. 724/2007 de 26.9 : "*si el elemento subjetivo es tal que de él depende la existencia misma del hecho punible, debe entenderse que la presunción de inocencia exige la prueba de tal animo tendencial o finalista* .

Por ello únicamente cabe considerar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia "aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo, por una parte, y por otra, la participación del acusado, incluso la

relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad" (SSTC. 33/2000 de 14.171/2000 de 26.6).

En STS. 545/2010 de 5.6 , FJ. 1 se dice:"... ciertamente el elemento subjetivo del delito ha de quedar probado, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria, pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC. 127/90 de 5.7 , 87/2001 de 2.4 , 233/2005 de 26.9 , 8/2006 de 16.1 , 92/2006 de 27.3 , 91/2009 de 20.4). En relación específicamente con los elementos subjetivos debe tenerse presente además que solo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revela el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC. 91/99 de 26.5 , 267/2005 de 24.10 , 8/2006 de 16.1)".

En definitiva, como señala la STS. 645/2012 de 9.7 "Está ya claro que tanto unos como otros elementos del delito -objetivos y subjetivos- exigen una prueba que podrá ser directa o indiciaria, pero en todo caso suficiente. Que los elementos internos normalmente hayan de ser probados a través de prueba indiciaria no supone relegar la presunción de inocencia. En línea con muchos otros pronunciamientos anteriores lo recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 16/2012, de 13 de febrero : " *sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (STC 189/1998, de 28 de septiembre , FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2 ; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2 ; 26/2010, de 27 de abril , FJ 6).*

Y es de añadir "que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5 ; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3 ; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5 , y 222/2001, de 5 de noviembre , FJ 3)." (STC 147/2002, de 15 de julio , FJ 5)".

Se trata en este caso de motivar si la actividad probatoria desplegada es suficiente para afirmar, como hace la sentencia, que el recurrente aceptaba y consentía el eventual resultado lesivo de la víctima.

La respuesta debe ser positiva, remitiéndonos a lo ya argumentado en el motivo primero en el que plantea similares cuestiones desde el prisma de la infracción de Ley, en orden a la existencia de datos objetivos suficientes para inferir el ánimo homicida en la recurrente.

DECIMO PRIMERO: Desestimándose el recurso las costas se imponen a la recurrente (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Lidia** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Cuarta, que condenó a la acusada como autora penalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa ; y condenamos a la recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Francisco Monterde Ferrer **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** **D. Luciano Varela Castro** D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.