



Roj: **STS 738/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:738**

Id Cendoj: **28079120012019100178**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2019**

Nº de Recurso: **10527/2018**

Nº de Resolución: **117/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 1048/2018,**
STS 738/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 117/2019

Fecha de sentencia: 06/03/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10527/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia. Sección Primera

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10527/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 117/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Susana Polo Garcia

Dª. Carmen Lamela Diaz



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 6 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 10527/2018 interpuesto por Pelayo , representado por el procurador D. JOSÉ ANDRÉS PERALTA DE LA TORRE bajo la dirección letrada de D. JUAN ANTONIO SIGNES GARCÍA, contra la sentencia 251/2018 dictada el 7 de mayo de 2018 por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, en el Procedimiento Sumario Ordinario 114/2016, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa, del artículo 139. 1. 1ª en relación con el artículo 16 del Código Penal y como autor penalmente responsable de un delito de acoso previsto en el artículo 172 Ter 2 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Quart de Poblet, incoó el sumario 1/2015 por delito de homicidio, contra Pelayo , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera. Incoado el Sumario 114/2016-I, con fecha 7 de mayo de 2018 dictó sentencia n.º 251/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado y así se declara que Pelayo , con DNI N° NUM000 , mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia firme de fecha 18.06.2014 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 17 de Valencia con sede en Paterna como autor de dos delitos de Maltrato en el ámbito familiar y un delito de Amenazas en el ámbito familiar a penas de trabajos en beneficio de la comunidad y alejamiento de la que había sido su esposa Visitacion , y otra sentencia del año 2004 ya cancelada por un delito de esta misma clase, había mantenido una relación análoga a la conyugal con Marí Trini , iniciada a principios del año 2015, con juntos salvo de forma esporádica en el domicilio de cada uno de ellos, teniendo Marí Trini su domicilio en la CALLE000 nº NUM001 de la localidad de Manises (Valencia).

La relación había finalizado en el mes de Julio de 2015, concretamente en la madrugada del día 17 de Julio de 2015 cuando, tras una discusión; el procesado escupió en la cara a Marí Trini y la empujó, no aceptando el mismo tal ruptura, manteniendo contacto con Marí Trini , la cual no acababa de concluir de forma definitiva la relación de ambos por temor a la reacción del procesado. Marí Trini intentaba que el acusado le diera la ropa que tenía en su casa, y cada vez que lo intentaba le deshacía la maleta, no devolviendo aquélla las llaves de su casa ya que el procesado tampoco le devolvía las de la suya.

Tal era el control que el procesado pretendía sobre Marí Trini que la seguía por todos los lados, encontrándose agobiada y asustada, lo que impedía a Marí Trini cortar todo vínculo y relación, sintiendo temor del acusado, que la esperaba a la puerta de su lugar de trabajo, lo veía cuando bajaba a pasear al perro y conocedor de sus horarios, la esperaba en la puerta de su casa cuando salía y allí se lo encontraba cuando volvía, apareciendo igualmente por los lugares frecuentados por Marí Trini de forma habitual.

El entorno de Marí Trini le insistía que lo denunciara, pero ella siempre se negaba a hacerlo, conocedora de sus antecedentes por violencia de género y por el temor que sentía hacía él.

En la noche del día 2 al 3 de Agosto de 2015 y cuando Marí Trini se encontraba esperando a un compañero de trabajo Jesús Luis , y con el cual empezaba a salir, en la rotonda de "La Paloma" sita en la localidad de Manises apareció el procesado, el cual acercándose a Marí Trini le impidió subir al coche de Jesús Luis y cogiéndola del brazo se la llevó, saliendo Jesús Luis del vehículo detrás de ellos observando a Marí Trini esquiva y muy alterado al procesado mientras le decía "...que estaban juntos...que seguía siendo su novia ya que la ropa de Marí Trini y su perra estaban en su casa..." negando estos hechos Marí Trini que decía "...no, no estamos juntos..." por lo que el procesado exclamó "...que sepas que voy a ir a casa y voy a coger a la perra y la voy a soltar por ahí y la voy a abandonar...", por lo que Marí Trini acabó marchándose con el procesado.

En fecha no determinada el procesado llamó al lugar de trabajo de aquélla sito en la residencia de ancianos "San Luis" de la localidad de Moncada donde ejercía de enfermera y donde trabaja también Jesús Luis , haciéndose pasar por Guardia Civil para obtener los datos del mismo, consiguiendo su número de teléfono para hablar con él y diciendo que era un Guardia Civil quiso averiguar donde había estado y si había ido con Marí Trini .

En la madrugada del día 10 al 11 de Agosto de 2015 Marí Trini cenó con Jesús Luis en Port Saplaya y tras la cena la acompañó a Moncada, donde la dejó en la rotonda de La Paloma de la localidad de Manises, llamando a su padre para que la fuera a buscar ya que tenía miedo encontrarse con el procesado en su vivienda ya que aquel aun tenía llaves de la misma.



Dos semanas antes de los hechos, tuvo lugar una fuerte discusión en el domicilio de Marí Trini , al recriminar Marí Trini al procesado que le mirara el móvil, ante lo cual el procesado le dijo "...tu lo que eres es una puta..."

El día 1 de Septiembre de 2015, entre las 11:00 y las 12: horas, el procesado se dirigió al domicilio de Marí Trini para recogerla, y hallándose ambos por la calle Luis Armeles de Moncada, tuvo lugar una discusión entre ambos, en el transcurso de la cual el procesado la empujó contra la pared, cogiéndola después del codo para llevársela andando hasta que Marí Trini finalmente se zafó sentándose en la acera de la calle. Posteriormente prosiguió la discusión en el domicilio de Marí Trini , en el transcurso de la cual el procesado golpeó a Marí Trini en la cara, y cogiéndola del cuello la lanzó contra la pared, cayendo ésta al suelo. Hallándose Marí Trini en el suelo sin posibilidad de defenderse. el procesado guiado con el ánimo de acabar con su vida, la golpeó una o más veces contra el travesaño de una silla del comedor, quedando la mujer tendida en el suelo inconsciente.

Tras ello, el procesado la arrastró hasta el centro del comedor, la cambió de ropa que portaba, dado que el vestido de Marí Trini estaba manchado de sangre, vistiéndola con un pantalón corto el cual no abrochó y una camiseta, marchándose del lugar de los hechos.

Los agentes que acudieron, a requerimiento de la vecina que había oído gritos y golpes, pudieron finalmente entrar en el domicilio de Marí Trini , a la que encontraron en el comedor, en un gran charco de sangre, aún viva pero convulsionando, llamando rápidamente a los servicios sanitarios que se personaron en el lugar de los hechos, ingresando Marí Trini en La Fe en la sala de Reanimación en estado de coma.

Marí Trini sufrió unas lesiones muy graves que pusieron en riesgo vida de la paciente, consistentes en: a) un traumatismo craneoencefálico severo con fractura compleja de la base del cráneo que comprometía el peñasco derecho, celdas, mastoideas y del esfenoides, clivus, seno maxilar y hueso occipital izquierdo. Como consecuencia del traumatismo craneoencefálico se produjo una herida en región occipital derecha, hematoma subgaleal en la convexidad derecha hematoma orbitario y otorragia traumática derecha; b) contusión pulmonar izquierda; y c) excoriaciones en cervicales.

Para su curación precisó de una primera asistencia en Urgencias en la que se le hizo el diagnóstico, para posterior ingreso en la UCI e ingreso hospitalario en neurocirugía con alimentación parental y enteral, sonda uretral; mantenimiento, sedación y antibióticos.

En la evolución de sus heridas presentó una neumonía asociada a la ventilación mecánica y otras complicaciones infecciosas y además se le hace un diagnóstico de lesión axonal difusa.

El día 9 de Noviembre de 2015 se autorizó su traslado al Hospital "Valencia al Mar" en situación neurológica compatible con un estado de mínima consciencia, donde sigue ingresada con mejoría evidente y siguiendo un extenso plan de rehabilitación.

Para su curación ha necesitado hospitalización, primero en la UCI para posteriormente pasar a planta de hospitalización en el Hospital "La Fe", y actualmente continua en la Unidad de daño cerebral del hospital "Valencia el mar" en rehabilitación. Ha necesitado 384 días de hospitalización, durante los cuales ha estado impedida para sus ocupaciones habituales produciéndose la curación con secuelas consistentes en 1.- deterioro de las funciones cerebrales superiores integradas de carácter grave:75 puntos; 2.- tetraparesia leve (sin afectación de esfínteres): 40 puntos; 3- Paresia de nervio facial derechos:5 puntos; y 4.- Perjuicio estético importante consistente en cicatrices de traqueotomía , tetraparsia, parálisis facial y deterioro cognitivo: 20 puntos.

Dichas secuelas le van a provocar una permanente absoluta para todo tipo de trabajo y dependencia de una tercera persona para supervisar las actividades esenciales de la vida diaria y control de la interacción social.

De no haber recibido asistencia médica inmediata dichas lesiones hubieran podido ocasionar la muerte.

La Generalitat prestó asistencia sanitaria a Marí Trini por un importe de 125.004,12 euros.

Por el contrario, no ha quedado probado que el acusado intentara estrangular a Marí Trini con un cable.

El acusado Pelayo , se encuentra en situación de prisión provisional comunicada y sin fianza por esta causa desde el 2 de septiembre de 2015."

SEGUNDO. - La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al procesado Pelayo , como autor penalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa, previsto en el art. 139.1. 1ª, en relación con el artículo 16 del Código Penal, al apenado DOCE AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a Marí Trini , así como a su domicilio o lugar de residencia,



y permanecer en los lugares donde habitualmente se encuentre, y de comunicar con ella por tiempo de trece años.

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al procesado Pelayo , como autor penalmente responsable de un delito de acoso previsto en el artículo 172 ter. 2, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y, conforme a lo dispuesto en el artículo 57, la prohibición de aproximarse a Marí Trini , así como a su domicilio o lugar de residencia, y permanecer en los lugares donde habitualmente se encuentre, y de comunicar con ella por tiempo de tres años.

Y en aplicación del art. 140 bis CP se impone la medida de libertad vigilada por tiempo de OCHO AÑOS, la cual se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, con el contenido que se determine de conformidad con lo previsto en el art. 106 CP.

Y en concepto de responsabilidad civil condenamos al citado acusado a que indemnice a Marí Trini en las siguientes cantidades: 28.000 euros por los días de hospitalización, 312.050 euros por secuelas, 400.000 euros por la incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo, y en las sumas de 150.000 para sus familiares en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuado y hasta un máximo de 100.000 euros para la adecuación de la vivienda a las circunstancias personales de Marí Trini . Asimismo deberá indemnizar en la cantidad de 29.000 euros a cada progenitor por los daños morales causados, y en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia para intervenciones posteriores. El acusado indemnizará a la Generalitat Valenciana en la suma de 125.0004,12 euros, consecuencia de la asistencia sanitaria prestada. Todo ello con abono del interés legal correspondiente.

Finalmente, condenamos al acusado al pago de las costas procesales causadas, con inclusión de las de la acusación particular.

Para el cumplimiento de las penas de prisión impuestas al procesado, será de abono al condenado la totalidad del tiempo que permaneció privado de libertad cautelarmente por esta causa."

TERCERO. - Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Pelayo , anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de derecho fundamental e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. - El recurso formalizado por Pelayo , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero. - Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerarse transgredido el derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española,

Segundo. - Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del principio de proporcionalidad de las penas, al individualizar la pena del recurrente de los artículos 1.1; 9.3; 10 y 25.1 de la Constitución Española.

Tercero. - Por infracción de ley, amparándose del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 139. 1º del Código Penal.

Cuarto. - Por infracción de ley, con el apoyo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de la eximente incompleta de enajenación mental del artículo 21.1 del Código Penal

Quinto. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación de la atenuante de reparación parcial del daño causado del artículo 21.5 del Código Penal. Relacionado con este motivo, el recurrente denuncia la vulneración en la determinación de la pena del artículo 66 del Código Penal

Sexto. - Por infracción de ley, valiéndose nuevamente del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de la atenuante analógica de confesión tardía establecida en el artículo 21.7 del Código Penal. En relación con este motivo se denuncia la vulneración en la determinación de la pena del artículo 66 del Código Penal

Séptimo. - Por infracción de ley, apoyándose del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de documentos que demuestran la equivocación del tribunal, no desvirtuados por otros elementos probatorios.



QUINTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 30 de octubre de 2018, solicitó la inadmisión de todos los motivos del presente recurso y subsidiariamente la desestimación de los mismos. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo por providencia de fecha 11 de enero de 2019, se celebró la votación prevenida el día 23 de enero de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 1. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia número 251/2018, de 7 de mayo, condenó al hoy recurrente como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa y de un delito de acoso y, frente a tal pronunciamiento, se alza el presente recurso de casación.

En el primero de los motivos de censura de la sentencia, utilizando el cauce procesal abierto por el artículo 852 de la LECrim., en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 de la Constitución, se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia.

Se argumenta que si bien es cierto que el condenado reconoció que forcejeó con la víctima, la empujó contra la pared y cayó al suelo, lo que no se ha probado es que, una vez en el suelo, la golpeará reiteradamente con el travesaño de una silla allí existente y que le causara las graves lesiones que ésta padece.

El recurrente sostiene que no hay prueba de la agresión descrita hasta el punto de que el agente policial que realizó la inspección ocular manifestó que una de las posibilidades es que la mujer cayera y se golpeará contra la silla y, en el mismo sentido, el médico forense indicó que, si el golpe se debió a una caída, necesariamente la silla debería estar sujeta a la pared, circunstancia que concurría en el caso porque la silla estaba pegada en uno de sus laterales a una pared. Entiende el recurrente que el tribunal se ha basado en simples sospechas o suposiciones y ni siquiera existe una prueba indiciaria en que apoyarse.

2. Como recuerda la STS 125/2018, de 15 de marzo, entre otras muchas, la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia impugnada se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que conlleva que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

En definitiva, a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié para, desde ella, confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y de suficiente contenido incriminatorio y si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

Precisando un poco más los contornos del análisis que debe hacer este tribunal de casación y con cita de la STS 584/2014, de 17 de junio, "[...] no se trata ahora de revalorar íntegramente la prueba para respondernos si personalmente participamos de la convicción reflejada en la sentencia o si, por el contrario, se abre paso alguna duda...No somos nosotros los llamados a alcanzar una certeza más allá de toda duda razonable: solo nos corresponde comprobar si el tribunal de instancia la ha obtenido de forma legalmente adecuada y respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia. Por eso no basta con que pudiéramos esgrimir algún



tipo de discrepancia en los criterios de valoración de la prueba con el Tribunal de instancia -eso, ni siquiera nos corresponde planteárnoslo-. Sólo debemos sopesar si en el iter discursivo a través del cual el Tribunal ha llegado desde el material probatorio a la convicción de culpabilidad existe alguna quiebra lógica o algún déficit no asumible racionalmente, o si el material probatorio no es concluyente [...]".

3. Trasladando las anteriores consideraciones al caso que centra nuestro examen casacional, anticipamos que la condena establecida en la sentencia impugnada ha tenido como soporte prueba de cargo suficiente y valorada con arreglo a principios de racionalidad, lo que conduce a la desestimación de este primer motivo del recurso.

En el fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia se realiza una extensa y detallada argumentación para concluir por qué razones el tribunal ha estimado que las graves lesiones sufridas por la víctima se causaron de forma intencionada por el hoy recurrente, al golpearla contra el travesaño de una silla, todo ello después de agredirla y tirarla al suelo, y con la intención de causarle la muerte.

El tribunal de instancia ha argumentado su decisión en base a los siguientes datos:

a) El propio acusado ha reconocido que se encontró con Marí Trini a 20 metros de la casa de ella, subieron a la casa, originándose una discusión porque el acusado quería concluir la relación, se gritaron, admitiendo que "se volvió loco" y la cogió del cuello, empujándola contra la pared, cayendo Marí Trini sobre el travesaño de una silla y después al suelo. De esta declaración destacamos dos aspectos fundamentales: el reconocimiento por el acusado de la agresión inicial a la víctima y la afirmación de que actuó en un intenso estado de excitación y violencia. Los demás datos comprobaremos después que no son ciertos y que constituyen un burdo intento de minimizar la gravedad de la agresión.

b) De acuerdo con los informes médicos obrantes en la causa y ratificados en el juicio oral por los distintos facultativos que emitieron los informes y que han sido identificados en la propia sentencia, Marí Trini sufrió unas lesiones muy graves que pusieron en riesgo su vida, consistentes en: a) un traumatismo craneoencefálico severo con fractura compleja de la base del cráneo que comprometía el peñasco derecho, celdas, mastoideas y del esfenoides, clivus, seno maxilar y hueso occipital izquierdo. Como consecuencia del traumatismo craneoencefálico se produjo una herida en región occipital derecha, hematoma subgaleal en la convexidad derecha hematoma orbitario y otorragia traumática derecha; b) contusión pulmonar izquierda; y c) excoriaciones en cervicales. También presentaba hematomas en el cuello.

c) Las aclaraciones ofrecidas por los facultativos han permitido determinar también que los hematomas en el cuello respondían a presiones aisladas y las importantes lesiones en la cabeza y en el cráneo respondían a *"una fuerza viva importante" y a un golpe en cada lado de la cabeza o varios y que, en cualquier caso, la lesión en la base del cráneo fue debida a un golpe contra un objeto duro, fijo y no movable.*

d) El tribunal ha tomado en consideración el reportaje fotográfico de la escena del crimen y por la posición que tenía la silla, junto a la pared en uno de sus lados pero con su asiento muy cerca o incluso parcialmente debajo de la tabla de la mesa, no resulta creíble que la mujer, después de ser golpeada y lanzada contra la pared, cayera al suelo y se golpeará accidentalmente contra el travesaño lateral de la silla. La fotografía indica un rastro de sangre desde el travesaño de la silla al lugar en que fue encontrada la víctima, lo que evidencia que fue arrastrada, pero la ausencia de señales de sangre, en la pared y en el mantel de la mesa, la propia posición de la silla y la violencia de la lesión craneal son evidencias suficientes para concluir, como lo hace la sentencia, que los graves traumatismos no fueron producto de un golpe accidental por caída, sino de una violenta agresión contra el travesaño de la silla, una vez que la víctima cayó al suelo.

e) El tribunal excluye la versión del acusado de que intentó repeler una mordedura en el hombro, porque en el parte de asistencia de médica del agresor sólo consta una herida superficial en nariz de medio centímetro, cuyo origen no consta.

f) En la sentencia condenatoria para determinar el contexto de este grave incidente se ha tomado en consideración las manifestaciones de cuatro testigos, compañeros o amigos de la víctima, que han relatado la situación de temor y acoso, extremo y pertinaz, sufrido en los días previos como consecuencia de que la Sra. Marí Trini había decidido romper su relación con el acusado, situación acreditada también por el contenido de mensajes *Whatsapp* del teléfono móvil de la víctima y de una amiga, cuyo contenido y transcripción figura unido a las actuaciones con las debidas garantías.

Pese a los datos anteriores, en el escrito impugnatorio se argumenta que la lesión craneal pudo ser accidental y producto de una caída, justificando esta afirmación en que el Forense no excluyó tajantemente tal posibilidad durante el juicio, siempre que la silla contra la que supuestamente se pudo haber golpeado la víctima hubiera estado fija y apoyada contra la pared, tal y como sucedía en este caso. Sin embargo, el hecho de que exista



una eventual hipótesis alternativa, no impide que el tribunal deba valorar las distintas posibilidades y pueda optar por aquélla que permita obtener una convicción fundada, con un mayor grado de certeza.

El Tribunal Constitucional ha señalado, entre otras, en la STC 55/2015, de 16 de marzo, que sólo cabe considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando " [...] *la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada [...]*" (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre ; 111/2008, de 22 de septiembre , 109/2009, de 11 de mayo, y 70/2010, de 18 de octubre). En este caso no ocurre tal cosa.

En este caso todas las pruebas practicadas confluyen en una única conclusión razonable que no es otra que las lesiones no fueron producto de un golpe fortuito por una caída, sino que se causaron porque el recurrente golpeó de forma brutal a la víctima contra el travesaño de la silla. La gravedad de las distintas fracturas craneales, así como los rastros de sangre y demás evidencias no permiten otra conclusión razonable.

El motivo se desestima.

SEGUNDO. - 1. En el tercer motivo del recurso y a través del cauce previsto en el artículo 849.1 de la LECrim. se denuncia la indebida aplicación del artículo 139.1 del Código Penal. Aún cuando la queja se articula por el cauce de la infracción de ley en la argumentación del motivo se denuncia en realidad la vulneración del principio de presunción de inocencia, por lo que abordaremos la cuestión planteada desde ambas perspectivas.

Considera el recurrente que, según los distintos testimonios y pruebas, la lesión en el cráneo de la víctima se produjo por un fuerte golpe contra un objeto duro, fijo y no movable pero lo que no puede afirmarse es que el acción se causara de forma alevosa, ni siquiera en sus modalidad de alevosía sobrevenida.

2. Esta Sala ha reiterado en numerosas resoluciones los requisitos de la circunstancia agravante de alevosía, que son los siguientes: a) Un elemento normativo en cuanto que esta circunstancia sólo puede proyectarse a los delitos contra las personas; b) 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) Un elemento subjetivo consistente en 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 y d) 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.

Se viene distinguiendo entre la alevosía por emboscada o acechanza, la súbita o sorpresiva y la alevosía por desvalimiento, pero, al margen de calificaciones y según se recuerda extensamente en la STS 299/2018, de 19 de junio, la circunstancia agravante de alevosía se aplica 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, por más que pueda ser compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación (STS. 13.3.2000).

Para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima (STS 750/2016, de 11 de octubre), como ocurre, por ejemplo cuando el autor pretende atacar a la mujer con la que convive, aprovechando la despreocupación de la víctima, cuando se encuentra en su propio domicilio y no espera un ataque de la persona con la que vive a diario, lo que ha venido a denominarse "alevosía doméstica" (STS 39/2017, de 31 de enero y 527/2012, de 29 de junio).

La jurisprudencia también ha reconocido la alevosía no sólo en los casos anteriores sino cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo, se produce una alteración en la dinámica del hecho de forma que la víctima no pueda esperar un resultado letal (SSTS. 53/2009 de 22.10, 147/2007 de 19.2, 640/2008 de 8.10, 243/2004 de 24.2). Pero cuando el ataque a la persona se produce desarrollándose en varios actos ejecutados sin solución de continuidad, si en el inicio de la agresión no es posible apreciar la alevosía a causa de la ausencia de sus elementos característicos, tampoco podrá estimarse su concurrencia valorando el eventual desvalimiento o situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima en los momentos finales de la acción, pues ésta sería una consecuencia natural de los primeros actos de agresión.



3. En los hechos probados se describe la acción calificada de alevosa de la siguiente forma:

"[...] tuvo lugar una discusión entre ambos, en el transcurso de la cual el procesado la empujó contra la pared, cogiéndola después del codo para llevársela andando hasta que Marí Trini finalmente se zafó sentándose en la acera de la calle. Posteriormente prosiguió la discusión en el domicilio de Marí Trini, en el transcurso de la cual el procesado golpeó a Marí Trini en la cara, y cogiéndola del cuello la lanzó contra la pared, cayendo ésta al suelo. Hallándose Marí Trini en el suelo sin posibilidad de defenderse, el procesado guiado con el ánimo de acabar con su vida, la golpeó una o más veces contra el travesaño de una silla del comedor, quedando la mujer tendida en el suelo inconsciente [...]".

A pesar del esfuerzo argumental de la sentencia para aplicar la agravante de alevosía, en los hechos probados de la sentencia no se describe ninguna circunstancia que permita afirmar la existencia de una ruptura o cambio de circunstancias entre el inicio de la agresión, que se produjo cuando la víctima estaba de pie, y el momento final del acometimiento, que se llevó a cabo cuando la víctima estaba en el suelo. El relato fáctico no describe una ruptura sobrevenida de las circunstancias de la agresión. Ciertamente debió existir una situación de superioridad que propició que el autor pudiera acabar con la vida de la víctima, mediante uno o varios golpes contra el travesaño de la silla, pero se desconocen las circunstancias concretas en que se produjo la agresión y si la víctima, como consecuencia de los primeros golpes quedó obnubilada o en cualquier otra situación que le impidiera la defensa. No hay evidencia de cambio cualitativo en la agresión ni de una ruptura en las circunstancias iniciales, a salvo de la lógica situación final de desvalimiento propiciada por los diversos golpes, razón por la que en este particular procede la estimación del recurso.

La acción realizada por el acusado es legalmente constitutiva de un delito de homicidio en grado de tentativa, conforme con lo establecido en el artículo 138.1 del Código Penal.

Según autoriza el artículo 66.1 .3º del Código Penal y en atención a la gravedad de agresión, caracterizada por su brutalidad e intensidad, que determinó la producción de un resultado lesivo especialmente intenso e incapacitante, y teniendo en cuenta la concurrencia de la agravante de discriminación por razón de género, procede imponer la pena correspondiente al delito de homicidio en grado de tentativa en su mitad superior y cerca de su límite máximo, estableciéndose la extensión de la pena en NUEVE AÑOS Y SEIS MESES de prisión.

TERCERO. - 1. En el segundo motivo del recurso se cuestiona la individualización de la pena impuesta por el delito de acoso, ya que la sentencia de instancia no ha apreciado la agravante de parentesco argumentando que condenado y víctima tuvieron únicamente una relación de noviazgo. Esta conclusión de la sentencia de instancia lleva al recurrente a sostener que la pena por el delito de acoso no debe ser la prevista en el artículo 172 ter 2º del Código Penal (de 1 a 2 años de prisión), ya que esta norma sólo se aplica, entre otras, a las personas vinculadas en matrimonio o que tengan una análoga relación de afectividad, sino la establecida en el apartado 1º del mismo precepto, que tiene señalada una pena de 3 meses a 2 años. El recurrente considera que la pena impuesta ha sido la mínima, pero de un precepto incorrectamente aplicado.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular interesaron que en los dos delitos por los que se formuló acusación se aplicara la agravante de parentesco y el tribunal de instancia denegó la aplicación de la agravante por considerar que víctima y ofensor no tenían una situación análoga a la conyugal porque no habían vivido juntos. Sin embargo y en aparente contradicción con ese pronunciamiento genérico, sancionó el acoso conforme al artículo 172 ter 2 CP, que sólo tendría cabida caso de considerar que la relación existente entre las dos personas fuera análoga a la matrimonial. La sentencia no dio explicación alguna sobre esa antinomia y eso es lo que justifica este motivo de casación.

La decisión de la sentencia podría ser entendida de dos maneras: O la agravante de parentesco sólo se ha excluido para el delito de homicidio o la sentencia contiene una contradicción, en cuyo caso habría aplicado indebidamente el tipo del delito de acoso.

Parece que el criterio fundamental utilizado por el tribunal de instancia fue el de la ausencia de convivencia y es cierto que este criterio ha sido utilizado para restringir la aplicación de la agravante del artículo 23 CP. En efecto, la agravante genérica de parentesco prevista se aplica a las relaciones análogas a las matrimoniales, sin más precisiones, mientras que la agravante específica de los delitos de violencia de género, establecida en los artículos 153 y 173, se aplica a ese tipo de relaciones, aun cuando no haya existido convivencia. Esa diferencia entre ambas regulaciones ha dado lugar a que esta Sala haya indicado en algunas de sus resoluciones que la agravante genérica de parentesco debe aplicarse a las uniones de hecho o incluso a los noviazgos siempre que haya habido convivencia, aunque sea parcial, mientras que la agravante específica de los delitos de violencia de género puede aplicarse de forma más extensa, ya que no se exige convivencia.

Como ejemplo de ese enfoque jurisprudencial citaremos la STS 79/2016, de 10 de febrero en la que, se argumenta que *"la circunstancia mixta tiene un ámbito y finalidad diferente de la agravación de género prevenida*



para supuestos específicos en el art 153 y concordantes, sin que puedan extenderse analógicamente a la agravante genérica las tipologías incluidas en este precepto. En la jurisprudencia más reciente de esta Sala puede apreciarse que se aplica la circunstancia mixta de parentesco en su condición de agravante a las relaciones de análoga efectividad, en supuestos de relaciones dotadas de cierta estabilidad y con convivencia "more uxorio", al menos parcial".

No obstante, la sentencia guardia silencio sobre el particular y no explica las razones por las que se ha producido la antinomia a que nos venimos refiriendo. Por ese motivo ni puede afirmarse que se haya pretendido excluir la agravación en el delito de acoso ni puede descartarse que la aplicación del tipo agravado de acoso sea un simple error, lo que nos lleva inexorablemente a analizar si en el caso contemplado procede o no aplicar el tipo agravado.

2. La calificación de una relación de pareja como "análoga a la conyugal", conforme a los artículos 153 y 173 CP, que no exige convivencia, no está exenta de problemas y ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales no siempre coincidentes.

Un criterio de interpretación exigente lo encontramos en la STS 1348/2011, de 14 de diciembre, que señala como notas definidoras de esa relación "análoga a la conyugal" la continuidad y la estabilidad. La citada sentencia señala que *"a los efectos típicos contemplados en el art. 153 C.P. y en el art. 173 C.P., del matrimonio a las relaciones afectivas análogas, reclama que, en éstas, aun cuando hayan ya cesado en el momento de los hechos, se identifiquen durante su desarrollo las notas de la continuidad y de la estabilidad. Por continuidad debe entenderse la habitualidad en el modo de vida en común que exterioriza un proyecto compartido. La continuidad es compatible, obviamente, con rupturas más o menos breves que no impidan reconocer la existencia de un proyecto finalístico de vida en común. Por su parte, la estabilidad indica o comporta una idea de permanencia en el tiempo....La ausencia de criterios objetivos de determinación obliga a acudir a la valoración de la voluntad o intención de estabilidad de los convivientes que, como todo elemento o dato subjetivo, ha de acreditarse acudiendo a elementos y circunstancias externas que han de ser tratadas como indicios. Su pluralidad, lógica concomitancia y univocidad en la inferencia que se obtenga es lo que permitirá, a la postre, considerar acreditada la estabilidad -por ejemplo, otorgamiento de contratos comunes de arrendamiento o adquisición de vivienda, otro tipo de negocios comunes, existencia de cargas asumidas por los dos, cambios recientes de residencia, cuentas bancarias compartidas, etc.-. Como ejemplo que refuerza las dos anteriores cabe hacer referencia a la notoriedad que supone el comportamiento exteriorizado de los sujetos como pareja, y por ende, su consideración como tal por el entorno. Las legislaciones autonómicas anteriores y un buen número de corporaciones municipales han previsto la creación de registros públicos con una función meramente declarativa de la existencia de relaciones de hecho lo que puede, en efecto, facilitar la prueba no solo de la existencia de la relación sino de su carácter estable. Por su parte, la convivencia en un mismo domicilio, si bien no es una nota constitutiva ni decisiva de la equiparación de la relación afectiva con la matrimonial, sí permite apreciar con mayor facilidad las notas definitorias de continuidad y estabilidad exigibles para la transferencia de valor normativo. Es cierto que el legislador ha prescindido de la convivencia como dato definitorio de la relación equiparable al matrimonio, pero ello comporta como consecuencia necesaria que cualquier tipo de relación personal presuponga la posibilidad de equiparación entre dicha relación y la que sirve de elemento comparativo de transferencia de efectos, en este caso el matrimonio. No basta, desde luego, convenir sobre la definición de la relación para sin otra consideración otorgarle el mismo valor normativo que legalmente se atribuye al matrimonio. La relación personal debe identificar rasgos de particular intensidad y, sobre todo, notas calificadoras derivadas de la presencia de un proyecto exteriorizado de vida en común, aun cuando no reclame convivencia".*

La STS 11376/2011, de 23 de diciembre, considera aplicable la agravante en noviazgos caracterizados por la estabilidad y la excluye en las relaciones de mera amistad o en los encuentros esporádicos. La sentencia lo expresa de la siguiente forma : *"Cuestionándose en el motivo la concurrencia del primero de los requisitos, sin duda no toda relación afectiva, sentimental o de pareja puede ser calificada como análoga a la conyugal, pero sí se advierte coincidencia en los pronunciamientos de juzgados y audiencias especializadas en violencia sobre la mujer, en entender que en el referido precepto estarían comprendidas determinadas relaciones de noviazgo, siempre que exista una evidente vocación de estabilidad, no bastando para cumplir las exigencias del mismo, las relaciones de mera amistad o los encuentros puntuales y esporádicos. Será, por tanto, una cuestión de hecho, sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal, la de determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, por la existencia de circunstancias de hecho que permiten advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación".*

En la mayor parte de las ocasiones la simple calificación de la relación como noviazgo ha permitido aplicar la agravación. Es el caso de la STS 774/2012, de 1 de enero, en la que se indica que *"hay que recordar que la jurisprudencia de esta Sala en relación a los artículos más arriba citados de la violencia contra la mujer, estima que la eliminación de la nota de convivencia, ha dado entrada dentro de la violencia contra la mujer, no solo*



las relaciones de estricto noviazgo, sino aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual".

En esa dirección la reciente STS del Pleno número 677/2018, de 20 de diciembre ha señalado en relación con el artículo 153 CP que para aplicar la agravación " *los elementos son los referidos a la relación de pareja matrimonial, de hecho asimilable o la no convivencia en supuestos semejantes a los anteriores que hacen aplicable la sanción por hecho de violencia de género a casos que antes no se incluían, como los referidos a aquellas parejas que no conviven pero que tienen una relación análoga a las anteriores, lo que lleva a admitir especiales situaciones que en su momento eran calificadas de "noviazgo" y ahora se interpretan en un sentido más abierto y extenso, sin necesidad de exigirse para ello un proyecto de vida en común*".

Pero también se ha atendido a la duración de la relación para calificar el noviazgo como análogo o no a la relación matrimonial. En la STS 640/2017, de 28 de septiembre, se aplicó la agravación en un noviazgo de un año, mientras que en la STS 1376/2011, de 23 de septiembre, no se aplicó porque la duración del noviazgo fue de un mes.

No faltan pronunciamientos en que se ha señalado que la calificación de la relación como noviazgo es insuficiente y debe profundizarse en las características de la relación para considerar si es o no análoga a la conyugal. Es el caso de la STS 807/2015, de 23 de noviembre, en la que se afirmó que " *cuando hablamos de noviazgo no nos referimos a un dato empírico sino al juicio de valor que nos merece esa relación, de forma que si queremos determinar si esa relación es de análoga afectividad a la del matrimonio lo que habremos de hacer es determinar o acreditar los datos configuradores de esa relación a partir de circunstancias como "existencia de determinada afectividad, frecuencia en el trato, convivencia o no, estabilidad, mantenimiento o no de relaciones sexuales, y, muy particularmente, el proyecto compartido de contraer matrimonio o, al menos, una relación suficientemente especificada que nos permita valorar si se asimila o no a la de los esposos"*.

3. En el presente caso la relación de noviazgo tuvo una duración de seis meses, no muy dilatada en el tiempo y sin convivencia. La sentencia no ha hecho esfuerzo alguno en describir qué tipo de relación existía entre víctima y agresor, al margen de su genérica calificación de noviazgo, al objeto de poder realizar con mayor seguridad su valoración jurídica. Para complicar aún más el análisis, la sentencia ha excluido que esa relación fuera "análoga a la conyugal" sin matizar si tal afirmación se hacía a los solos efectos de no aplicar la agravante de parentesco solicitada por las acusaciones. Ante estas circunstancias la aplicación del tipo agravado resulta improcedente. Atendiendo a los alegatos del recurso, los hechos debieron ser calificados conforme a la pretensión inicial del Ministerio Fiscal, como un delito de acoso del artículo 172. ter 1 del Código Penal, castigado con pena de 3 meses a 2 años de prisión.

No obstante, la pena impuesta por el tribunal de instancia está dentro de los límites establecidos en el precepto aplicable. Se ha impuesto una pena de un año y el precepto permite imponer la pena de 3 meses a dos años. Debe recordarse que, una vez realizada la nueva subsunción típica de los hechos, el tribunal de casación puede fijar la pena aplicable con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 66 del Código Penal, sin que venga vinculado por el criterio aplicativo seguido por el tribunal de instancia. En el supuesto que nos ocupa la pena ha de fijarse tomando en consideración la gravedad de la conducta, esto es, la intensidad y duración del acoso sufrido por la víctima, que generó un intenso y angustioso sentimiento de temor, al que aludieron de forma muy expresiva varios testigos y que, desgraciadamente, era del todo justificado, como ha puesto en evidencia el grave final de estos acontecimientos.

Por tanto, la alegación del recurrente no afecta a la determinación de la pena, que debe ser mantenida en su extensión según se acaba de justificar. El objeto del recurso de casación es el fallo de la sentencia y dado que el defecto denunciado no tiene incidencia alguna en la determinación de la pena y en el fallo, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO. - 1. Con apoyo en el artículo 849.1 de la ley procesal se denuncia la inaplicación del artículo 21.1 y 66 del Código Penal por no haberse apreciado una situación de trastorno mental como eximente incompleta. Se argumenta que el recurrente estaba diagnosticado de "trastorno mixto de personalidad- límite-impulsivo-paranoide", tal y como lo manifestaron los distintos facultativos que comparecieron al juicio y como lo expresó el propio acusado de forma muy convincente diciendo que "se volvió loco". En el motivo se afirma que hay mucha confusión terminología con esta patología lo que no debe ser óbice para su aplicación como circunstancia eximente a la vista del diagnóstico médico así como de los antecedentes clínicos que obran en la causa y que, a juicio del impugnante, permiten establecer la gravedad de la patología. A este respecto se destaca en el recurso que el Sr. Pelayo tenía declarada una incapacidad del 65% debido a sus trastornos psíquicos y desde 2011 seguía tratamiento con ansiolíticos (Risperdan, 8 mg. diarios).

Esta misma cuestión se ha suscitado también en el último motivo del recurso, por el cauce previsto en el artículo 849.2 de la LECrim., afirmándose en el escrito impugnatorio que los informes médicos acreditan que



el acusado padecía un "trastorno mixto de personalidad (límite-impulsivo-paranoide) crónico e irreversible que debería haber dado lugar a la apreciación de una eximente o, cuando menos una atenuante analógica.

2. El motivo no puede prosperar por el cauce previsto en el artículo 849.1 citado por cuanto la casación por infracción de ley exige inexcusablemente de un absoluto respecto por el relato fáctico de la sentencia y en éste nada se dice sobre esta cuestión. Tampoco procede su estimación mediante la utilización de la vía que abre el artículo 849.2 de la ley procesal porque los informes periciales que se citan no evidencian error alguno en la valoración probatoria.

Según se indica en la reciente STS 207/2017, de 28 de marzo, "la finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECrim., consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones, el error que se denuncia y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario (STS núm. 126/2015, de 12 de mayo).

En efecto, la doctrina de esta sala, de la que es exponente la reciente STS 542/2018, DE 12 de noviembre, entre otras muchas) viene exigiendo para la prosperabilidad de este motivo de casación los siguientes elementos: a) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; b) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; c) El dato que el documento acredite no debe estar en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim. y d) El dato contradictorio así acreditado documentalmente debe ser importante ya que ha de tener virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Precisando la naturaleza de los informes periciales médico-forenses, en orden a si tienen o no la consideración de documento a efectos casacionales, la STS 936/2006, de 10 de octubre, entre otras muchas anteriores y posteriores, señala que "en relación a los informes médico forense que se citan en el motivo, se considera por esta Sala que no constituyen documentos a estos efectos, pues la prueba pericial es una prueba personal y no documental, aunque aparezca documentada a efectos de constancia, y si excepcionalmente se le reconoce virtualidad como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación, es preciso que:

a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario.

b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8 de febrero, 1224/2000 de 8 de julio, 1572/2000 de 17 de octubre, 1729/2003 de 24 de diciembre, 299/2004 de 4 de marzo y 417/2004 de 29 de marzo)

En el primer caso se demuestra un error al incorporar a los hechos las conclusiones del único informe pericial sin explicación que lo justifique, y en el segundo se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo (STS. 2144/2002 de 19.12).

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia de esta Sala a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim. Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim.). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.



En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECrim. No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si, como hemos dicho, en definitiva, la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. (art. 849.2) en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio, (SSTS. 275/2004 de 5. y 768/2004 de 18.6).

4. Partiendo de las anteriores precisiones en el presente caso el tribunal ha contado con dos informes periciales contrapuestos y con la intervención en el juicio de un tercer facultativo. El perito propuesto por la defensa, Sr. Rafael , afirmó que el acusado presentaba " *un trastorno paranoide con la consiguiente merma de su capacidad cognitiva y sin sentido de la realidad*", en congruencia con el contenido de su informe obrante a los folios 627 a 652 de las actuaciones. Sin embargo, el psiquiatra que trataba al acusado desde 2011, Sr Ruperto , manifestó que el recurrente presentaba "*un trastorno de personalidad base, estructural, con capacidad de juicio y discernimiento, "perfectamente conocedor de lo que se puede y no se puede hacer", teniendo "conservado el sentido del bien y del mal", con conciencia de enfermedad y ausencia de un trastorno psicótico grave. En concreto, presentaba un trastorno límite de personalidad, trastorno por ansiedad generalizada y agorafobia*".

De otro lado, los médicos forenses ratificaron su informe (folios 478) y manifestaron que "*el acusado no presentaba alteraciones mentales en su esfera intelectual y volitiva, que su sentido de la realidad estaba conservado, que no se detectaron en él elementos psicóticos, ni trastorno del pensamiento, aunque sí rasgos psicopáticos, dada la ausencia de reacción afectiva por lo ocurrido y de sentimientos de culpa o remordimiento*".

A la vista del resultado de la prueba pericial no se atendible la queja de error en la valoración probatoria basada en el informe pericial aportado por la defensa, dado que existe otro informe pericial, realizado por los médicos forenses, de cuya competencia, objetividad y profesionalidad no cabe dudar, que en sentido opuesto considera que el acusado, por más que pudiera tener de base un trastorno de personalidad, no tenía afectadas sus capacidades intelectivas y volitivas, acreditación de suma relevancia porque, en general, el trastorno de la personalidad produce efectos atenuatorios de la responsabilidad cuando es grave o está asociado a otras patologías.

En efecto, en la STS 1363/2003, de 22 octubre, se decía que " [...] como señala la doctrina psiquiátrica la manifestación esencial de un trastorno de personalidad es un patrón duradero de conductas y experiencias internas que se desvía marcadamente de lo que cultural o socialmente se espera de la persona, es decir, de lo que constituye el patrón cultural de conducta, y que se manifiesta en el área de la cognición, en el de la afectividad, en el del funcionamiento interpersonal o en el del control de los impulsos (al menos en dos de dichas áreas). Se trata de un patrón de conducta generalmente inflexible y desadaptativo en un amplio rango de situaciones personales y sociales, que conduce a una perturbación clínicamente significativa o a un deterioro social, ocupacional o de otras áreas del comportamiento. El patrón es estable y de larga duración y su comienzo puede ser rastreado, por lo menos, desde la adolescencia o la adultez temprana. No puede ser interpretado como una manifestación o consecuencia de otro trastorno mental y no se debe al efecto psicológico directo de una sustancia (por ejemplo, drogas de abuso, medicación o exposición a tóxicos), ni a una situación médica general (por ejemplo, trastorno craneal). Ordinariamente existen criterios específicos de diagnóstico para cada trastorno de personalidad (Sentencia Tribunal Supremo núm. 831/2001, de 14 mayo)", para terminar recordando que "en la doctrina jurisprudencial la relevancia de los trastornos de la personalidad en la imputabilidad no responde a una regla general[...]".

En la STS nº 696/2004, de 27 de mayo, también sobre la misma cuestión, se decía, ahora en relación a sus efectos en la capacidad de culpabilidad, que la doctrina de esta Sala, "[...] en general ha entendido que los trastornos de la personalidad no calificados de graves o asociados a otras patologías relevantes no dan lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad, sino en todo caso a una atenuación simple y solo en aquellos casos en los que se haya podido establecer la relación entre el trastorno y el hecho cometido[...]".

Y, por último, en la STS núm. 2167/2002, de 23 diciembre, se decía que "[...] la jurisprudencia ha sido en general reacia a reconocer eficacia atenuatoria a los trastornos de la personalidad o psicopatías, con mayor razón cuando no han sido calificados de graves[...]".

A la vista de los informes coincidentes de varios facultativos y de las explicaciones ofrecidas en el juicio, no resulta acreditado que el acusado tuviera limitadas sus facultades intelectivas y volitivas por lo que la mera existencia de un trastorno de personalidad no es de por sí suficiente en este concreto caso para el reconocimiento de la eximente o atenuante pretendida por la defensa.

El motivo deviene improsperable.



QUINTO. - En el quinto motivo del recurso, por el mismo cauce procesal del artículo 849.1 de la LECrim. se censura la inaplicación de la atenuante de reparación del daño alegando que el condenado ha puesto todo su patrimonio a disposición de la víctima lo que constituye un acto reparatorio que debe tener su reflejo en la atenuación de la pena.

Como señala la STS 16/2018, de 16 de enero, en un caso muy similar al que nos ocupa, la actual configuración de la atenuante de reparación del daño se ha objetivado, sin exigir que se evidencie reconocimiento de culpa, aflicción o arrepentimiento. Se trata de una atenuante "ex post facto", cuyo fundamento no deriva en una menor culpabilidad del autor, sino de razones de política criminal orientadas a dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante. Pero lo que resulta inequívoco es que el legislador requiere para minorar la pena el dato objetivo de que el penado haya procedido a reparar el daño o a disminuir los efectos del delito. El tiempo verbal empleado por el legislador excluye toda promesa o garantía de hacerlo en el futuro. Tanto más cuanto que exige que, en todo caso, ello debe haber ocurrido con anterioridad a la celebración del juicio.

En el presente caso se invoca como acto reparatorio el ofrecimiento de entrega de todos los bienes del recurrente o el otorgamiento de testamento en favor de la víctima, otorgamiento que era anterior, según la sentencia, a la comisión del delito. Ese tipo de ofrecimientos no pueden tener virtualidad alguna para la apreciación de la atenuante. Para que ésta proceda el acto de reparación tiene que ser efectivo y actual. No basta un ofrecimiento genérico de reparación, ni futuro. En este caso no consta que se haya entregado bien o cantidad alguna para reparar los importantes daños físicos causados, razón por la que el motivo no puede prosperar.

SEXTO. - Por el mismo cauce procesal que en el motivo anterior se denuncia la inaplicación de la atenuante analógica de confesión del artículo, autorizada por el artículo 21.7 del Código Penal porque, siendo cierto que no reconoció la autoría al inicio de la instrucción, acogiéndose a su derecho a no declarar, el reconocimiento de la autoría de los hechos durante el juicio ha sido un acto que ha facilitado notablemente su desarrollo. Su afirmación que su confesión ha sido real, sincera, relevante y debe ser valorada para la atenuación de la pena.

En el número 4º del artículo 21 del Código Penal se considera circunstancia atenuante la de " [...] haber procedido el culpable a confesar la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra el [...]".

Los requisitos de esta circunstancia, según ha establecido esta Sala, entre otras en la STS núm. 615/2003, de 3 mayo, son, en primer lugar, que el sujeto confiese a las autoridades la comisión de un hecho delictivo o su participación en el mismo; en segundo lugar, que la confesión sea veraz, quedando excluidos los supuestos en que se sostenga una versión interesada de carácter exculpatorio que después se revela totalmente falsa; en tercer lugar, que la confesión se produzca antes de conocer que el procedimiento, entendido por tal, también las diligencias de investigación iniciadas por la Policía, se dirige contra él, lo que ha de relacionarse con la utilidad de la confesión, de modo que quedan excluidos aquellos supuestos en los que la aparente confesión se produzca cuando ya no existía posibilidad de ocultar la infracción ante su inmediato e inevitable descubrimiento por la Autoridad.

En la redacción del actual Código han perdido importancia los factores de tipo subjetivo relativos al arrepentimiento y se han potenciado los de carácter objetivo, relacionados con la colaboración con la Justicia, lo que resalta también el aspecto de la utilidad de la confesión, negando efectos de minoración de la pena la simple aceptación de la evidencia.

A partir de esa consideración objetiva de la atenuante, la doctrina de esta Sala ha ampliado las posibilidades de aplicación reconociendo eficacia a la confesión tardía cuando suponga una facilitación importante de la acción de la Justicia en el ámbito propio del proceso y, por tanto, una contribución relevante a la restauración



del orden jurídico alterado por la acción delictiva, (STS núm. 344/2004, de 12 de marzo), y en esa misma dirección, venimos afirmando que no puede dejar de tenerse en cuenta a estos efectos, que la aceptación de unos hechos que, de otra forma, precisarían de una investigación, es una conducta que facilita la labor de la justicia y que, de otro lado, revela una menor necesidad de pena al suponer una aceptación del mal realizado y una colaboración en el retorno a la situación de vigencia efectiva del ordenamiento jurídico, (STS núm. 155/2004, de 9 de febrero), lo cual debe ser valorado en el momento de individualización de la pena por el Tribunal.

En este caso ni ha habido confesión, ni la conducta procesal del recurrente ha facilitado el enjuiciamiento. El recurrente ha negado el delito y ha sostenido una versión interesada para reducir las consecuencias penales de su conducta. El hecho de que reconociera la inicial agresión no supone confesión del hecho porque, acto seguido, ha negado que continuara con la agresión, afirmando que las graves lesiones de la víctima no fueron intencionadas sino producto de la caída al suelo. No ha habido arrepentimiento, ni confesión, ni actuación procesal de colaboración con la Justicia, razón por la que esta queja tampoco puede ser estimada.

SÉPTIMO. - Por último y con apoyo en el artículo 849.2 de la ley procesal se denuncia error en la valoración probatoria en tres aspectos puntuales, uno de los cuales ya ha sido respondido en el fundamento jurídico cuarto. Restan, por tanto, dos cuestiones: a) El informe NISSA 2007 acredita que la víctima no precisa de la asistencia de terceras personas, frente a lo que se indica en otros informes que han concluido que la víctima sufre una incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo; que necesita la supervisión de una persona para la realización de las actividades esenciales de su vida diaria y para el control de su interacción social; b) Al folio 30 Tomo II de las actuaciones consta que los agentes policiales NUM002 y NUM003 procedieron a realizar distinta muestras en concreto la J-7 de lo que parecía ser un mordisco en el hombro izquierdo, lo que evidencia el error en los hechos probados de la sentencia, en los que se afirma en relación con el acusado literalmente que "únicamente se refleja una herida". En el fundamento jurídico cuarto, apartado 3, hemos realizado una amplia referencia al motivo de casación previsto en el artículo 849.2 de la LECrim. y a la doctrina de esta Sala sobre lo que debe entenderse por documento a efectos casacionales y sobre el valor documental de los informes periciales, por lo que no vamos a reiterar de nuevo la doctrina sobre este motivo de casación.

En relación con el primero de los alegatos debe indicarse que el documento invocado por la defensa no evidencia error alguno en la valoración probatoria porque dicho documento debe ser valorado junto con el resto de elementos de prueba. Y no puede desconocerse que la víctima ha sido objeto de seguimiento médico y de seguimiento específico por los médicos forenses a quienes por ley corresponde determinar de forma objetiva las lesiones sufridas por consecuencia de la agresión, de conformidad con lo previsto en el artículo 350 y concordantes de la LECrim. Dicho informe, que es congruente con la restante documental obrante en autos, acredita que la víctima sufrió gravísimas lesiones, quedando con las siguientes secuelas: "[...] a) deterioro de las funciones cerebrales superiores integradas de carácter grave: 75 puntos; b) tetraparesia leve (sin afectación de esfínteres) :40 puntos; c) paresia de nervio facial derecho: 5 puntos; y d) perjuicio estético importante consistente en cicatrices de traqueotomía, tetraparesia, parálisis facial y deterioro cognitivo: 20 puntos. Dichas secuelas le provocan una incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo y dependencia de una tercera persona para supervisar las actividades esenciales de la vida diaria y control de la interacción social [...]".

El informe forense acredita que la víctima precisa de una asistencia personal para las actuaciones más elementales de su vida diaria como consecuencia del grave deterioro de las funciones cerebrales superiores, así como de las restantes secuelas neurológicas, lo que conduce a la desestimación de esta queja, conclusión que ni si quiera está en contradicción con el informe citado por la defensa (folios 351 a 353), en el que se refiere la evolución de la paciente y se ponen de manifiesto las dificultades que tiene para las actividades más elementales de la vida diaria, indicando que necesita la supervisión permanente de terceras personas.

En relación con el segundo de los alegatos que las actas de las declaraciones testimoniales no constituyen documento a efectos casacionales, lo que obliga a desestimar este motivo de censura que, por otra parte, carece de relevancia alguna, dado que el hecho que se pretende erróneo no tiene incidencia alguna en la calificación jurídico-penal de los hechos.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

OCTAVO. - Estimándose parcialmente el recurso, deben declararse de oficio las costas procesales causadas, conforme a lo prevenido en el artículo 901 de la LECrim.

FALLO



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

1º) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por Pelayo contra la sentencia número 251/2018, dictada el 7 de mayo de 2018 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, que **CASAMOS Y ANULAMOS** parcialmente, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho.

2º) Declarar de oficio las costas devengadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra el presente no caber recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Susana Polo Garcia

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION (P) núm.: 10527/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Susana Polo Garcia

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 6 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto la causa 10527/2018-P, seguida contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, en su Procedimiento Sumario Ordinario 114/2016, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 3 de los Quart de Poblet, por un delito de homicidio, contra Pelayo con D.N.I. NUM000 , nacido en Valencia el NUM004 1977 hijo de Casimiro y de Rosa . La citada sentencia fue recurrida en casación y ha sido **casada y anulada** parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectos por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - De conformidad con lo expuesto en la sentencia de casación procede condenar a Pelayo , como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, tipificado en los artículos 138.1 y 62 del Código Penal, con la agravante de discriminación por razón de género, a la pena de NUEVE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN y accesorias, y como autor de un delito de acoso, tipificado en el artículo 172 ter 1, apartados 1 y 2, del Código Penal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN y accesorias, debiéndosele condenar al pago de las costas de primera instancia y al pago de las responsabilidades civiles fijadas en la sentencia recurrida.

**FALLO**

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

1) Condenar a Pelayo , como autor penalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, previsto en los artículos 138.1, 16 y 62 del Código Penal, a la pena de NUEVE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a doña Marí Trini , así como a su domicilio o lugar de residencia, y permanecer en los lugares donde habitualmente se encuentre, y de comunicar con ella por tiempo de TRECE AÑOS.

2) Condenar a Pelayo , como autor penalmente responsable de un delito de acoso previsto en el artículo 172 ter. 1, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y, conforme a lo dispuesto en el artículo 57, la prohibición de aproximarse a doña Marí Trini , así como a su domicilió o lugar de residencia, y permanecer en los lugares donde habitualmente se encuentre, y de comunicar con ella por tiempo de TRES AÑOS.

En aplicación del art. 140 bis CP se impone la medida de libertad vigilada por tiempo de OCHO AÑOS, la cual se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, con el contenido que se determine de conformidad con lo previsto en el art. 106 CP.

3) En concepto de responsabilidad civil condenamos al citado acusado a que indemnice a doña Marí Trini en las siguientes cantidades: 28.000 euros por los días de hospitalización, 312.050 euros por secuelas, 400.000 euros por la incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo, y en las sumas de 150.000 para sus familiares en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia: derivada de los cuidados y atención continuado y hasta un máximo de 100.000 euros para la adecuación de la vivienda a las circunstancias personales de Marí Trini .

Asimismo, deberá indemnizar en la cantidad de 29.000 euros a cada progenitor por los daños morales causados y en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por intervenciones posteriores.

El acusado indemnizará a la Generalitat Valenciana en la suma de 125.004,12 euros, como consecuencia de la asistencia prestada., todo ello con abono del interés legal correspondiente.

4) Se le condena, por último, al pago de las costas procesales causadas en primera instancia, incluidas las de la Acusación Particular.

5) Para el cumplimiento de las penas impuestas, serán de abono el tiempo que el condenado ha estado privado cautelarmente de libertad.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Susana Polo Garcia

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina