



Roj: **STS 3620/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3620**

Id Cendoj: **28079120012020100584**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/11/2020**

Nº de Recurso: **10126/2020**

Nº de Resolución: **587/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 587/2020

Fecha de sentencia: 06/11/0020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10126/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10126/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 587/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar D. Antonio del Moral García D. Andrés Palomo Del Arco D. Vicente Magro Servet D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 6 de noviembre de 20.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Marcos**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que estimó parcialmente el recurso formulado por la representación del citado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, de fecha 15 de febrero de 2019, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Dña. Inés Verdú Roldán y bajo la dirección Letrada



de D. Leocadio Pajares Madrid, y la recurrida Acusación Particular Dña. Elena representada por el Procurador D. Antonio Parra Ortega y bajo la dirección Letrada de Dña. Adoración Torres Sánchez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Huércal Overa instruyó sumario con el nº 4/2017 contra Marcos , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, que con fecha 15 de febrero de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"El procesado, Marcos -mayor de edad, nacido en fecha NUM000 /1973, con nacionalidad británica y número de pasaporte NUM001 , ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 25/04/2014 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Huércal-Overa, en el procedimiento de Diligencias Urgentes 48/2014, por el delito de amenazas en el ámbito familiar, a la pena de 6 meses de prisión; y también condenado en sentencia firme de 8/6/2000, por el Tribunal de Manchester (Reino Unido), por un delito de homicidio en grado de tentativa, a once años de prisión, iniciándose su ejecución en la misma fecha -sobre las 20:00 horas del día 17 de marzo de 2017, y con el propósito de acabar con la vida de su ex pareja, Elena , se dirigió a la vivienda que, en esas fechas, constituía el domicilio de ella -sito en el CAMINO000 , NUM002 , de la localidad de Albox (Almería)-; y, sin que conste debidamente acreditado el modo que le permitió entrar, accedió a su interior, cogió un cuchillo -de 20 cm. de hoja y 31 cm. De longitud- que había en la cocina de la casa, y así esperó a que volviese su moradora. A las 22:00 horas, y tras la llegada de Elena a su domicilio, el procesado, con el propósito de amedrentarla y atemorizarla, le puso, en reiteradas ocasiones, el cuchillo en el cuello y en el pecho, al tiempo que le decía, "he venido a matarte, eres una puta, vas a morir esta noche", causando en la mujer el terror y el miedo que pretendía. Al mismo tiempo, Marcos , con ánimo de que Elena no pudiese salir de manera voluntaria su domicilio, la retuvo en la vivienda durante más de dos horas, permaneciendo él en la puerta de entrada mientras continuaba esgrimiendo el cuchillo. Finalmente, y tras llamar una amiga al móvil de Elena -llamada a la que contestó el procesado- Elena , aprovechando esta situación, consiguió escapar en su vehículo -un Opel Astra matrícula UW....EY - deteniéndose instantes después, en las proximidades de su domicilio, al ver llegar a dos agentes de la Policía Local de Albóx, que habían sido avisados. El procesado, en su empeño de acabar con la vida de Elena , al ver que se había escapado, salió tras ella con el cuchillo en la mano y se dirigió hacia el vehículo donde su ex pareja se encontraba, mostrando el cuchillo en todo momento, y haciendo caso omiso a los gritos y requerimientos de los agentes de policía para que se detuviese, que varias veces le dijeron "alto policía", y llegaron, incluso, a efectuar un disparo al aire con el arma reglamentaria. El procesado, pese a esos requerimientos policiales, continuó avanzando hacia ellos y hacia la mujer, y al llegar a la altura del policía local nº NUM003 , forcejeó con éste, y al intentar el agente quitarle cuchillo, lo hirió en su mano derecha con el cuchillo de que no se desprendía; sufriendo dicho agente, como consecuencia de esa agresión, artritis postraumática en el primer dedo de la mano derecha, requiriendo una primera asistencia facultativa y necesitando para su curación 7 días, estando 3 de ellos incapacitado para el desarrollo de sus actividades habituales; y reclamando por ello. El procesado, así, con su conducta ante los agentes, logró acercarse al vehículo de Elena , donde ésta permanecía en el asiento del conductor, introdujo medio cuerpo en el interior del automóvil, y con el cuchillo que aún llevaba en su mano derecha, intentó apuñalarla en varias ocasiones, no consiguiendo su objetivo al recibir el impacto de cuatro balas por parte de los citados agentes de la Policía Local. Como consecuencia de todos estos hechos, Elena sufrió un estado de ansiedad, requiriendo para su curación 5 días, todos ellos incapacitada para el desarrollo de sus actividades habituales, por lo que reclama. El acusado fue detenido el mismo día 17 de marzo de 2017 y desde esa fecha permanece en situación de prisión provisional".

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

"Que debemos condenar y condenamos al procesado Marcos , como autor penalmente responsable de los siguientes delitos, ya anteriormente definidos: - Un delito de homicidio en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia mixta, como agravante, de parentesco, y la también agravante de reincidencia, a la pena de ocho años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; así como a la pena de prohibición de aproximación a una distancia inferior a 500 metros, a Elena , a su domicilio y lugar de trabajo, y de comunicación con ella por cualquier medio y procedimiento, durante dieciocho años, que se cumplirán de manera simultánea con la pena privativa de libertad. - Un delito de detención ilegal, con la concurrencia de la circunstancia mixta, como agravante, de parentesco, a la pena de tres años y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; así como a la pena de prohibición de aproximación a una distancia inferior a 500 metros, a Elena , a su domicilio y lugar de trabajo,



y de comunicación con ella por cualquier medio y procedimiento, durante ocho años y tres meses, que se cumplirán de manera simultánea con la pena privativa de libertad. - Un delito de amenazas no condicionales, con la concurrencia de la circunstancia mixta, como agravante, de parentesco, y la también agravante de reincidencia, a la pena de un año y cuatro meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; así como a la pena de prohibición de aproximación a una distancia inferior a 500 metros, a Elena , a su domicilio y lugar de trabajo, y de comunicación con ella por cualquier medio y procedimiento, durante cuatro años y cuatro meses, que se cumplirán de manera simultánea con la pena privativa de libertad. - Un delito de allanamiento de morada, sin la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; así como a la pena de prohibición de aproximación a una distancia inferior a 500 metros, a Elena , a su domicilio y lugar de trabajo, y de comunicación con ella por cualquier medio y procedimiento, durante tres años, que se cumplirán de manera simultánea con la pena privativa de libertad. - Un delito de atentado, sin la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Y debemos absolver y absolvemos al citado procesado, del delito leve de vejaciones, del que también venía acusado en esta causa, declarando, por ello, de oficio, una sexta parte de todas las costas procesales causadas. El procesado Marcos indemnizará a Elena en la cantidad de 20.000 euros por los daños morales causados, y en 300 euros por los días de curación de las lesiones producidas. Asimismo, el procesado indemnizará al Policía Local nº NUM003 en la cantidad de 300 euros por las lesiones sufridas. Estas cantidades devengarán, hasta su completo pago, el interés legal correspondiente. Se condena igualmente al procesado al pago de cinco sextas partes de las costas procesales causadas, incluidas las de la Acusación Particular. Se declaran de oficio, una sexta parte restante, de esas costas procesales. Al procesado le será de abono, para el cumplimiento de las condenas impuestas, todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa, de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia. Se aprueba, con las reservas que contiene, el auto de solvencia parcial remitido por el Instructor".

Contra indicada sentencia se recurrió en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, por la representación del acusado Marcos , que con fecha 19 de diciembre de 2019 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que estimando parcialmente el recurso formulado por la representación procesal de Marcos contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, la revocamos también parcialmente, en el sentido de absolver al acusado del delito de amenazas por el que viene condenado, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia. Sin costas. Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes a través de sus Procuradores, quienes habrán de comunicarla a sus representados o comunicar a la Sala la imposibilidad de hacerlo en el plazo legal para recurrir. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Notifíquese también la sentencia al perjudicado. Una vez firme, se devolverán los autos originales a la Audiencia Provincial, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto".

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

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

Primero.- Al amparo de los arts. 852 L.E.Cr., art. 24 de la C.E.

Segundo.- Con base en el art. 849.1 L..Cr. y art. 20.2 o 21.7, 20.1 y 21.1 o 21.3 del C. Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular Dña. Elena , que solicitó su inadmisión, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 5 de noviembre de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Marcos , contra la Sentencia dictada en apelación por el TSJ de Andalucía de fecha 19-12-2019 que estimó parcialmente el recurso de apelación en el sentido de absolver al recurrente del delito de amenazas por el que viene condenado, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sección 3ª de la AP de Almería.

SEGUNDO.- 1.- Al amparo de los arts. 852 de la LECrim, art. 24.2 de la CE. Denuncia el recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por haber sido condenado con total ausencia de pruebas.

Se mezclan en el primer motivo cuestiones afectantes a la presunción de inocencia y a la infracción de ley, aunque el motivo se sustenta en la presunción de inocencia.

Pero dado que se alega la presunción de inocencia y con respecto a la valoración de la prueba que ya ha comprobado el TSJ en su sentencia resolviendo la apelación hay que precisar que, en primer lugar, que respecto a la presunción de inocencia se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).

Y dado que se alega que no ha habido "prueba de cargo" señalar que la doctrina apunta que 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 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

En la misma dirección, la doctrina constitucional ha establecido que la presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías.

La presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias:

- 1.ª) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos (STC 140/1991, de 20 de junio);
- 2.ª) solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad;



3.ª) de dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y, especialmente, la posibilidad de contradicción (SSTC 82/1992, de 28 de mayo; y 138/1992, de 13 de octubre); y

4.ª) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

Y en segundo lugar, hay que señalar que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, además, cuando se trata del recurso de casación en estos casos la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediatez que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Además, como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".



Pues bien, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia.

El Tribunal de instancia recoge los siguientes hechos probados, a saber:

"El procesado, Marcos -mayor de edad, nacido en fecha NUM000 /1973, con nacionalidad británica y número de pasaporte NUM001 , ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 25/04/2014 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n°/ de Huércal-Overa, en el procedimiento de Diligencias Urgentes 48/2014, por el delito de amenazas en el ámbito familiar, a la pena de 6 meses de prisión; y también condenado en sentencia firme de 8/6/2000, por el Tribunal de Manchester (Reino Unido), por un delito de homicidio en grado de tentativa, a once años de prisión, iniciándose su ejecución en la misma fecha- sobre las 20:00 horas del día 17 de marzo de 2017, y con el propósito de acabar con la vida de su ex pareja, Elena , se dirigió a la vivienda que, en esas fechas, constituía el domicilio de ella -sito en el CAMINO000 , NUM002 , de la localidad de Albox (Almería)-; y, sin que conste debidamente acreditado el modo que le permitió entrar, accedió a su interior, cogió un cuchillo -de 20 cm. de hoja y 31 cm. De longitud- que había en la cocina de la casa, y así esperó a que volviese su moradora.

A las 22:00 horas, y tras la llegada de Elena a su domicilio, el procesado, con el propósito de amedrentarla y atemorizarla, le puso, en reiteradas ocasiones, el cuchillo en el cuello y en el pecho, al tiempo que le decía, "he venido a matarte, eres una puta, vas a morir esta noche", causando en la mujer el terror y el miedo que pretendía.

Al mismo tiempo, Marcos , con ánimo de que Elena no pudiese salir de manera voluntaria su domicilio, la retuvo en la vivienda durante más de dos horas, permaneciendo él en la puerta de entrada mientras continuaba esgrimiendo el cuchillo.

Finalmente, y tras llamar una amiga al móvil de Elena -llamada a la que contestó el procesado- Elena , aprovechando esta situación, consiguió escapar en su vehículo -un Opel Astra matrícula UW...EY - deteniéndose instantes después, en las proximidades de su domicilio, al ver llegara dos agentes de la Policía Local de Albóx, que habían sido avisados.

El procesado, en su empeño de acabar con la vida de Elena , al ver que se había escapado, salió tras ella con el cuchillo en la mano y se dirigió hacia el vehículo donde su ex pareja se encontraba, mostrando el cuchillo en todo momento, y haciendo caso omiso a los gritos y requerimientos de los agentes de policía para que se detuviese, que varias veces le dijeron "alto policía", y llegaron, incluso, a efectuar un disparo al aire con el arma reglamentaria.

El procesado, pese a esos requerimientos policiales, continuó avanzando hacia ellos y hacia la mujer, y al llegar a la altura del policía local no NUM003 , forcejeó con éste, y al intentar el agente quitarle cuchillo, lo hirió en su mano derecha con el cuchillo de que no se desprendía; sufriendo dicho agente, como consecuencia de esa agresión, artritis postraumática en el primer dedo de la mano derecha, requiriendo una primera asistencia facultativa y necesitando para su curación 7 días, estando 3 de ellos incapacitado para el desarrollo de sus actividades habituales; y reclamando por ello.

El procesado, así, con su conducta ante los agentes, logró acercarse al vehículo de Elena , donde ésta permanecía en el asiento del conductor, introdujo medio cuerpo en el interior del automóvil, y con el cuchillo que aún llevaba en su mano derecha, intentó apuñalarla en varias ocasiones, no consiguiendo su objetivo al recibir el impacto de cuatro balas por parte de los citados agentes de la Policía Local.

Como consecuencia de todos estos hechos, Elena sufrió un estado de ansiedad, requiriendo para su curación 5 días, todos ellos incapacitada para el desarrollo de sus actividades habituales, por lo que reclama.

El acusado fue detenido el mismo día 17 de marzo de 2017 y desde esa fecha permanece en situación de prisión provisional.

Se analiza, en consecuencia, la existencia de prueba de cargo tenida en cuenta para la condena en los tipos penales.

1.- Allanamiento de morada.

Describe el hecho probado que: "Se dirigió a la vivienda que, en esas fechas, constituía el domicilio de ella -sito en el CAMINO000 , NUM002 , de la localidad de Albox (Almería)-; y, sin que conste debidamente acreditado el modo que le permitió entrar, accedió a su interior, cogió un cuchillo -de 20 cm. de hoja y 31 cm. De longitud- que había en la cocina de la casa, y así esperó a que volviese su moradora."

Pues bien, sobre este delito señala el TSJ en su sentencia que:



"Sobre el allanamiento de morada.

En los dos primeros motivos de su recurso, el recurrente discute la condena por un delito de allanamiento de morada, y lo hace esgrimiendo tres argumentos: a) que el inmueble donde se produjeron los hechos no constituía "morada" a efectos penales; b) que no consta la oposición de la denunciante a la entrada o permanencia del acusado; y c) que en todo caso el allanamiento quedaría absorbido por los otros delitos que la sentencia considera por él cometidos.

Ninguna de estas razones es atendible.

Por lo que se refiere a la cualidad del inmueble como "morada", y por más que ciertamente la denunciante, en su declaración testifical contestase, a preguntas de la defensa, que ya no vivía en esa casa, es claro por el resto de datos aportados en su declaración que lo que estaba diciendo es que el inmueble no tenía la condición de residencia habitual por cuanto no tenía las condiciones mínimas de habitabilidad (no tenía suministro eléctrico ni al parecer agua), si bien resulta indiscutible que de dicho inmueble había salido por la mañana y había vuelto por la noche, desarrollándose dentro del mismo su vida privada y doméstica, sin que se tratase por tanto simplemente de un lugar donde tenía algunas pertenencias, ni de un lugar abierto, disponible indiscriminadamente por terceras personas. Tenía las llaves de acceso a la misma, y por tanto la posibilidad de preservar su vida privada de la intromisión de terceros a quienes podía exigir que no entraran o se marchasen. No puede, pues, dudarse de que, aunque no fuera la propietaria, e incluso con independencia de que constituyera o no su "única" residencia o su domicilio en el sentido de "residencia habitual", constituía morada a efectos penales.

La entrada sin consentimiento de la poseedora de la vivienda y la permanencia en ella contra su voluntad quedaron acreditadas. La víctima declaró en el plenario que por la mañana la estancia había quedado cerrada, y que la encontró abierta, sin que ella le hubiese suministrado llaves de la misma. A ello debe añadirse la conciencia por parte del acusado de que allí acudiría por ser el lugar donde en aquel momento vivía. La moradora, pues, se encuentra dentro de su domicilio de una persona que entró, en su ausencia, sin que exista el más mínimo indicio de que el acusado estaba autorizado para hacerlo, lo que por sí ya integra el sustrato fáctico del allanamiento de morada.

Por cuanto respecta a la absorción de esta conducta por el resto de delitos por los que se le ha condenado (en particular, la detención ilegal y la tentativa de homicidio), debe precisarse que ambas conductas no afectan de manera necesaria a los mismos bienes jurídicos, pues, en el caso concreto, pudo haber allanamiento sin la comisión de los otros delitos, y pudieron cometerse éstos sin el allanamiento. No hay absorción, sino concurso de delitos. Es cierto que, conforme a lo mantenido por las SSTS 112/2015, de 10 febrero y 24/2019, de 9 enero, cabría pensar en la existencia de un concurso medial, pero esta tesis no ha sido sostenida por el recurrente, ni su resultado sería incompatible con la pena finalmente impuesta".

Hay que comenzar señalando que el Tribunal de instancia apunta en torno a la declaración de la víctima una plena convicción de lo que relató, y así recoge que:

"Frente a la evidente versión exculpatoria del procesado, la declaración de la víctima -la mencionada Elena -, ha sido persistente, sin contradicción alguna, y coherente y verosímil; siendo este testimonio ya suficiente para desvirtuar la referida presunción de inocencia, pero es que, además, ha quedado corroborada por otras pruebas, como se indicará.

Como decimos, el testimonio de Elena no ha dejado lugar a duda alguna de su total veracidad.

A lo largo de la causa, y esencialmente en el plenario, ha puesto de manifiesto -con un visible estado de nerviosismo y con momentos de llanto, al recordar lo sucedido- que fue pareja del procesado y que no había tenido contacto con él desde que finalizó la relación, al denunciarle ella por malos tratos; que la casa era de un amigo, pero constituía su domicilio, donde convivía con su hijo, que en la fecha de los hechos se hallaba en Inglaterra con su padre, porque la casa no tenía luz, al haber eliminado el generador que había, estando a la espera de una conexión eléctrica. La vivienda constituía su morada, circunstancia reconocida por el propio acusado; negando ella que él tuviese una llave para entrar en la casa."

En efecto, dado que nos movemos en el terreno de la presunción de inocencia, que es el motivo planteado por el recurrente, lo que es preciso analizar es si hubo prueba bastante para la condena en este caso por el allanamiento de morada, y resulta evidente que la prueba existe, ya que no se plantea la vía del art. 849.1 LECR; sino la presunción de inocencia, en cuyo caso resulta obvio que el recurrente estaba en la vivienda que ocupaba, aunque fuera transitoriamente la víctima, ya que la morada no tiene un concepto de unidad y exclusividad, sino que se refiere al momento en que se produce el hecho, y está acreditado que ese día salió de la casa donde ella vivía, aunque las condiciones fueran mejores o peores, pero era donde residía, con independencia de que pueda, a su vez, hacerlo en otros sitios.



Además, tan evidente resulta que es el propio recurrente el que accede a ese inmueble porque debió conocer que ese era el lugar donde ella estaba residiendo en ese momento, y que dado el fin de acabar con su vida que consta en el hecho probado, fue a la casa con la intención de matarla, y no a otro lugar, sino a esa casa, prueba evidente que era el lugar donde ejercía su morada en esos momentos.

En la vía del allanamiento de morada del art. 202 CP se castiga al particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, y es esto lo que en este caso ocurre.

Ya desde antiguo el Tribunal Supremo reconoció en Sentencia de 20 Ene. 1994, Rec. 2153/1992 que: "El delito de allanamiento de morada protege la intimidad de la persona humana, salvaguarda la intimidad más apreciada de los hombres y mujeres, no se defiende ni la posesión, ni la propiedad, ni ningún otro derecho real o personal en sentido patrimonial. Por tanto, es imprescindible que exista una morada ajena invadida, por irrupción o por permanencia. Esta Sala, en una jurisprudencia absolutamente rectilínea, ha protegido, como uno de los valores más importantes, reconocido expresamente en la CE, el domicilio de las personas físicas, concepto que ha de correlacionarse con el delito de allanamiento de morada. No hay allanamiento de morada respecto de un almacén o un depósito. Morada y domicilio, a estos efectos, se identifican."

En este caso, quedó probado, y así consta, que "Se dirigió a la vivienda que, en esas fechas, constituía el domicilio de ella -sito en el CAMINO000 , NUM002 , de la localidad de Albox (Almería)-"; la circunstancia de las mejores o peores condiciones del inmueble no excluyen el sentido de la vivienda como morada si "en ese momento" era su domicilio, que no tiene que serlo en concepto de dueño, sino de ocupante.

La cuestión que nos surgiría es la relativa a qué concepto debemos tener por morada, y si es posible que la consideración de "morada" sea doble, en el sentido de poder disponer de la morada en dos residencias que pueda utilizar de forma más o menos habitual una persona, ya que no hay disposición legal alguna que obligue a una persona a "elegir" cuál es su morada, o si puede disponer de dos que cumplan esta función, aunque a los efectos administrativos sea cierto que hay que identificar a una, por ejemplo, a efectos fiscales, o en las relaciones contractuales, a la hora de fijar un domicilio a efectos de notificaciones. Pero ello no determina que bajo esta opción estemos "eligiendo" cuál es nuestra morada, excluyendo, con ello, a otra vivienda que también utiliza ocasionalmente, que tiene amueblada, y dada de alta la luz, el agua y gas, como servicios esenciales que acreditan que es vivienda que se utiliza habitualmente, y que no está desocupada en el sentido más propio de inmueble que no se utiliza, y que, por ello, no está con muebles ni dados de alta servicios esenciales para posibilitar ese uso, como hemos expuesto.

Pues bien, ofreciendo un rayo de luz sobre este tema se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo 731/2013 de 7 Oct. 2013, Rec. 11142/2012, que señala que:

"El concepto de morada a efectos penales no se identifica con la noción administrativa de vivienda. La idea de que sólo aquellos inmuebles debidamente regularizados a efectos fiscales son susceptibles de protección penal carece de toda justificación. El contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) no puede obtenerse a partir de una concepción topográfica del espacio en el que se desarrollan las funciones vitales.

Como ya hemos recordado en otras ocasiones (STS 530/2009, 13 de mayo y 727/2003, 16 de mayo) el Tribunal Constitucional, ha identificado el domicilio con un "espacio apto para desarrollar vida privada" (STC 94/1999, 31 de mayo, F. 4), un espacio que "entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad", "el reducto último de su intimidad personal y familiar" (STC 22/1984, STC 60/1991 y 50/1995, STC 69/1999, 26 de abril y STC núm. 283/2000, 27 de noviembre).

Esta Sala, entre otras en la STS 1108/1999, 6 de septiembre, ha afirmado que "el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental" (SSTS 24-10-1992, 19-7-1993 y 11-7-1996). Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad.

Encontrarán la protección dispensada al domicilio aquellos lugares en los que, permanente o transitoriamente, desarrolle el individuo esferas de su privacidad, alejadas de la intromisión de terceros no autorizados.

En la STS 436/2001, 19 de marzo, hemos afirmado que "el concepto subyacente en el artículo 18.2 de la CE ha de entenderse de modo amplio y flexible ya que trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad y a la intimidad de la persona, al desarrollo de su privacidad a través de la cual proyecta su "yo anímico" en múltiples direcciones (cfr. Sentencias del TS de 19 enero, 4 de abril 1995 y 30 abril 1996).



Como también se ha dicho en la Sentencia de esta Sala, de 7 de noviembre de 1997, el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE) se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado. Tal derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Consecuentemente, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección de la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad.

Por tanto, el cumplimiento de determinados requisitos administrativos, a efectos registrales, no añade un signo distintivo sin cuya concurrencia deba quedar en suspenso la protección constitucional del círculo de privacidad que cada ciudadano dibuja como frontera de exclusión frente a los poderes públicos y a terceros. Como se desprende del *factum*, el inmueble en el que se introdujo el acusado era una "... pequeña vivienda", en la que existía un dormitorio, con una cama y una puerta cerrada para excluir cualquier injerencia no consentida. El bien jurídico protegido no queda subordinado al tamaño de la vivienda ni a su regularidad administrativa. De ahí que la certificación administrativa acerca de la existencia o ausencia de cédula de habitabilidad no habría añadido nada a la efectiva existencia de un recinto en el que se desarrollaban las funciones propias de la vida personal y familiar."

También, el Tribunal Supremo en Sentencia 1775/2000 de 17 Nov. 2000, Rec. 1458/1999 señala que:

"...debiéndose entender por la mentada morada, el recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes próximos, habitan, desarrollan su vida íntima y familiar, comprendiéndose dentro de dicho recinto, dotado de especial protección, no solo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aldaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar, y que, de vulnerarse mediante la irrupción, en ellos, de extraños, implica infracción de la intangibilidad tutelada por la Ley; finalmente, en cuanto a la acción o dinámica comisiva, consta de un elemento positivo, esto es, entrar en morada ajena o permanecer en la misma contra la voluntad de su morador, y otro negativo, es decir, que, la referida conducta, se perpetre contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta."

Este extremo de que la víctima había salido y que volvió a lo que era el lugar donde ella ejercía su residencia "en ese momento" determina la condena por el tipo penal, afirmando que "la dejé cerrada cuando salí" con clara intención de regresar, como así ocurrió, y el conocimiento del recurrente de que ella habitaba allí, prueba evidente del dolo del autor de acceder y esperarle en donde él mismo sabía que ella habitaba como residencia.

No puede aplicarse la absorción pretendida del allanamiento en la tentativa de homicidio, lo que haría "desaparecer" un delito cometido. Se trata de delitos distintos como consta claramente, sin que se haya planteado la opción de un concurso medial, que en cualquier caso no tendría efectos en tanto la pena impuesta, como refleja el TSJ.

Con respecto a la exclusión de la absorción que se pretende hay que reseñar que esta Sala ha señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 286/2015 de 19 May. 2015, Rec. 1756/2014 que no hay absorción de delitos cuando:

"Las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinto carácter".

La absorción de delitos entre el allanamiento de morada y los cometidos con ocasión de su comisión no es posible, ya que la absorción se predica en el art. 8.3 CP cuando *El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*

Señala la doctrina al respecto que cuando hay una conducta penal compleja, a veces queda absorbida una infracción en otra más grave que abarca la totalidad del comportamiento ilícito. Tal absorción se produce cuando, pese a su complejidad, todo el significado antijurídico del comportamiento correspondiente queda cubierto con la aplicación de una sola norma, mientras que en el caso contrario estaríamos ante un concurso de delitos. A veces, en la propia norma de la parte especial aparecen delitos complejos, esto es, delitos configurados y penados como uno solo, aunque en su seno abarcan más de una infracción penal. Pero otras veces no existe una disposición específica de agrupación delictiva determinante de aplicación de este tercer criterio de absorción o consunción, siendo la propia naturaleza de las normas en cuestión la que obliga a estimar si debe o no utilizarse a través de la correspondiente valoración jurídica, en ocasiones no exenta de dificultades. Y para cuya solución hemos de acudir otra vez al criterio de valoración jurídica: si una norma cubre o no la total significación antijurídica del hecho, pues en caso positivo nos hallamos ante un concurso de normas, y en el supuesto contrario ante un concurso de delitos. Generalmente, cuando hay bienes jurídicos distintos cabe hablar de concurso de delitos.



Como señaló la sentencia del Tribunal Supremo "no se aplica cuando hay perfecta "separabilidad de hechos" y no puede haber una absorción en uno de los tipos que englobe todos los hechos ocurridos. En el concurso de delitos, uno o varios hechos constituyen varios delitos; en el concurso de normas sólo existe un delito. No puede haber aquí concurso de normas. Hay separación de conductas de tal pluralidad que no puede integrarse todo el hecho probado típico y punible en un solo tipo penal. En el concurso de normas sólo resulta aplicable un delito porque esa norma penal es suficiente para aprehender por completo el desvalor del hecho".

Pero el allanamiento no puede quedar embebido absolutamente en una tentativa de homicidio que más tarde se pueda cometer como propone el recurrente. Además, la propia descripción de los hechos violentos determinaba la evidencia de una oposición derivada de la forma en que estos se sucedieron.

No es posible abarcar en la tentativa de homicidio el allanamiento de morada que no se entiende "consumido" en el acto de intentar acabar con la vida de la víctima, sino que podría, en su caso, operar como concurso medial, lo que no tiene relevancia a efectos de las penas impuestas.

2.- Detención ilegal: Se describe en los hechos probados que: Marcos , con ánimo de que Elena no pudiese salir de manera voluntaria de su domicilio, la retuvo en la vivienda durante más de dos horas, permaneciendo él en la puerta de entrada mientras continuaba esgrimiendo el cuchillo.

Pues bien, sobre este delito señala el TSJ en su sentencia que:

"Argumenta que no existe prueba alguna de que el acusado se interpusiera en la puerta de salida de la vivienda con el cuchillo para evitar su salida, y que en todo caso se estaría en presencia de un delito de coacciones, y no de detención ilegal.

No se admite el motivo, porque del conjunto de la creíble declaración de la víctima en el plenario, corroborada por las llamadas efectuadas por Demetrio y por Florinda , se desprende sin lugar a dudas que durante al menos dos horas, la víctima estuvo retenida contra su voluntad en su domicilio, ante la amenaza por parte del acusado de matarla si llamaba a la policía, y el control de las llamadas telefónicas que recibía, viéndose obligada a aparentar normalidad, situación de la que sólo pudo salir "escapando" en un momento de descuido del acusado. La retención, prolongada durante al menos dos horas, no requirió una interposición física que impidiera materialmente salir del domicilio, pues bastó con la intimidación que provocó en la víctima las amenazas con el cuchillo y con la actitud agresiva mostrada por el acusado. Y tales hechos, basados en prueba suficiente, llenan el sustrato fáctico del delito de detención ilegal."

Así, la retención se produjo y se consumió, ya que estuvo retenida, aunque finalmente pudiera salir. Pretende degradar la conducta a unas meras coacciones, cuando consta en los hechos probados que con ánimo de que Elena no pudiese salir de manera voluntaria de su domicilio, la retuvo en la vivienda durante más de dos horas, permaneciendo él en la puerta de entrada mientras continuaba esgrimiendo el cuchillo.

Señala, así, el TSJ que "la amenaza por parte del acusado de matarla si llamaba a la policía, y el control de las llamadas telefónicas que recibía, viéndose obligada a aparentar normalidad, situación de la que sólo pudo salir "escapando" en un momento de descuido del acusado".

Por el Tribunal de instancia se recogió que: "la versión de los hechos mantenida por la víctima ha sido también corroborada, de algún modo, por la testigo Florinda , que, en el acto del juicio, ha sostenido que llamó al móvil de Elena , que habló con Marcos , y que, al percibir que algo extraño estaba sucediendo en la vivienda, llamó a la Policía.

...Como se ha relatado, el agente o sujeto activo de la infracción -el aquí procesado- tras entrar, sin que conste debidamente acreditado en qué forma, en el domicilio de la víctima, y después de coger un cuchillo de considerables dimensiones, cuando la víctima llega a su casa, y se ve sorprendida por la presencia de aquél, que le exhibe el cuchillo, se coloca en la puerta de entrada de la viviendas y, esgrimiéndolo, a continuación, ante la víctima, mientras le habla de manera obscena y atemorizante, le impide, de esa forma, la salida de la vivienda; privándola claramente, con ello, su libertad de movimientos, su libertad de deambulación; situación ésta que, según ha declarado la víctima, duró al menos un par de horas.

Sólo por un descuido de él, mientras contestaba a una llamada telefónica en el móvil de ella, ésta pudo salir de manera rápida de la casa, coger su vehículo, estacionado en la puerta, y alejarse algunos metros del lugar. Por tanto, no fue el propio enjuiciado por esta infracción quien le permitió la salida, quien le dio libertad de movimiento, según contempla el nº 2 del referido art. 163 -invocado por las Acusaciones-, encontrándonos, en consecuencia, ante el tipo básico, y no atenuado, del ya citado art. 163.1 del CP.

Es decir, se recoge que hubo una privación de la libertad deambulatoria "relevante" por dos horas, ubicándose en la puerta con el cuchillo y sin dejarle salir, lo que evidencia un plus de reproche penal al resto de conductas perpetradas y sin posibilidad de absorción por afectar a diferentes bienes jurídicos protegidos.



Señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 403/2006 de 7 Abr. 2006, Rec. 905/2005 que "El Código Penal de 1995 regula en los artículos 163 y siguientes los delitos de detenciones ilegales y de coacciones como infracciones que atacan a la libertad del individuo, y que afectan, por ello, a uno de sus derechos más importantes en orden al desarrollo de su vida en el ámbito de una sociedad moderna, libre y democrática. En ambos casos se trata de conductas que afectan negativamente a la libertad de la víctima, limitándola, restringiéndola o, incluso, suprimiéndola, contra su voluntad, si bien el delito de coacciones tiene una configuración más general, mientras que la detención ilegal afecta a aspectos concretos de la libertad individual. El delito de coacciones se comete cuando el sujeto, sin estar legítimamente autorizado, impide a otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe o le compele a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto. Y en el tratamiento del elemento temporal, la misma doctrina ha declarado que el delito de detención ilegal es una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que tiene lugar la detención o el encierro, ya que en uno y otro caso se priva al sujeto pasivo de su derecho de trasladarse de lugar según su voluntad, de suerte que en ambos supuestos se restringe ostensible y gravemente el derecho a la deambulación en tanto se impide el ejercicio del libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona (véanse, entre otras, SSTS de 27 de octubre de 1.995, 23 de mayo de 1.996, 15 de diciembre de 1.998 y 2 de noviembre de 1.999, y 1 de abril de 2.002)... el elemento subjetivo de este delito lo constituye el dolo penal, que requiere que la detención se efectúe de forma arbitraria e injustificada, siendo suficiente para su apreciación la conciencia y voluntad del autor de realizar el tipo objetivo de encerrar o detener a otro al que se priva su libertad para desplazarse libremente de un lugar a otro según su voluntad, como derecho fundamental de la persona constitucionalmente reconocido en el art. 17.1 C.E. El elemento subjetivo en este delito no requiere que el autor haya actuado con una especial tendencia o propósito de desprecio hacia la víctima diverso del que ya expresa el dolo, en tanto que conocimiento de la privación de la libertad ambulatoria de otra persona, sin que sea exigible un propósito específico para completar el elemento subjetivo (STS de 15 de diciembre de 1.998, antes citada). En definitiva, basta la conciencia y la voluntad de privar al sujeto pasivo de su libertad de movimientos para considerar concurrente el dolo de este tipo de injusto, siendo irrelevantes los móviles del autor, pues esta figura delictiva no hace referencia a propósitos ulteriores ni a finalidades comisivas (véase STS de 10 de septiembre de 2.001)."

No puede admitirse la degradación punitiva que se pretende de llevar el hecho probado a una mera coacción cuando lo que se llevó a cabo es una retención y privación de movimientos por un tiempo relevante.

Moviéndonos en el terreno de la presunción de inocencia, existe prueba de esa retención.

3.- Atentado: Se describe en los hechos probados que: haciendo caso omiso a los gritos y requerimientos de los agentes de policía para que se detuviese, que varias veces le dijeron "alto policía", y llegaron, incluso, a efectuar un disparo al aire con el arma reglamentaria.

El procesado, pese a esos requerimientos policiales, continuó avanzando hacia ellos y hacia la mujer, y al llegar a la altura del policía local nº NUM003 , forcejeó con éste, y al intentar el agente quitarle cuchillo, lo hirió en su mano derecha con el cuchillo de que no se desprendía; sufriendo dicho agente, como consecuencia de esa agresión, artritis postraumática en el primer dedo de la mano derecha, requiriendo una primera asistencia facultativa y necesitando para su curación 7 días, estando 3 de ellos incapacitado para el desarrollo de sus actividades habituales; y reclamando por ello.

Pues bien, sobre este delito señala el TSJ en su sentencia que:

"En los motivos sexto y séptimo el recurrente combate la condena por el delito de atentado, desde dos vertientes: de un lado, la vulneración de la presunción de inocencia, al considerar no probado que el acusado agrediera voluntariamente a un agente de la autoridad; de otro lado, la infracción de ley, pues en todo caso se estaría en presencia de una resistencia leve o despenalizada, por consistir en un mero forcejeo.

Ha de partirse del hecho probado de que los agentes de policía, reglamentariamente uniformados, le dieron la voz de "alto", sin que el acusado depusiera su actitud de perseguir a la víctima, y que al intentar interceptarlo uno de los agentes resultó herido con el cuchillo que portaba el acusado.

Puede admitirse que la intención del acusado no fuese acometer a los policías, sino simplemente perseguir a la víctima. Con todo, una vez que el agente, en el arriesgado ejercicio de sus funciones, intenta neutralizarlo sin desproporción alguna de medios, el acusado logra apartarlo hiriéndole con el arma que portaba. Tal actitud de resistencia al legítimo y proporcionado ejercicio de la autoridad por el agente policial no puede calificarse como "leve", como lo sería si se tratase de un simple forcejeo físico mediante empujones o actos similares para huir del intento del policía del detenerlo. Resistir a la acción del agente utilizando un arma blanca ha de considerarse, sin duda alguna, como una resistencia grave, equiparada en el artículo 550 del código penal a la agresión violenta o acometimiento. No puede ignorarse que una de las razones (no la única) del delito de atentado atiende al especial disvalor que supone la puesta en peligro de la integridad de quien, como agente de la autoridad, está desarrollando una función especialmente peligrosa en beneficio de la comunidad, y ello



es lo que ocurre en el presente caso, para cuya apreciación no es necesario que la "finalidad" perseguida por el acusado fuera herir al agente.

No son atendibles tampoco los argumentos referidos a la ignorancia por el acusado de que las personas que se interpusieron eran policías. Tal y como se argumenta en la sentencia, de la testifical de los policías se desprende que existía visibilidad suficiente, que le dieron el alto policial, que efectuaron disparos disuasorios, y que vestían el uniforme reglamentario, datos éstos de los que puede y debe inferirse la conciencia por el acusado de que se trataba de policías."

En este caso el Tribunal de instancia consideró que el recurrente conocía quienes eran, lo que resultaba obvio en ese instante, y que arremetió contra el agente, y que hizo caso omiso a las advertencias previas de los agentes, que llegaron a disparar al aire, y, además, relata que se enfrentó al agente, cuando con el cuchillo en la mano, lo que evidencia la gravedad de la situación, cuando el agente trata de arrebatarse el cuchillo se lo clava en la mano, causándole la lesión que consta acreditada. El Tribunal descarta que exista una mera resistencia, ya que se relata una directa agresión al agente, sabiendo que lo era y de gravedad según el escenario descrito.

Con respecto a este tipo penal hay que recordar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 837/2017 de 20 Dic. 2017, Rec. 561/2017, que señala que:

"La Sala establece, en relación al concepto y alcance del delito de resistencia del art. 556.1 CP tras la reforma operada por LO 1/2015 de 30 marzo, lo siguiente:

1) La resistencia activa grave sigue constituyendo delito de atentado del art. 550 CP.

En la nueva redacción del precepto se incluye como modalidad de atentado la resistencia grave, entendido como aquella que se realiza con intimidación grave o violencia.

2) La resistencia activa no grave (o simple) y la resistencia pasiva grave siguen siendo subsumibles en el delito de resistencia art. 556 CP.

Aunque la resistencia del art. 556 CP es de carácter pasivo, puede concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de tono moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede, por ejemplo en el supuesto del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad.

3) La resistencia pasiva no grave (o leve) contra la autoridad supone un delito leve de resistencia.

4) La resistencia pasiva no grave (o leve) contra agentes de la autoridad ha quedado despenalizada (y puede ser aplicable la LO 4/2015 de 30 marzo, de Protección a la Seguridad Ciudadana).

En modo alguno puede entenderse que la descripción del hecho probado relativo a que "haciendo caso omiso a los gritos y requerimientos de los agentes de policía para que se detuviese, que varias veces le dijeron "alto policía", y llegaron, incluso, a efectuar un disparo al aire con el arma reglamentaria. El procesado, pese a esos requerimientos policiales, continuó avanzando hacia ellos y hacia la mujer, y al llegar a la altura del policía local nº NUM003 , forcejeó con éste, y al intentar el agente quitarle el cuchillo, lo hirió en su mano derecha con el cuchillo de que no se desprendía" pueda entenderse como una resistencia activa no grave (o simple), la resistencia pasiva grave, o resistencia pasiva no grave (o leve), por cuanto se emplea un arma como el cuchillo descrito que portaba y que, pese a la intervención de los agentes no tuvo reparo en continuar su objetivo y agredir a uno de ellos que trató de arrebatarse el cuchillo. No puede rebajarse la gravedad de una conducta en la que se lleva un cuchillo y pese a las advertencias de los agentes, que se identifican, e, incluso, disparan al aire, sigue avanzando y no tiene reparo alguno en proseguir su acción agrediendo con el cuchillo al agente al intentar arrebatarse el arma. No se trata de una mera resistencia, sino que hubo agresión con arma blanca.

Es decir, nótese que no se trató solo de una mera resistencia grave o menos grave a la acción del agente, sino que se dirigió a ellos con el arma blanca en su mano y con la que acabó agrediendo al agente, lo que denota una inherente gravedad en la conducta del ataque al agente policial, a sabiendas de que lo es, no pudiendo degradar semejante hecho probado a una mera resistencia grave o menos grave.

Hemos, incluso, señalado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 342/2020 de 25 Jun. 2020, Rec. 2737/2019 que: "En el delito de atentado del art. 550 del Código Penal cuando el empleo del arma o del instrumento peligroso excede de una exhibición realizada como medio comisivo en la modalidad típica del atentado intimidatorio, y se empuña, o esgrime peligrosamente en el atentado de acometimiento físico, la agresión que esto representa debe considerarse verificada con armas, en la medida que origine riesgo físico, y es de aplicación entonces el subtipo agravado del art. 552.1º del Código Penal, sin necesidad de exigir el concreto empleo eficaz del arma por el sujeto con la directa intención de lesionar." Y en la misma sentencia de pleno de unificación de criterios se expresó que: "El criterio aplicable para resolver el interés casacional del alcance interpretativo del nº 1 del art. 551 CP debe referir que La expresión "uso de armas" del nº 1 del



art. 551 tras su reforma por LO 1/2015 debe entender y englobar la mera exhibición del arma apuntando al sujeto pasivo del delito del art. 550 CP en cualquiera de las modalidades del atentado sin ser preciso el empleo directo del arma, o circunscribirlo solo al acometimiento o agresión, sino, también, al atentado intimidatorio o resistencia grave."

También debemos recordar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1872/2000 de 5 Dic. 2000, Rec. 3374/1998, que señala que:

"Esgrimir un cuchillo frente a los Agentes que iban a detenerle excede el mero porte del arma para constituir una amenazadora exhibición de ésta, integradora de la grave intimidación como modalidad comisiva del delito de atentado, prevista en el artículo 550 del Código Penal junto a la de acometimiento, empleo de fuerza y grave resistencia activa. No es precisa en ella la intención de ulterior ataque efectivo, sino la de causar grave intimidación a quien se sabe Agente de la Autoridad en el ejercicio de sus funciones con el dolo específico de menoscabar el principio de autoridad, que puede ser directo, cuando el sujeto activo busca primordialmente tal ofensa al principio de autoridad, o dolo de consecuencia necesaria, si no se quiere principalmente el vejamen a la Autoridad, pero se acepta como consecuencia necesaria de una actuación en que se persiguen otros fines (sentencia de 16 Jun. 1998 y las que en ella se citan); como así sucede en este caso al esgrimir el arma.

Castigando el art. 550 CP a los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas, resulta evidente que, al menos, la conducta descrita en el hecho probado integra una resistencia activa grave constitutiva del atentado.

Resulta evidente que hay, no una exhibición del cuchillo, sino que se emplea, y se hace contra el agente que intenta que frente en su conducta dirigida a matar a la víctima, y es en ese instante cuando al tratar de arrebatarle el cuchillo se produce la agresión al agente con el arma. En modo alguno cabe la degradación de la conducta como se propone.

4.- Tentativa de homicidio: Se describe en los hechos probados que:

"Sobre las 20:00 horas del día 17 de marzo de 2017, y con el propósito de acabar con la vida de su ex pareja, Elena , se dirigió a la vivienda que, en esas fechas, constituía el domicilio de ella... le puso, en reiteradas ocasiones, el cuchillo en el cuello y en el pecho, al tiempo que le decía, "he venido a matarte, eres una puta, vas a morir esta noche", causando en la mujer el terror y el miedo que pretendía.... El procesado, en su empeño de acabar con la vida de Elena , al ver que se había escapado, salió tras ella con el cuchillo en la mano y se dirigió hacia el vehículo donde su ex pareja se encontraba, mostrando el cuchillo en todo momento, y haciendo caso omiso a los gritos y requerimientos de los agentes de policía para que se detuviese, que varias veces le dijeron "alto policía", y llegaron, incluso, a efectuar un disparo al aire con el arma reglamentaria.

...

El procesado, así, con su conducta ante los agentes, logró acercarse al vehículo de Elena , donde ésta permanecía en el asiento del conductor, introdujo medio cuerpo en el interior del automóvil, y con el cuchillo que aún llevaba en su mano derecha, intentó apuñalarla en varias ocasiones, no consiguiendo su objetivo al recibir el impacto de cuatro balas por parte de los citados agentes de la Policía Local.

Pues bien, sobre este delito señala el TSJ en su sentencia que:

"Existe una prueba directa, consistente en la declaración de la víctima como testigo, quien afirmó que pese a la intervención de los agentes de policía, alcanzó el automóvil donde ella se encontraba, abrió la puerta e intentó pincharle con el cuchillo en la zona del abdomen, lo que no consiguió por la actuación de la policía. Esta declaración ha sido corroborada por los agentes que estuvieron presentes. El animus necandi es una inferencia lógica del hecho objetivo en sí, y queda fortalecido por la amenaza proferida con anterioridad por el acusado según la cual si acudía la policía, él la mataría.

Existe prueba suficiente, que ha sido valorada de manera razonable y por tanto sin incurrir en error, y los hechos han sido correctamente calificados como tentativa de homicidio."

Señaló en este caso el Tribunal que:

"En el supuesto que enjuiciamos no tiene duda este Tribunal de la concurrencia de ese "animus necandi" en el agente del delito, desprendiéndose dicho ánimo de la conducta desarrollada por el agresor; así, por un lado, son varios los intentos de atacar el cuerpo de la víctima, y por otro lado, ha de calificarse como peligroso el instrumento de ataque utilizado, un arma blanca, en concreto un cuchillo de cocina de 20 cm de hoja y 31 cm de longitud; arma sin duda idónea y adecuada para producir la muerte; y si bien en este caso el cuchillo no llega a tocar el cuerpo de la víctima, cuya muerte se proponía lograr el agente, ello no obedece a que el



agresor abandone su propósito, sino a que, en un primer momento, la víctima logra huir del tugar donde la tiene conminada el sujeto activo, y, finalmente, éste, pese a darle alcance e intentar clavarle el cuchillo, que, desde un principio, portaba en su mano derecha, no lo logra por la inmediata intervención policial, que, precisando incluso hacer uso de sus armas reglamentarias, consiguen reducirlo y detenerlo, sin conseguir el atacante, gracias a esa intervención policial, consumir su acción.

Todo ello se deduce, de forma inequívoca para esta Sala, de la prueba practicada, esencialmente del testimonio de la propia víctima y de las manifestaciones testificales de los agentes de la Policía Local que intervinieron en el suceso y detuvieron al autor de los hechos."

Son varios los elementos que confluyen en la admisión de la tentativa de homicidio. Así:

1.- Las expresiones proferidas antes de que la iba a matar.

2.- Las características del arma que eligió.

3.- Intentó en varias ocasiones acabar con su vida aunque no logró clavárselo, pese a sus intentos. El hecho probado es demoledor en este extremo, al señalar que: "introdujo medio cuerpo en el interior del automóvil, y con el cuchillo que aún llevaba en su mano derecha, intentó apuñalarla en varias ocasiones, no consiguiendo su objetivo al recibir el impacto de cuatro balas por parte de los citados agentes de la Policía Local." La intención del agresor estaba clara de acabar con su vida, y solo fue la intervención de los agentes que tuvieron que dispararle, nada menos, lo que evitó que él acabara con su vida. Introdujo medio cuerpo en el vehículo con el arma en su mano y dirigiéndola a la víctima; un arma de dimensiones apta y válida para conseguir su propósito homicida, que no de lesionar, porque lo que le había advertido antes, tal y como expone la víctima, es que iba a matarla. La intención del recurrente era acabar con su vida, no de lesionar, o amedrentarla. Y ello fue evitado solo con los disparos de los agentes, no por otra vía interruptiva. Tal era la intención de hacerlo que ha quedado probado, y ya se ha analizado, que atacó con el cuchillo al agente que intentó arrebatarle el arma, lo cual evidencia el firme y único propósito que llevaba consigo de acabar con la vida de ella. Y tal fue su persistencia y convicción de hacerlo que aunque ella estaba en el coche se introdujo medio cuerpo en el vehículo, tras salió tras ella con el cuchillo en la mano y se dirigió hacia el vehículo con la clara intención de matarla y ello consta en los hechos probados, donde se recoge que: "donde su ex pareja se encontraba, mostrando el cuchillo en todo momento, y haciendo caso omiso a los gritos y requerimientos de los agentes de policía para que se detuviese, que varias veces le dijeron "alto policía", y llegaron, incluso, a efectuar un disparo al aire con el arma reglamentaria..."

El procesado, así, con su conducta ante los agentes, logró acercarse al vehículo de Elena, donde ésta permanecía en el asiento del conductor, introdujo medio cuerpo en el interior del automóvil, y con el cuchillo que aún llevaba en su mano derecha, intentó apuñalarla en varias ocasiones, no consiguiendo su objetivo al recibir el impacto de cuatro balas por parte de los citados agentes de la Policía Local."

Reseña el Tribunal de instancia que:

"Otro testigo policial (no NUM004), reafirma, algunas circunstancias de todo lo anterior, al poner de manifiesto que el reiterado cuchillo -de las dimensiones que constan, según resultado de la inspección ocular efectuada- se encontraba en el interior del vehículo de la víctima." Y es ahí donde le atacó, aunque evitó que le matara los disparos de los agentes.

La inferencia de la intención de matar es más que evidente, con la idoneidad del arma que llevaba, las frases que le dice y la acción directa de entrar en el vehículo e intentar apuñalarla en varias ocasiones, con lo que describe una conducta activa de acometimiento solo interrumpida por la actuación de los agentes. En el presente caso resulta patente que, dada la forma en que agredió el acusado al denunciante, actuó con dolo homicida y no meramente de lesionar.

Descriptiva es en este caso la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 29/2012 de 18 Ene. 2012, Rec. 11649/2011 donde se indica que:

"A modo de ejemplo, conviene traer a colación que la acción dolosa de disparar contra un sujeto en el caso de que el proyectil esté a punto de alcanzarle en zonas donde se albergan órganos vitales (cabeza, tórax y abdomen), aunque el disparo finalmente no le alcance o solo le genere una herida leve, no excluye en modo alguno el dolo homicida cuando del contexto de la acción se infiera la animosidad omisiva del autor. Y lo mismo puede decirse cuando se utiliza un arma blanca contra esas zonas del cuerpo humano, aunque por circunstancias singulares (movimiento esquivo de la víctima, sujeción del brazo, obstaculización ósea, etc.) la cuchillada o el navajazo no lleguen a menoscabar gravemente la integridad física del agredido. Y es que el mero hecho de dirigir la agresión con un instrumento idóneo para ocasionar la muerte contra una parte del cuerpo humano en que se encuentran órganos vitales ya posibilita, en principio, la apreciación de un dolo homicida."



La inferencia de la concurrencia del elemento subjetivo de la intención de acabar con su vida se evidencia claramente en los hechos probados y la prueba practicada. No era preciso que llegara a darle la puñalada tal cual se describe la sucesión de los hechos y la clara intención de acabar con su vida, como hubiera ocurrido de no ser por la intervención policial.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Con base en el art. 849.1 de la LECrim y art. 20.2 o 21.7, 20.1 y 21.1 o 21.3 del C.Penal.

La queja del recurrente es por la inaplicación de la eximente de intoxicación plena por el consumo de drogas y bebidas alcohólicas o, en su caso, la atenuante muy cualificada y atenuante analógica de trastorno mental y circunstancia atenuante de obrar por causa o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

Descarta el TSJ en su sentencia de apelación la admisibilidad de circunstancias modificativas de responsabilidad penal señalando que:

"Finalmente, el recurrente que debió apreciarse al menos la atenuante analógica de embriaguez, por cuanto la víctima declaró que el acusado "se puso como loco bebiendo vodka", a lo que debe añadirse su afirmación de que el acusado estaba diagnosticado en Inglaterra de un trastorno de la personalidad.

Es cierto que la víctima afirmó que el acusado tenía una botella de vodka y que "se puso a beber y hablar como un loco". No consta sin embargo la cantidad de alcohol ingerida ni que ello comportase merma significativa de facultades. Tampoco ha quedado acreditado un trastorno base que, conforme a las máximas de la experiencia, permitiera inferir una potenciación de los efectos del alcohol con un consumo indeterminado, pues el informe pericial forense no pudo alcanzar esa conclusión.

A mayor abundamiento, ha de tenerse en cuenta que el consumo de vodka en el domicilio se produce cuando ya se ha iniciado la acción delictiva y en el transcurso de la misma. Siendo así que tanto el allanamiento de morada, como la detención ilegal quedarían por completo al margen de esta circunstancia. Y por lo que se refiere a los delitos de atentado y tentativa de homicidio, en la medida en que no son sino una consecuencia derivada de la acción delictiva ya iniciada, entendemos que sería precisa una prueba especialmente contundente de que en el transcurso de la acción se produjo no ya el consumo de alcohol, sino una afectación de las facultades intelectivas o volitivas que provocaran un desarrollo de los hechos diferente al proyectado inicialmente por el acusado, lo que no puede extraerse de la prueba practicada.

Por ello esta Sala carece de elementos en los que apoyarse para entender que la decisión de la Audiencia Provincial de no apreciar la concurrencia de las atenuantes propuestas constituye una infracción del artículo 21 CP."

La argumentación de la desestimación es contundente, por cuanto las circunstancias modificativas de responsabilidad penal deben quedar tan justificadas como el hecho mismo y existe carencia de prueba con respecto a este punto. Por otro lado, la circunstancia de que en ese momento estuviera bebiendo, como se indica en la sentencia, no le hace acreedor de una rebaja penal, como si se tratara de una especie de "cheque en blanco" para reclamar una permanente rebaja de penas a todos aquellos que consuman alcohol en el momento de delinquir, ya que la clave a estos efectos no es el consumo, sino la afectación a la conciencia y voluntad.

Por otro lado, en los hechos probados no consta referencia alguna a este concepto, y articulándose por la vía del art. 849.1 LECrim no es posible admitir el error en la subsunción de los hechos y hay ausencia de referencia de este extremo.

Hay que recordar que para la apreciación de la eximente deben constar dos datos relevantes:

- 1.- Debe constar la eximente o la atenuante tan probada como el hecho mismo y con la misma exigencia probatoria.
- 2.- Deben desprenderse de los hechos probados la debida exigencia de que consta la afectación de la salud mental, por el alegato que lleva a cabo del trastorno mental del sujeto, de la *doble causa biopatológica y un efecto psicológico* para su apreciación.

Señala, así, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 295/2003 de 3 Mar. 2003, Rec. 624/2002 que:

"Se denuncia una infracción, por inaplicación indebida, del art. 20.1º CP y, subsidiariamente, del art. 21.1º en relación con el 20.1º, es decir, de la circunstancia eximente de anomalía o alteración psíquica en su modalidad de trastorno mental transitorio o, en su defecto, de la correspondiente eximente incompleta. Desestimado el primer motivo del recurso y mantenida intacta la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida,

es llano que este tercer motivo tampoco puede ser estimado. Porque debe recordarse una vez más que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben estar, para que proceda su apreciación, tan probadas como el hecho mismo en que se pretende concurrieron, de forma que en la declaración probada han de estar descritos los elementos que las integran".

En el "factum" de la Sentencia de instancia no se menciona dato alguno que permita construir sobre él alguna de las circunstancias cuya indebida inaplicación se denuncia.

También, en la sentencia del Tribunal Supremo 566/2018 de 20 Nov. 2018, Rec. 10178/2018 se recoge que:

"Sobre las exigencias para apreciar la eximente o atenuante en cuanto afecta a la capacidad del sujeto en relación a una posible alteración plena, grave, menos grave o leve de sus facultades intelectivas y volitivas en el momento de los hechos podemos citar la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 467/2015 de 20 Jul. 2015, Rec. 10253/2015, que señala que:

"Deberá recordarse que las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (SSTS. 138/2002 de 8.2, 716/2002 de 22.4, 1527/2003 de 17.11, 1348/2004 de 29.11, 369/2006 de 23.3).

En efecto las causas de inimputabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria que son, corresponde al acusado en quien presumiblemente concurren. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal (STS. 1477/2003 de 29.12).

a.- En definitiva, para las eximentes o atenuantes no rige en la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo".

b.- La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la eximente o atenuante pretendida no determina su apreciación.

c.- Los hechos constitutivos de una eximente o atenuante han de quedar tan acreditados como el hecho principal (SSTS. 701/2008 de 29.10, 708/2014 de 6.11)."

Con respecto a la alegación relativa a la eximente del art. 20.2 CP señalar que desde el art. 20.2 CP hasta la atenuante analógica del art. 21.7 CP nos podemos encontrar varios estados en donde ubicar el consumo de alcohol o drogas en la afectación a la conciencia y voluntad del sujeto autor del delito, existiendo en esa escala el denominado "estado intermedio".

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 848/2011 de 27 Jul. 2011, Rec. 2559/2010 que:

"El abuso de drogas tóxicas o estupefacientes con su secuela de alteraciones psicofísica crónicas o agudas, permanentes o temporales, recibe en el vigente Código Penal un tratamiento jurídico vario en consonancia con la diversidad de situaciones y estados que el consumo abusivo de drogas ofrece: desde la consideración como eximente del artículo 20.2ª, sea completa o incompleta (art. 21.1ª), hasta su estimación como atenuante prevista en el número 2º del artículo 21 del Código Penal:

A) **Como eximente** es necesaria en todo caso, según el sistema llamado mixto que el Código Penal sigue, en el número 2º del artículo 20, una doble exigencia:

a) la causa biopatológica consistente bien en un estado de intoxicación derivado de la previa ingesta o consumo de drogas o estupefacientes, o bien en el padecimiento de un síndrome de abstinencia resultante de la carencia en el organismo de la sustancia a la que se es adicto; y

b) el efecto psicológico de que, por una u otra de esas causas biopatológicas, carezca el sujeto de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho, o de actuar conforme a esa comprensión, dando lugar a la eximente completa si la carencia es total, o a la incompleta si es parcial la alteración de la capacidad.

B) Fuera de tales supuestos de intoxicación o de síndrome de abstinencia, previstos en el número 2º del artículo 20, es decir, cuando el sujeto sin estar intoxicado ni sufriendo el síndrome de abstinencia se encuentra en los llamados "estados intermedios" la relevancia de la adicción en sí misma considerada se subordina a la concurrencia de una de estas dos condiciones:

a) A la realidad de los nocivos efectos que sobre la psique del sujeto haya provocado ya la extraordinaria y prolongada dependencia, originando anomalías o alteraciones psíquicas crónicas, en cuyo caso el problema se reconduce, a partir de ese deterioro mental, a la posible apreciación de la eximente del número 1º del



artículo 20 como completa o como incompleta (art. 21.1ª) en función del grado de afectación total o parcial del entendimiento o la voluntad;

b) A su relevancia motivacional, que es lo previsto en el número 2º del artículo 21, donde el nuevo Código Penal, al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia -tratados en el nº 2 del art. 20- y sin considerar las patologías mentales permanentes en que la prolongada adicción haya desembocado, menoscabando o eliminando la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, -a considerar desde la perspectiva del nº 1 del art. 20-, configura la drogadicción como atenuatoria desde el punto de vista de su incidencia en la motivación de la conducta criminal, en cuanto realizada "a causa" de aquélla. Es para ello preciso que la adicción sea grave, y que exista una relación causal o motivacional entre esa dependencia y la perpetración del delito (Sentencias de 19 de octubre de 1998; 27 de septiembre y 28 de octubre de 1999).

Por tanto lo característico de la drogadicción como atenuante del art. 21.2º del Código Penal es que incida como un potente elemento desencadenante de la decisión de delinquir, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo, y cometa el hecho para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata, o trafique con drogas con objeto de alcanzar probabilidades de consumo a corto plazo, y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones (S. 7 de marzo de 2005). Impulso o motivación que reduce la voluntad del agente ya que, como dicen las Sentencias de 19 de febrero de 1999, y 23 de febrero de 1999, exige la realización de actos o medidas para atender su consumo, lo que enerva sus frenos inhibitorios.

Como atenuante analógica también debe haber una mínima constancia de la afectación intelectual y volitiva, no su mera cita, o la concurrencia de que ha bebido alcohol. La incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica, art. 21.7 CP. Pero debe constar claramente probada esa afectación, más allá del mero consumo.

Sobre la vía del art. 21.3 CP que se propone de arrebató u obcecación podemos elaborar un análisis sistematizado de las referencias sobre esta atenuante en la sentencia del Tribunal Supremo 170/2011 de 24 Mar. 2011, Rec. 11096/2010, a saber:

"Con respecto a la posible concurrencia de la atenuante referida de las SSTS. 18/2006 de 19.1 y 487/2008 de 17.7, decíamos que "es jurisprudencia de esta Sala, por todas, STS. 19.12.2002, que son dos los elementos que configuran esta atenuante: causa y efecto:

1º. 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 tampoco 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).

3º.- Arrebató se dice cuando la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo.

4º.- La obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo.

5º.- En todo caso el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante (S. 14.4.92).

6º.- 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".

7º.- Sensible alteración de la personalidad del sujeto cuya reacción de tipo temperamental ante estímulos externos incide sobre su inteligencia y voluntad.

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.

8º.- Excluye el arrebató 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.

9º.- 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.

10º.- Sucesión de hechos previos que explotan un día.

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.

11º.- Existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima.

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.

12º.- Proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción.

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 arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor (STS núm. 1483/2000, de 6 de octubre).

13º.- Prueba de la ofuscación de la conciencia o estado emotivo.

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.

14º.- Debe existir una relación causal entre uno y otra, de manera que la conducta sea una consecuencia de la trascendencia del estímulo.

15º.- 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.

16º.- 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).

17º.- 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, comprende 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.

18º.- Límite superior: Trastorno mental transitorio. Límite inferior: Simple acaloramiento.

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.

19º.- El 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 "arrebato" u "obcecación".

1.- Arrebato:

Ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una "especie de conmoción psíquica de furor".

2.- Obcecación:

"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 "arrebato 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)".

20º.- Debe practicarse prueba alguna que acredite el estado anímico o psíquico en el que se encontraba el acusado en el momento de cometer los hechos, no siendo válida una simple alegación de parte que ha de desestimarse dada la ausencia de soporte probatorio."

No existe prueba alguna de que en el desarrollo de los hechos haya concurrido este arrebato u obcecación, y no pueden incluirse en este estadio situaciones o reacciones de las personas que sean producto de un acaloramiento, o que el deseo de venganza, o de llevar a cabo un acto agresivo desencadene en ellos una conducta desahogada, pero ello es por la propia comisión del hecho delictivo.

Presenta así esta atenuante analógica dos elementos esenciales:

1.- El objetivo (las causas o estímulos poderosos) y

2.- El subjetivo (la producción de arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad), debiendo ambos elementos estar ligados en una relación de causalidad psicológica y determinante de la acción.

En este sentido, manifiesta esta Sala del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de enero de 2002, que el estado pasional contemplado en la atenuante del art. 21.3.ª requiere dos elementos:

a.- De un lado, desde el punto de vista interno, una situación de cólera o ímpetu pasional que reduzca, limitándolas, las facultades mentales del sujeto activo del delito, de modo que se produzca una situación de ofuscación de importante entidad que suponga que sus resortes inhibitorios se vean seriamente afectados; y,

b.- De otro lado, desde una perspectiva externa, se ha de producir un estímulo exterior, a modo de detonante, generalmente como consecuencia de la actuación de la víctima, que ocasione el desencadenamiento de tal impulso interior.

No hay prueba de ello más allá del mero alegato del recurrente sin constar su influencia y en ninguno de los casos señalados, ni con la caracterización de atenuante analógica.

Esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 922/2012 de 4 Dic. 2012, Rec. 893/2012 descarta la existencia de concebir la atenuante analógica como "atenuantes incompletas", señalando que "Como ha señalado esta Sala, por ejemplo STS núm. 104/2011, de 1 de marzo, para que una atenuante pueda ser estimada como analógica ha de atenderse a la existencia de una semejanza de sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal como circunstancia atenuante expresamente prevista por el Legislador, desdeñando meras similitudes formales y cuidando de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente.

Esta Sala, con un criterio muy amplio, considera que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía:

a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las 6 restantes del art. 21 del Código penal;

b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas;

c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales;



d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido;

e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de la atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

Como límite a este criterio amplio se ha señalado por la doctrina jurisprudencial que la atenuante de análoga significación no puede extenderse a los supuestos en que falten los requisitos esenciales o básicos establecidos por el Legislador para que una concreta atenuante pueda ser estimada, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, aunque tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que le sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito al que responde la previsión legal de estas atenuantes de análoga significación."

Ahora bien, con un criterio intermedio y más abierto que una "férrea prohibición" el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 215/2015 de 17 Abr. 2015, Rec. 2026/2014 señala que "La atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito, al que nos hemos referido en algunas ocasiones (SSTS 27.3.1985, 11.5.1992, 159/1995 de 3 de febrero), y dejaría sin espacio alguno a la analogía."

No concurre ninguna de las circunstancias alegadas y expuestas por el recurrente, conforme se expone.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado Marcos , contra sentencia de fecha 19 de diciembre de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que estimó parcialmente el recurso formulado por la representación del citado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, de fecha 15 de febrero de 2019. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Susana Polo García